

MARCO REGULATORIO: UN ENFOQUE PROPOSITIVO DE LA NORMATIVA

El contenido del capítulo sobre el Marco Regulatorio de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (SIC) que se incluyó en el Informe 2006 se concentró en una labor de mapeo, compilación y clasificación de la normativa existente. Corresponde en esta ocasión un esfuerzo más propositivo que tome como insumo los datos que derivan del estudio anterior y proponga un salto cualitativo en la regulación de las nuevas realidades que plantea la SIC.

Conviene, en ese sentido, recordar algunos de los hallazgos más importantes que sirvieron de fundamento para plantear la propuesta que se desarrolla en este trabajo. Cabe mencionar, por ejemplo, la utilidad que tiene para el abordaje del marco regulatorio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) la propuesta que plantea la CEPAL para *“descomponer un tema complejo y así visualizar con mayor facilidad las áreas temáticas y las respectivas responsabilidades públicas que se requieren involucrar para establecer una estrategia nacional integral”*.¹

Según dicho planteamiento para ordenar los ámbitos de influencia de las TIC se puede partir de la siguiente clasificación:

1 Naciones Unidas / CEPAL. Estrategias nacionales para la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe, Naciones Unidas: Santiago-Chile, 2005, p. 13.

Infraestructura física: Redes computacionales, televisión digital, teléfonos celulares digitales, líneas telefónicas, redes de fibra óptica, redes inalámbricas y cualquier otro tipo de hardware y telecomunicaciones.

Aplicaciones de servicios genéricos: Aplicaciones de software o soporte lógico, los servicios de almacenamiento remoto en Web, los navegadores, los servicios de protocolo de Internet (IP), los programas multimedia y cualquier otro producto basado en bits y bytes.

Sectores de aplicación de la tecnología digital o sectores-E: Consiste en digitalizar flujos de información y comunicaciones en diferentes ámbitos de la sociedad, tales como las empresas, la atención sanitaria, la administración pública, la educación y otros. En especial el comercio electrónico, la ciudadanía, el gobierno, la justicia, la educación e investigación, las PYMES y el empleo.

Tomando como base esta clasificación y luego de revisar el marco regulatorio de las TIC vigente en Costa Rica se plantearon las siguientes consideraciones:

- No ha existido en el país un desarrollo normativo articulado de la SIC. De las disposiciones que regulan de alguna manera

las TIC en la actualidad (4 constitucionales, 11 supranacionales, 29 leyes y 23 decretos), la mayoría sólo lo hace de manera indirecta o por referencia de normativa que regula otra materia.

- Ello es resultado de la ausencia de una verdadera política de Estado desarrollada para potenciar las TIC como instrumento de desarrollo y como parte de un esfuerzo de planificación plurianual.
- Cada nuevo gobierno propone planes de desarrollo del sector que no pasan de la propuesta o que tienen un corto alcance que no logra superar la barrera presidencial.
- La mayoría de la legislación especial que ha adoptado el país en la materia ha sido resultado de presiones que se originan en obligaciones adoptadas por el país a través de instrumentos internacionales. Tal es el caso de algunas normas que regulan algunas aplicaciones de servicios genéricos y el tema de propiedad intelectual.
- La mayor parte de la normativa promulgada sobre el particular tiene rango de decreto ejecutivo, lo que reafirma la visión cortoplacista que ha imperado. Además, ello ha incidido para que exista ambigüedad sobre la vigencia de algunas disposiciones que en algunos casos reiteran mandatos y en otros se contradicen de manera evidente.

Tomando en consideración estos hallazgos y la decisión de llevar adelante un esfuerzo propositivo para el presente informe, se pretendió identificar algunas áreas prioritarias que requieren de regulación urgente en el campo de los sectores de aplicación de la tecnología digital que son los que han recibido menor atención por parte de la normativa vigente.

Se trata, en ese sentido, de identificar situaciones concretas del desarrollo de la SIC que evidencian la necesidad regulaciones que aseguren la vigencia de los principios planteados en algunas de las cumbres y conferencias internacionales que han abordado la temática. Por ejemplo, la Conferencia Ministerial Regional Preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información Punta Cana, República Dominicana, 2003 se dijo:

*“El punto de partida en la tarea de crear un marco regulatorio para la sociedad de la información es el respeto a los derechos humanos fundamentales”.*²

Asimismo, la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información celebrada en Ginebra fue clara al establecer el compromiso de:

*“...construir una sociedad de la información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos”.*³

2 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Conferencia Ministerial Regional Preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Punta Cana, República Dominicana, 2003 [En línea] En: Página de Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/noticias/noticias/5/11545/P11545.xml&xsl=/tpl/p1f.xsl>

3 Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, Ginebra, 12 de mayo de 2004, p. 1.

Partiendo, entonces, de que el ser humano debe ser siempre la causa y fin de cualquier sistema social, económico y político fue posible identificar algunos sectores de aplicación de tecnología digital de importante dinamismo y que tienen una escasa o inexistente regulación en el país, a saber, comercio electrónico, teletrabajo, ciberseguridad y personalidad virtual. Esta selección fue resultado de un primer esfuerzo por repasar la actualidad de algunos problemas fundamentales que han sido planteados en el ámbito nacional e internacional y cuyo abordaje pretende dotar a las personas y a las entidades públicas prestatarias de servicios de instrumentos que garanticen un equilibrio frente a las nuevas manifestaciones de poder que se presentan en SIC.

Cabe indicar que esta preocupación ha generado una discusión entre quienes se inclinan por el desarrollo de una profusa regulación del uso de las TIC's y los que favorecen la libertad en la utilización de estos instrumentos. En el caso de Internet, por ejemplo, Manuel CASTELLS describe así la necesidad de regular la existencia de medidas de protección para las partes débiles del nuevo tipo de relaciones que se establecen en la SIC:

“Ahora bien, la defensa de la libertad en Internet tiende a ser selectiva. Se reacciona contra el Estado, pero se descuida la defensa de la libertad de los usuarios, de los ciudadanos y de los trabajadores, en un mundo en que los abusos de poder y la desigualdad no han desaparecido ante la magia de la red. Por un lado, muchos prestadores de servicios imponen condiciones económicas leoninas para acceder a la red, invaden la privacidad de sus usuarios y organizan enlaces en la red según sus intereses comerciales, por ejemplo, jerarquizando los web sites en los buscadores. Por otro lado, los derechos sindicales de expresión en la red están siendo ignorados en muchas empresas, como denuncia, entre otras, la campaña sobre este tema llevada a cabo en

el 2001 por Comisiones Obreras de Cataluña. En suma, la libertad en Internet, como en la sociedad, es indivisible. La defensa de la libre expresión y comunicación en la red debería alcanzar a todo el mundo, a los consumidores, a los trabajadores, a las organizaciones cívicas. Y en esa libertad parece normal incluir las condiciones materiales de dicha libertad, empezando por las tarifas de conexión y la difusión de los medios informáticos de comunicación en el conjunto de la población. La libertad sin igualdad se convierte en privilegio y debilita los fundamentos de su defensa por parte de la sociedad en su conjunto.”⁴

Ahora bien, si se parte de la idea de que este fenómeno requiere de algún tipo de regulación, como lo hace este trabajo, resulta fundamental plantearse otras preguntas: ¿puede regularse? ¿implica el desarrollo normativo una nueva concepción de la justicia y del Estado de derecho?

Algunos autores, como Najera Montiel señalan, por ejemplo, que la:

“... actual Sociedad se conforma de elementos, directrices y variables que rompen con las estructuras tradicionales que le precedieron en tiempo, y de cuyo mejor ejemplo puede dar razón el denominado Estado Moderno. Lo anterior debido, en gran medida al surgimiento de nuevas necesidades, satisfactoras, problemáticas, intereses o valores.”⁵

4 Castells, Manuel. La experiencia española de regulación de Internet, Lección inaugural del curso académico de la Universitat Oberta de Catalunya, España, octubre de 2001. [En línea]. En: Página electrónica de la Universitat Oberta de Catalunya [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.uoc.es/web/esp/launiversidad/inaugural01/experiencia.html>

5 Najera Montiel, Javier. El Redimensionamiento de la Justicia como reflejo del hombre en la Sociedad de la Información, 2006. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición N° 097-marzo del 2006 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6959>, p. 5

Dicho autor menciona que entre las nuevas necesidades que plantea la SIC destacan las siguientes: a) la protección del medio ambiente con relación a su nuevo rol, b) el ajuste y reacomodo de la libertad, y su concepción, c) el redimensionamiento del ser humano, d) la nueva estructura familiar, e) los efectos de la globalización, f) una cultura de la virtualidad real y g) nuevas formas de comunicación.

Luego de estudiar en detalle estos nuevos retos que se presentan con el desarrollo de la SIC, el autor concluye que:

*"...actualmente, el Derecho no es asumido como reflejo de los nuevos modelos, conceptos, figuras, necesidades, realidades y valores en los cuales se posa la denominada Sociedad de la Información. (...) En este orden de ideas, en la actual Sociedad de la Información existe un desfase entre el Derecho mismo y la realidad que busca normar, máxime cuando se presentan en esta realidad nuevas formas de poder que no son factibles de control por parte del Derecho mismo."*⁶

En el otro extremo de la discusión se encuentran autores que como Andrés CAMPOLI sostienen una posición de mayor reserva al afirmar que lo que acontece con el desarrollo de la SIC no tiene por qué provocar un cambio radical en el derecho. Con esta posición el autor sostiene que las modificaciones en los órdenes social, político y económico que se le atribuyen a la SIC, de ninguna manera han dejado sin efecto las bases generales sobre las que se asienta el derecho como lo conocemos.

Agrega el autor que a lo largo de la historia la información siempre ha sido concebido como un instrumento de control social y que lo que ha ocurrido en la actualidad es simplemente un desplazamiento de este recurso de poder a otras manos cambio que de ninguna manera logra

"tambalearse" el andamiaje jurídico del estado de derecho. Señala, en ese sentido, que los bienes jurídicos que deben ser protegidos en el contexto de la SIC, a saber la intimidad, la información y la propiedad, "no resultan en nada novedosos y tienen protección en la mayoría de los casos de tipo constitucional con mayor o menor intensidad en los diversos países, protección ésta establecida desde la génesis de nuestras instituciones jurídicas"⁷.

Finalmente el autor concluye lo siguiente:

*"Todos estos puntos nos llevan a la conclusión de que no nos encontramos inmersos en una nueva sociedad sino que es la misma y antigua sociedad democrática que nació, por regla general en 1.789 en los países occidentales de la mano del Estado de Derecho. Si bien es cierto que existe a la fecha la necesidad de modificaciones legislativas que impidan el abuso o la corrupción de aquellos que poseen los medios técnicos necesarios para controlar la información, no es menos cierto que esto no representa un cambio social de valores sino una necesidad para evitar los excesos de una minoría por sobre los derechos establecidos como fundamentales desde el origen de nuestro sistema social."*⁸

Ahora bien, independientemente de la posición doctrinaria que se asuma, la realidad parece apuntar a que "lo jurídico no parece haber sido considerado suficientemente relevante en la Sociedad de la Información como para ser objeto de una política específica y sistémica"⁹ a nivel mundial.

⁶ Najera, Op. Cit., p. 5-6.

⁷ Campoli, Gabriel Andrés. Un enfoque Filosófico y Sociológico del Derecho Informático. ¿Camino a una Nueva Sociedad?, 2002. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición No. 045 - Abril del 2002 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=1535> p. 6.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Olivera, Noemí - Proto, Araceli. La juridicidad en la sociedad de la información: ¿qué pasa cuando el legislador se abstiene?. Argentina, 2006 [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático: Derecho en la Era Digital, Sociedad de la Información**, Edición N° 100, Noviembre

De hecho es posible constatar tendencias diversas en el marco regulatorio seguido por el primer mundo y el resto de las naciones. Olivera y Proto detallan esta situación de la siguiente manera:

“(...) una revisión de la cuestión muestra que, mientras en el mundo desarrollado y las grandes corporaciones la problemática se considera en términos de propiedad intelectual –están hablando de cómo gestionar y apropiarse de los beneficios de su propio desarrollo tecnológico-, en el resto del mundo la cuestión parece estar limitada a ofrecer un marco regulatorio de las comunicaciones que satisfaga los intereses involucrados. En algunos países, entre ellos los latinoamericanos, se han producido avances en relación a las herramientas jurídicas que requiere el comercio electrónico –tal la firma electrónica o digital-. Unos y otros manifiestan estar preocupados por la privacidad y seguridad, pero la extensión y profundidad que cada uno asigna a esos derechos es diferente.”¹⁰

Esta diferente reacción del legislador frente al fenómeno de la SIC ha provocado que en muchos países se haya visualizado el marco jurídico de las TIC's como un sistema autónomo del sistema jurídico y que, en ese tanto, los negocios jurídicos realizados utilizando tales herramientas no tienen por qué ser alcanzados por las exigencias formales de la legislación ordinaria.

En el caso costarricense los rasgos que han acompañado al desarrollo del marco regulatorio de la SIC y que fueron comentados al inicio confirma una tendencia a la abstención que plantea dificultades si lo que se pretende es concebir a las TIC's como instrumento para el desarrollo integral de las personas. Para ello se

requiere, sin duda, la existencia de un entorno propicio caracterizado por la vigencia de un estado de derecho que garantice un clima de seguridad y confianza, proteja los derechos de las personas y que, además, posea la capacidad de intervenir para “*corregir los fallos del mercado, mantener una competencia leal, atraer inversiones, intensificar el desarrollo de infraestructura y aplicaciones de las TIC, aumentar al máximo los beneficios económicos y sociales y atender las prioridades nacionales*”¹¹.

Dada la complejidad del tema, la metodología escogida para el desarrollo de este capítulo del Informe 2007 consistió en convocar varias jornadas de reflexión en la que expertos en cada uno de los temas seleccionados evidenciaron los vacíos regulatorios, analizaron críticamente la normativa existente en el país, refirieron comparativamente la situación existente en el derecho comparado, plantearon propositivamente los cambios requeridos y virtieron criterio sobre los proyectos e iniciativas que se encuentran en la corriente legislativa.

Los alcances del comercio electrónico; las responsabilidades que genera; la protección del consumidor; las nuevas formas de relación laboral y sus efectos sobre los patronos, los trabajadores y el derecho laboral colectivo; los temas de ciberseguridad y la necesidad de identificar nuevos delitos tecnológicos así como la regulación específica de los derechos fundamentales que derivan de esta nueva realidad fueron temas analizados en el marco de estas jornadas de discusión y análisis.

El resultado de tales jornadas de discusión junto con una exhaustiva revisión bibliográfica constituyeron el insumo principal del esfuerzo propositivo que intentará el Informe en esta ocasión.

del 2006 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/olivera_proto.pdf

10 Olivera, Op. Cit., p. 2.

11 Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, Ginebra, 12 de mayo de 2004, p. 6.

2.1 COMERCIO ELECTRÓNICO¹²

El desarrollo de la tecnología y de las comunicaciones ha hecho que el intercambio de información crezca a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de relación en los ámbitos social, político y económico. Por su parte, Internet ha influido en la formas de buscar información, de comunicación y hasta en el intercambio de bienes y servicios.

En ese sentido, el comercio electrónico se refiere a cualquier forma de transacción comercial en la que las partes involucradas interactúan de manera electrónica y no de la manera tradicional a través del trato físico directo o del intercambio material de bienes y servicios. De hecho la eclosión de este tipo de comercio se definió a partir de la utilización de Internet, herramienta que multiplicó y diversificó en poco tiempo las actividades que propiciaron originalmente el nacimiento de este tipo de comercio.¹³ Este rápido desarrollo del comercio electrónico motivó la aparición de diversas manifestaciones que lo ubican como una realidad compleja y de inimaginables proporciones. Sobre el particular Moro Almaraz señala lo siguiente:

“Esas variadas vertientes de un fenómeno más amplio como es el comercio electrónico, nos llevan a diferenciar distintos tipos (que también pueden ser de contratación). Relaciones de comercio que, por los sujetos intervinientes, se conocen como B2B o entre empresarios, B2C o entre empresarios y consumidores, o P2P entre particulares, de creciente interés por su desarrollo en la red.

En cuanto a la forma en que se perfeccionan y ejecutan las relaciones contractuales que,

en su caso, impliquen: e-commerce on line o directo, e-commerce off line o indirecto. Esto es, en el primer caso toda la operación se realiza en línea, a través de medios electrónicos incluida la ejecución contractual (adquisición de software, acceso a música, imagen, etc...), en definitiva cuando el objeto de contratación es un bien inmaterial o susceptible de previa digitalización o bien un servicio en el entorno de red. En el segundo caso, la perfección se produce electrónicamente pero la ejecución requiere de los instrumentos tradicionales que proporcionan el bien o servicio mediante la entrega o realización material o personal.”¹⁴

Sin duda el desarrollo de esta modalidad de comercio ha transformado los conceptos tradicionales que regían este tipo de relaciones. El mercado del ciberespacio parece ser siempre global; el concepto de consumidor se transforma en tanto esta relación puede establecerse entre dos empresas ninguna de las cuales podría ser la destinataria final de los bienes y servicios además de que los derechos del consumidor nacen de la asimetría que produce la utilización de la información.

En ese sentido, el acto de consumo se constituye en algo más que un simple intercambio de bienes y servicios y la figura tradicional del contrato cede también ante otras formas de vinculación que rompen los paradigmas vigentes y que parecen sugerir una ausencia de paridad atribuible a la desventaja informativa de quien consume de manera electrónica.

Las situaciones descritas señalan la necesidad de diseñar un “mercado virtual” que funcione como un sitio seguro, con plataformas tecnológicas robustas, reglas claras, información

12 La jornada de reflexión sobre el tema de comercio electrónico se realizó el 8 de febrero de 2007 y contó con la participación de Gaston Certad Maroto, Christian Hess, Gonzalo Pérez Merayo, Vilma y Cinthya Zapata

13 Originalmente este tipo de comercio se aplicaba a ciertas actividades estratégicas, militares y de investigación.

14 Moro Almaraz, María Jesús. La contratación en el comercio electrónico: luces y sombras, España, 2005 [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición N° 080 - marzo del 2005 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=968>, p. 1.

abundante, agentes económicos responsables, políticas de protección y sanciones fuertes y efectivas para los transgresores. Sin duda, este *desideratum* alude a la necesidad de explorar el desarrollo de una nueva generación de derechos que las autoridades políticas deben descubrir, reconocer y positivizar como consecuencia inevitable de la dinámica que plantea el desarrollo de la SIC.

Entre las dificultades que presenta la actividad del comercio electrónico se pueden mencionar las siguientes:

El desconocimiento del oferente: No conocer detalles de la parte oferente es definitivamente un riesgo del comercio electrónico además de que le resta confianza a la transacción. Es posible que no se conozca la ubicación física del negocio o, incluso, podría ser que éste ni siquiera esté constituido legalmente en algún ordenamiento jurídico.

La forma de Pago: Aunque el desarrollo de las plataformas tecnológicas ha avanzado mucho, todavía no hay absoluta confianza de que la transacción se verifique con una transmisión de datos 100% segura. Ello se constituye en obstáculo para promover la demanda pues aún se impone entre la población un temor bastante generalizado de proporcionar datos financieros por Internet.

La intangibilidad del negocio: Mirar, tocar, buscar y comparar siempre habían sido acciones vinculadas a la compra. Con esta modalidad de comercio ello resulta prácticamente imposible.

Atención pre-venta y post-venta: La posibilidad cierta de reclamar en caso de ser necesario o pedir un servicio “post-venta” brinda seguridad al consumidor. En el comercio internacional el cliente está acostumbrado a recibir atención antes de realizar la venta y en la etapa de “post-vent”.

Privacidad y seguridad: Dadas las dificultades de seguridad que presenta la utilización de Internet, no existen mecanismos que puedan

garantizar seguridad tanto para el manejo de la información personal como para exigir responsabilidades en caso de que no se cumplan cabalmente los términos de la transacción.¹⁵

Efectos fiscales: La utilización de esta forma de recaudación provoca un efecto fiscal directo pues según Gómez Calleja, resulta “*importante destacar que el principal problema tributario originado es la disminución de la recaudación, debido a las dificultades existentes tanto para calificar las rentas obtenidas, como para controlar las operaciones que se llevan a cabo mediante el uso del e-mail, así como mediante el comercio electrónico 'on line'*”.¹⁶

Las dificultades recién descritas señalan importantes vacíos que se constituyen, a su vez, en áreas de interés para el desarrollo de marcos regulatorios para el comercio electrónico.

En efecto, la protección de la privacidad de información personal de los sujetos del comercio electrónico, la verificación de la identidad de las partes que participan en el negocio, la validez del contrato, la necesidad de asegurar el cumplimiento de la transacción electrónica en todos sus términos y la importancia de determinar la jurisdicción competente para resolver las disputas y cobrar los tributos, constituyen algunos de los temas que deben ser regulados para garantizar un entorno propicio para la adecuada evolución del comercio electrónico.

15 Hernández, Oscar. La globalización, el comercio electrónico y Venezuela en el nuevo milenio, Caracas - Venezuela, 8 de abril de 2007 [En línea]. En: Biblioteca electrónica de Caracas - Venezuela [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.analitica.com/bitlibiblioteca/ohernandez/globalizacion.asp>

16 Gómez Calleja, Isabel. España: Novedades en la regulación del comercio electrónico. Análisis desde una perspectiva fiscal, 2001 [En línea]. En Página electrónica de vLex (editorial jurídica en Internet), Revista de Derecho vLex (VLEX-RX177), 2001. [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://premium.vlex.com/doctrina/Revista-Derecho-vLex/Espa%F1a-Novedades-regulacion-comercio-electronico-Analisis-desde-una-perspectiva-fiscal/2100-102383,busqueda_3897615.01.html, p. 2.

Tras estas breves reflexiones introductorias, corresponde ahora conocer el estado de situación de la normativa que regula el comercio electrónico en Costa Rica.

2.1.1 Normativa vigente sobre comercio electrónico en el país

Aunque no existe normativa expresamente dictada al efecto sí pueden mencionarse algunas normas vigentes que de manera indirecta o por referencia resultan aplicables al tema del comercio electrónico en Costa Rica.

Constitución Política

Por reforma constitucional aprobada en 1996, el párrafo final del artículo 45 de la Constitución Política establece lo siguiente:

“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.”

Esta normativa establece, sin duda, un deber estatal de protección al consumidor en todos los ámbitos en los que se establezcan relaciones de consumo como es el caso del comercio electrónico.

Código de Comercio y Código Civil

El **Código de Comercio** fue promulgado en 1964 y, en criterio de algunos especialistas en la materia, en ese momento ya nació viejo en tanto no incorporó muchos de los avances que el derecho comercial comparado ya registraba para esos momentos. En criterio de los expertos que participaron en las jornadas de reflexión, la normativa del actual código de comercio no se adapta fácilmente a las necesidades de regulación

del comercio electrónico. Se señaló por ejemplo que, por su naturaleza, este tipo de comercio se verifica entre ausentes además de que resta importancia a las coordenadas de tiempo y espacio como elementos definitorios de los contratos.

En ese sentido, aunque la mayor parte de los expertos favoreció la necesidad de una regulación especial dictada al efecto, se manifestó preocupación por las imprecisiones legislativas que en muchas ocasiones tienden a distorsionar los proyectos de ley que por su complejidad requieren de la aplicación de criterios técnicos.

El **Código Civil**, que es normativa de más vieja data, tampoco contiene disposiciones aplicables a todas las vicisitudes que presenta el comercio electrónico aunque prevé la figura del contrato entre ausentes la cual resulta en todo caso insuficiente en tanto su eficacia exige la existencia de un contrato de mandato otorgando mediante escritura pública.

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Esta ley incorpora, de una manera detallada, algunos conceptos claves de la relación de consumo que no están regulados en los códigos anteriormente analizados y que podrían resultar aplicables al comercio electrónico.¹⁷

17 La Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidos, N° 7472, establece los siguientes conceptos que por su naturaleza serían también aplicables a los sujetos del comercio electrónico:

Agente económico: En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, participe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.

Consumidor: Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano –en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley– que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos

Además, el artículo 32 establece específicamente los derechos del consumidor que se constituyen en garantías que deberían alcanzar también a los usuarios del comercio electrónico en virtud del mandato constitucional anteriormente citado.

De hecho, el inciso d) del numeral 33 de la ley establece como función esencial del Estado garantizar “*el acceso a mecanismos efectivos y ágiles de tutela administrativa y judicial, para defender los derechos y los intereses legítimos de los consumidores*”.

No obstante lo anterior, y la existencia de disposiciones que regulan la publicidad, las garantías y los contratos de adhesión, los alcances de esta normativa y, en particular de sus mecanismos de exigibilidad,¹⁸ no parecen estar diseñados para el comercio electrónico en toda su extensión.¹⁹

en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

Comerciante o proveedor: Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal. (...)

Contrato de adhesión: Convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante.

Predisponente: Sujeto del contrato de adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, si desea contratar.

Adherente: Sujeto del contrato de adhesión que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente.

- 18 La Ley crea la Comisión Nacional del Consumidor como instancia administrativa encargada de atender denuncias y establecer sanciones en caso de comprobarse la violación de las disposiciones establecidas en dicha normativa. Existe, asimismo, la posibilidad de plantear acciones ante los tribunales de justicia del país.
- 19 Podría serlo tratándose de agentes económicos nacionales fácilmente identificables como consumidores y comerciantes de conformidad con lo establecido en la Ley.

Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos

Sin duda, la aprobación de esta normativa constituyó un gran paso para lograr alguna fiabilidad en la realización de transacciones electrónicas. Sobre la importancia de este tipo de instrumentos, Gómez Calleja señala lo siguiente:

“Parte de los problemas existentes en torno al comercio electrónico y, en general, al uso de Internet, se deriva de la inseguridad jurídica de las relaciones establecidas a través de la red de redes. Efectivamente, esta falta de seguridad jurídica podría desaparecer si la exigencia de firma electrónica, combinada con el uso de métodos de encriptación, llegara a implantarse totalmente.”²⁰

Cabe indicar, en ese sentido, que durante las jornadas de reflexión los expertos concordaron en que la firma electrónica se constituye en una especie habilitadora del comercio electrónico en el país aunque la normativa finalmente aprobada eliminó algunas disposiciones que pretendían regular con más detalle este fenómeno.

El artículo primero de la ley expresa con amplitud que ésta se aplicará a “*toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos o privados, salvo disposición legal en contrario, o que la naturaleza o los requisitos particulares del acto o negocio concretos resulten incompatibles*”.

Por su parte, el señalamiento que hace el artículo 9 de que los “*documentos y las comunicaciones*

20 Gómez Calleja, Isabel. España: Novedades en la regulación del comercio electrónico. Análisis desde una perspectiva fiscal, 2001 [En línea]. En Página electrónica de vLex (editorial jurídica en Internet), Revista de Derecho vLex (VLEX-RX177), 2001. [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://premium.vlex.com/doctrina/Revista-Derecho-vLex/Espa%F1a-Novidades-regulacion-comercio-electronico-Analisis-desde-una-perspectiva-fiscal/2100-102383_busqueda_3897615.01.html

suscritos mediante firma digital, tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito” constituye, sin duda, un instrumento de enorme valía para el comercio electrónico el cual no podrá desarrollarse a plenitud si no se regulan adecuadamente otros aspectos que pretenden brindar seguridad a las transacciones y protección a los consumidores.

2.1.2 Regulación vigente en el derecho comparado

La revisión del derecho comparado resulta siempre un recurso válido para cualquier esfuerzo propositivo en materia de vacíos regulatorios. Por ese motivo se ha considerado conveniente revisar las respuestas que se han originado en el seno de organismos internacionales y de países con sistemas normativos similares para atender las exigencias que plantea el comercio electrónico.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de las Naciones Unidas²¹

Por resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1996 se aprobó la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico. Según lo establece la misma resolución de Naciones Unidas, esta propuesta pretende ayudar “de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos en que carezcan de ella”.

Esta ley modelo pretende, en primer término definir conceptos que permitirían delimitar el

ámbito de aplicación de este tipo de normativa.²² Pretende, por su parte, que en caso de ser adoptada por los países en su interpretación se considere el origen internacional de la norma y “*la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”.²³

En su contenido la normativa prevé regulaciones sobre el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos; su admisibilidad, fuerza probatoria y conservación; la formación y validez de los contratos y la regulación del comercio electrónico en materias específicas como el transporte de mercancías.

22 Los conceptos que define la Ley Modelo de la ONU en su artículo 2 son los siguientes:

- a) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;
- b) Por “intercambio electrónico de datos (EDI)” se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;
- c) Por “iniciador” de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;
- d) Por “destinatario” de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;
- e) Por “intermediario”, en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él;
- f) Por “sistema de información” se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.”

21 Naciones Unidas. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI sobre comercio electrónico. 85a. sesión plenaria del 16 de diciembre de 1996.

23 Naciones Unidas. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI sobre comercio electrónico. 85a. sesión plenaria del 16 de diciembre de 1996. Artículo 3.

La legislación española sobre comercio electrónico

España ha sido uno de los países que más ha promovido legislación en materia de comercio electrónico. La base fundamental de la legislación española, dentro del conglomerado de leyes dictadas en la materia es la **Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico** compuesta por 46 artículos distribuidos en siete títulos.²⁴

Dicha norma incorpora a su vez diversas directivas del Parlamento Europeo sobre el particular, a saber, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado Interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

En su exposición de motivos, se acoge un concepto amplio de los servicios de la SIC, al establecerse que:

“(...) engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúen los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio

que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.”²⁵

Por su parte, el **artículo 1** establece con claridad que *“es objeto de la presente ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios”*. Además, el numeral 2 establece que la normativa se aplica a los prestadores de servicios establecidos en España.

Otras disposiciones de la Ley establecen el principio de Libre Prestación de Servicios en tanto no está sujeta a autorización alguna, también se establecen regímenes de responsabilidad para los prestadores de servicios además de sanciones y mecanismos de control para quienes sean parte en el comercio electrónico.

Además, se prevé la posibilidad de que se establezcan códigos de conducta voluntarios que establezcan pautas de comportamiento para las partes involucradas en este tipo de transacciones.

Un tema que no fue expresamente regulado en esta ley y que se constituye en el próximo reto que habrán de enfrentar las autoridades españolas en la materia es el control de las obligaciones tributarias de los prestadores de servicios. Sin embargo, dado que se trata de un problema global, el control del comercio electrónico, desde una perspectiva tributaria, ha de pasar necesariamente por las propuestas

²⁴ Jefatura del Estado Español. Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 de Julio de 2002.

²⁵ Ídem.

de solución que se están preparando en diversas organizaciones internacionales, como la OCDE y la Unión Europea.²⁶

La situación en Venezuela

Otra nación que sobresale por la inclusión de legislación alrededor del comercio electrónico es la **República Bolivariana de Venezuela**; donde se toma como punto referente la definición aportada por Jaime Neilson según la cual el “*comercio electrónico es cualquier actividad de intercambio comercial en la que las órdenes de compra-venta y pagos se realizan a través de un medio telemático, los cuales incluyen servicios financieros y bancarios suministrados por Internet*”²⁷.

En Venezuela cerca de un 30% de la población tiene acceso a Internet y de esos usuarios solo el 13,7 % utiliza el comercio electrónico. Según investigaciones realizadas las razones para no utilizarlo son, esencialmente, la inseguridad y desconfianza que representa frente a problemas como el fraude en las transacciones.²⁸

En materia regulatoria ese país cuenta con una *Ley de Telecomunicaciones* que aporta regulación general en esa materia; una *Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas* que le otorga la eficacia y valor jurídico a los mensajes de datos; una *Ley especial contra los delitos informáticos* que protege de manera integral los

sistemas que utilizan las TIC's y una *Ley Orgánica de Ciencia y Tecnología* que desarrolla los principios orientadores en materia de ciencia, tecnología e innovación y define los lineamientos que orientaran las políticas y estrategias para el desarrollo tecnológico del país. Por su parte, también existe una Cámara Venezolana de Comercio Electrónico la cual es una organización privada e independiente que agrupa y apoya a las empresas en sus actividades con ese tipo de comercio.²⁹ Actualmente se trabaja en el borrador de una ley de comercio electrónico para ese país.

En concreto sobre la protección de los derechos del “consumidor electrónico”

En materia de protección de los derechos del consumidor, existe una tendencia que se ha venido desarrollando en varios países para extender los avances regulatorios en materia de protección de los derechos del consumidor a las situaciones particulares que presenta el comercio electrónico. Este es el caso de Argentina con su Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240; Brasil con el Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 8.078; Paraguay con la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario N° 1.334; y Uruguay con la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250.

Todas estas normativas incorporaron algunas estipulaciones que protegen al consumidor frente a las situaciones que lo colocan en situación de vulnerabilidad frente a las desventajas que presenta la falta de regulación del comercio electrónico. Unido a estos países, se encuentran los esfuerzos por regular el comercio electrónico de dos bloques económicos poderosos en el mundo, como lo son el MERCOSUR y la Unión Europea a través de la aprobación leyes que incorporan medidas especiales de protección al consumidor.

26 Gómez Calleja, Isabel. España: Novedades en la regulación del comercio electrónico. Análisis desde una perspectiva fiscal, 2001 [En línea]. En Página electrónica de vLex (editorial jurídica en Internet), Revista de Derecho vLex (VLEX-RX177), 2001. [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://premium.vlex.com/doctrina/Revista-Derecho-vLex/Espa%Fla-Novedades-regulacion-comercio-electronico-Analisis-desde-una-perspectiva-fiscal/2100-102383,busqueda_3897615,01.html

27 Hernández, Oscar. La globalización, el comercio electrónico y Venezuela en el nuevo milenio, Caracas - Venezuela, 8 de abril de 2007 [En línea]. En: Biblioteca electrónica de Caracas - Venezuela [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.analitica.com/bitlibrioteca/ohernandez/globalizacion.asp>

28 Idem.

29 Cfr. Pagina web de la Cámara Venezolana de Comercio. Disponible en: <http://www.cavecom-e.org.ve/>

Cabe resaltar en el contexto de MERCOSUR la Norma N° 087 de Octubre de 2005 para Defensa del Consumidor en Internet, la cual reivindica el derecho de información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas por internet para garantizar que los datos proporcionados por el proveedor sea la necesaria para que el consumidor pueda tomar una decisión razonada, libre y debidamente fundada.

Ello en virtud de que en razón de los medios utilizados en las transacciones de comercio electrónico, el consumidor no tiene, generalmente, acceso directo a los bienes que pretende adquirir.³⁰

Igualmente se debe resaltar el hecho de que las personas físicas y jurídicas radicadas o establecidas en alguno de los Estados miembros del MERCOSUR que actualmente o en el futuro ofrezcan sus productos y servicios en sus respectivos sitios en Internet para consumo final, deberán cumplir con las exigencias impuestas por la Resolución N° 21 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR. En el caso de la Unión Europea, por su parte, la Directiva 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de 20 de Mayo de 1997, relativa a la Protección de los Consumidores en materia de contratos a distancia pretende promover la adopción de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas específicas para regular ciertos derechos de los consumidores y algunas restricciones para los proveedores o prestadores de servicios. Para ello se tomó en consideración, entre otras cosas, lo siguiente:

“... que la venta transfronteriza a distancia puede ser, para los consumidores, una de las principales manifestaciones concretas del establecimiento del mercado interior,

30 Altamira, Matias. Norma MERCOSUR para Defensa del Consumidor en Internet, 2005 [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición N°087 - Octubre del 2005 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/miembro.shtml?x=1131>

como se ha comprobado, entre otros casos, en la Comunicación de la Comisión al Consejo titulada «Hacia un mercado único de la distribución»; que es indispensable para el buen funcionamiento del mercado interior que los consumidores puedan dirigirse a una empresa fuera de su país, aunque dicha empresa tenga una filial en el país de residencia del consumidor.»³¹

Particular interés reviste en esta directiva de la Unión Europea la protección del acceso a la información por parte de los consumidores.

En ese sentido se señala que la utilización de la tecnología no debe conducir a una reducción de la información facilitada al consumidor; que es conveniente determinar la información que:

*“... debe transmitirse obligatoriamente al consumidor cualquiera que sea la técnica de comunicación utilizada y que, si se establecen excepciones a la obligación de suministrar información, corresponde al consumidor, con carácter discrecional, la facultad de solicitar una información básica, tal como la identidad del suministrador, las principales características de los bienes o servicios y su precio”.*³²

Los diversos capítulos de la directiva se refieren a los siguientes temas: definiciones, exenciones, información previa de los contratos a distancia, confirmación escrita de la información, derecho de resolución, ejecución, restricciones de la utilización de determinadas técnicas de comunicación a distancia y acciones judiciales o administrativas.

31 Parlamento Europeo. Directiva 97/7/ce, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, Bruselas, el 20 de mayo de 1997 [En línea] En: Página electrónica de la Universidad Complutense de Madrid [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.ucm.es/info/dinforma/legisla/LEYES/Directivas/Public_enganosa/Dir_Pub_enga.html

32 *Ídem*.

2.1.3 Propuestas para la Regulación del Comercio Electrónico en Costa Rica

En este acápite se analizará el proyecto de ley más reciente presentado a la corriente legislativa con el fin de regular el comercio electrónico. También se plantearán sugerencias concretas derivadas del trabajo realizado durante las jornadas de reflexión y la investigación bibliográfica.

Proyecto de Ley N° 16.081 “Ley de Comercio Electrónico”

Actualmente se discute en la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley N° 16081 presentado a la corriente legislativa por parte de la diputada Laura Chinchilla durante el año 2006. Al definir los objetivos de la ley, la exposición de motivos consignó lo siguiente.

“Consideramos que una norma jurídica que se pretenda efectiva lo primero con que debe contar es con la realidad a la que se dirige, nunca pretender la creación o la imposición de realidades diversas; en el caso particular pretender que todos los potenciales proveedores de servicios de la red internacional se van a inscribir en Costa Rica resulta completamente alejado de la realidad actual de la Internet.

Por el contrario, debemos partir de que cualquier usuario nacional puede requerir a cualquiera de los millones de prestadores de servicios de la red y nuestra legislación debe poder dar una respuesta a los conflictos que se generen en tales interrelaciones.

Ante estas circunstancias, la iniciativa presentada apuesta por medidas concretas mucho más realistas, tales como la obligación de los proveedores de servicios de Internet de contar con los mecanismos de bloqueo ante el requerimiento de las autoridades judiciales y administrativas sobre proveedores de servicios, tanto en

ejercicio de competencias cautelares como para ejecución de resoluciones firmes; asimismo, se obliga a los prestadores de servicios de pago mediante tarjetas de crédito y pagos en línea en general, para que brinden la información necesaria a las autoridades judiciales para detectar los beneficiarios finales de pagos.

Las causales de intervención de la autoridad pública también son claramente definidas por el proyecto, básicamente cuando la prestación de servicios por medio de Internet:

- a) dañe la moral o el orden público, o que perjudiquen a tercero;
- b) interfiera con la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional;
- c) se requiera para la protección de la salud, ambiente, seguridad e intereses económicos de los consumidores o usuarios;
- d) lo demande el respeto a la no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión o nacionalidad.”³³

La iniciativa de comentario cuenta con cuatro capítulos. El primero de ellos está dedicado al desarrollo de las *Disposiciones Generales*, el segundo regula en específico la *Contratación Electrónica y Telemática*, el tercero desarrolla los *Medios de Control* y el cuarto establece el *Régimen de Responsabilidades*.

Resulta interesante que, a diferencia de lo establecido en la normativa española recién comentada, el proyecto de ley costarricense no parece limitar sus efectos a los prestadores de servicios establecidos en el país. En ese sentido, el artículo 9 establece que en caso de controversias:

“... la jurisdicción costarricense será competente si al menos uno, el receptor o el prestador del servicio, tienen su domicilio en Costa Rica. En el supuesto de que alguna de las

³³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley de comercio electrónico, Expediente N° 16.082, San José-Costa Rica, 6 de diciembre de 2005.

partes no tenga domicilio nacional deberá notificársele por vía consular la articulación o demanda interpuesta".³⁴

Según el proyecto, a nivel administrativo y con estricto apego a su régimen legal, los Ministerios de Ciencia y Tecnología y de Economía, Industria y Comercio, serán las autoridades competentes para vigilar, controlar y sancionar las conductas que contravengan las excepciones a la libre prestación de servicios por Internet.

Aunque se reconoce que la iniciativa de ley responde a una necesidad evidente de la legislación costarricense expertos en la materia señalan que deben revisarse puntos como los siguientes:

- Falta la definición de conceptos de carácter técnico que pueden ser esenciales para la aplicación de la ley.
- No se establece un nexo con la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.
- Falta profundizar los criterios de interpretación que resulta aplicables a este tipo de regulación.
- No refuerza la protección del derecho de autodeterminación informativa.
- Deben especificarse con más detalle los derechos del consumidor pues en este campo el proyecto se limita a desarrollar y de manera parcial aspectos vinculados al derecho a la información.
- Tampoco aprovecha para reformar la normativa que regula el funcionamiento de instancias como la Comisión Nacional del Consumidor y la ley N° 7472 para habilitar mecanismos administrativos para hacer exigibles los derechos del consumidor.
- El proyecto establece que la prueba de las obligaciones y contratos celebrados por vía electrónica se regirá por las reglas generales del Derecho común lo cual parece

negar la necesidad de una legislación especial que se adapte a los nuevos requerimientos que se plantean en el contexto de la SIC.

- No se regula de manera suficiente las implicaciones y alcances de los Códigos de Conducta y la autorregulación.

Agenda mínima para la regulación del comercio electrónico en Costa Rica

Dada su naturaleza como actividad que no conoce fronteras, cualquier intento por establecer regulaciones para el comercio electrónico debe partir de la necesidad de hacerlo tanto desde el ámbito nacional como el internacional.

Ya analizamos algunos esfuerzos realizados por la Comunidad Internacional que, aunque no han evolucionado lo suficiente, parecen tener algunos resultados por lo menos en los niveles regionales, como es el caso de la Unión Europea y el mismo MERCOSUR. También es un tema que se acostumbra incluir en algunos de los Tratados de Libre Comercio bilaterales que se están firmando a lo largo del planeta.

En el ámbito nacional, por su parte, no debe subestimarse el potencial que guarda el comercio electrónico como instrumento de desarrollo y de integración a la economía global. Partiendo, entonces, de la necesidad de regular el comercio electrónico en el país se propone que dicho esfuerzo considere al menos la agenda mínima que se plantea a continuación:

- Conviene iniciar la ley con una definición de conceptos básicos (iniciador, destinatario, mensaje de datos, intermediario, sistemas de información, servicios de la sociedad de la información, prestador de servicios, consumidor, comunicación, entre otros).
- Derecho a la información permanente, directa, de fácil acceso y gratuita sobre las calidades y términos del oferente.

³⁴ Ídem.

Asimismo, en relación con la transacción debe regularse los deberes precontractuales de información además de garantizarse los datos sobre precio, comisión, gastos, condiciones de crédito, modalidades y costos de la entrega y garantías de calidad.

- Regulación de la publicidad por medios electrónicos.
- Mecanismos de resolución de controversias en el nivel interno y conciliación o arbitrajes cuando proceda.
- Protección de la privacidad y la autodeterminación informativa de las personas.
- Regulación de principios que sirven para la interpretación de la ley, entre otros la equivalencia funcional, la buena fe, la neutralidad tecnológica y la libertad contractual.
- Ámbito de aplicación territorial y definición de la jurisdicción aplicable.
- Regulación de la publicidad por Internet.
- Detalles sobre la contratación por vía electrónica (requisitos mínimos de la oferta, cómo se da la aceptación, condiciones, cláusula sobre legislación aplicable, momento de perfeccionamiento del contrato, idioma).
- Regulación del comercio electrónico cerrado (entre dos personas sin que exista oferta pública).
- Régimen de responsabilidad y mecanismos para hacerla exigible
- Criterios para la valoración de la prueba en estrados administrativos y judiciales.
- Deben incorporarse disposiciones que garanticen la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad así como la protección de las personas menores de edad.

Cabe indicar, finalmente que, aunque compleja, la tarea de regular el comercio electrónico se impone con urgencia en el contexto de una Sociedad de la Información y el Conocimiento que aspira a construir una sociedad:

“... centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida”³⁵

2.2 TELETRABAJO

El desarrollo tecnológico ha provocado la aparición de “conceptos y espacios” que el legislador no podía tener en cuenta al dictar la ley, por su dificultad de prever los cambios e innovaciones en ciertas áreas de la vida humana.

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación, han modificado radicalmente los medios y modos en que las personas se informan y comunican, tanto de manera individual como corporativos y evidentemente ha afectado las relaciones humanas, tanto sociales como laborales.

De hecho el avance tecnológico ha incidido al mismo tiempo para que ciertas actividades hayan prescindido de la fuerza laboral tradicional como para impulsar nuevas fuentes de empleo con cambios significativos en las relaciones laborales tal y como habían sido concebidas hasta ahora. Ello ha hecho que se haya desarrollado el concepto de “teletrabajo” o “teleconmutación” para designar estas circunstancias que caracterizan un nuevo tipo de relación laboral.

Sobre el particular, Luz Clara señala que el teletrabajo es:

“... toda realización de tareas por medios telemáticos” y agrega “aquí las tareas se ejercen o desarrollan lejos de la empresa o lugar habitual de trabajo, a través de medios

³⁵ Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, Ginebra, 12 de mayo de 2004, p. 1.

tecnológicos y de comunicaciones con una presencia virtual del trabajador”³⁶

La OIT también ha definido el teletrabajo como el trabajo que se realiza en un lugar alejado de oficinas centrales de una empresa mediante utilización de tecnologías y que puede realizarse en tiempo real –on line- o diferido –off line- y organizarse de forma individual o colectiva.

En el mismo sentido, Pino Estrada explica que el proceso de reestructuración global de la economía, proporcionado por el desarrollo científico-tecnológico, se dirige cada vez más hacia las relaciones en el mundo virtual, rediseñándose las formas de vida y de trabajo, imponiendo de esa manera un nuevo ritmo al desarrollo de las actividades humanas. Ello tiene por consecuencia la necesidad de redefinir las relaciones laborales en tiempo y espacio a través de nuevos procesos en la organización y desarrollo del trabajo en sí³⁷.

Los medios de comunicación existentes en la actualidad proporcionan al empleado la posibilidad de trabajar en su residencia, en su vehículo o, incluso, en varias partes del mundo. De hecho, se conciben cuatro formas en las que se manifiesta este tipo de relación laboral:

- En el domicilio
- En oficinas satélites o estratégicas descentralizadas de la empresa
- En telecentros locales compartidos por varias empresas que se distribuyen costos aunque no tengan nexos

- En unidades móviles o nómadas que exigen un continuo desplazamiento dada la naturaleza de la actividad

En ese sentido, el teletrabajo, a través de la utilización de las TIC's, se caracteriza por una mayor flexibilidad en el tiempo y el espacio lo que proporciona al trabajo un alcance extraterritorial y, en ese tanto, se adapta a las nuevas exigencias de la globalización. Sin embargo, esos mismos elementos pueden provocar efectos negativos para el trabajador. Por ello dado lo novedoso del tema, conviene de seguido examinar las características de este nuevo tipo de relación laboral así como las ventajas y desventajas que plantea.

Algunos datos proporcionados por un estudio europeo resultan reveladores sobre el alcance que tiene esta nueva modalidad de relación laboral en dicho continente:

“Algunos datos revelan la lenta penetración de esta figura. Un 49% de las empresas europeas con teletrabajadores llevan menos de dos años con dicho sistema –el 65% en el caso español– al tiempo, no obstante, de que la generalización de nuevos sistemas de comunicación como las líneas RDSI o el cable –también el ADSL evidentemente– unida a una visión más aperturista de los agentes sociales –como luego se verá– y un notable impulso público, Informes Delors y Bange-mann plasmados en los programas marco IV y V para fomento del teletrabajo, impulsan esta forma de empleo.

Según datos facilitados por la propia Dirección General XIII ya en 1.999 existían unos 9 millones de teletrabajadores en Europa lo que suponía un 6% de la fuerza laboral – 375.000 personas en España, un 3% de los trabajadores ocupando el último lugar a gran distancia de Finlandia que encabeza la lista con un 17%.

Los datos revelaban, además, que el teletrabajo es una actividad realizada fundamentalmente por hombres entre los 30 y 50 años

36 Luz Clara, Bibiana. El teletrabajo: la opción de hoy, Mar de Plata, Argentina, 2001 [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición No. 035 - Diciembre de 2001 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=701>, p. 108-109.

37 Pino Estrada, Manuel Martín. El teletrabajo en el derecho brasileño, Universidad de Sao Paulo, Brasil, enero de 2003. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición N° 054 - Enero del 2003 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf

*y con una cualificación media alta que desarrollan principalmente funciones directivas en empresas mayoritariamente de grandes dimensiones en los sectores de servicios financieros, distribución, transporte y comunicación.*³⁸

2.2.1 Características del teletrabajo, ventajas y desventajas

Los componentes que tradicionalmente se han utilizado para definir e identificar una relación laboral son tres, a saber, una relación de trabajo personalísima en la que predominan las cualidades personales y características de quien realiza las funciones; la existencia de una remuneración en la forma de una prestación dineraria que se reconoce a cambio de la fuerza de trabajo y la existencia de una relación de subordinación jurídica con respecto al patrono que es quien dirige las labores, establece sus condiciones y ejerce un poder disciplinario.

Dada su naturaleza, el teletrabajo incorpora elementos que distorsionan la modalidad tradicional de las prestaciones laborales y, en ese tanto, dificultan la identificación de las características definitorias de la relación laboral.

Sólo el hecho de que el trabajador no esté cerca de su patrono crea dudas sobre la existencia de un vínculo de subordinación aunque en la práctica existen mecanismos tecnológicos que se utilizan para ejercer supervisión minuto a minuto en el trabajo en línea, o bien a través de la instalación de cámaras o de software que controlan el trabajo 'off line'. Esta situación plantea la necesidad de revisar con detalle cada caso a fin de determinar si se está en presencia de una relación de servicios regulada

por el derecho civil o mercantil, o bien, de una laboral que debe regularse de conformidad con la legislación de trabajo.

Según Aragüez Guerrero, al enfrentar este dilema la jurisprudencia española ha señalado que:

*"...las principales consecuencias del fenómeno Internet son, por un lado, la dualización del mercado del trabajo entre los que están dentro y fuera de las nuevas tecnologías; y por otro, la vuelta al contrato individual de trabajo como sistema de regulación de las relaciones laborales, con la consiguiente dificultad en distinguir entre el ámbito civil y el laboral".*³⁹

En relación con las **ventajas** del teletrabajo pueden citarse, entre otras, las siguientes:

- Generar tanto empleos altamente especializados como aquellos que demandan menos especialización, alcanzando, por tanto, una gran cantidad de trabajadores.⁴⁰
- Permite al trabajador adaptar la ejecución del trabajo a sus necesidades personales y familiares.
- Disminuye el costo de transporte, alimentación e indumentaria.
- Puede aumentar la productividad pues reduce problemas de ausentismo y llegadas tardías.
- Facilita la inserción de la mujer al mercado laboral.⁴¹

38 Confederación General del Trabajo (CGT). Teletrabajo: aproximación a un modo nuevo de organización y desarrollo del trabajo, España, 2002 [PDF]. En: Página electrónica de la Confederación General del Trabajo de España [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.cgt.es/telecomunicaciones/IMG/pdf/Teletrabajo_estudio_del_2002.pdf, p. 7.

39 Aragüez Guerrero, Juan José. Ensayo sobre teletrabajo, Málaga - España, 18 de abril de 2002 [En línea]. En: Página electrónica de Informática Jurídica [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.informatica-juridica.com/trabajos/ensayo_sobre_teletrabajo.asp, p. 3.

40 Rodríguez, Américo Plá. Principio de Direito do Trabalho. 3.ed. rev. e atual. Revista Ltr, 2000. p. 339, Sao Paulo-Brasil.

41 Debe considerarse que esta visión implica de alguna manera perpetuar la división de roles que socialmente asigna a la mujer las responsabilidades del hogar y la familia.

- También facilita la inserción al trabajo de colectivos que normalmente tienen dificultades para hacerlo como es el caso de las personas con discapacidad y los privados de libertad.

Como **desventajas** de este tipo de relación laboral se señala que:

- Es una forma de trabajo muy individual, sin contacto físico con compañeros de trabajo ni con la jerarquía de su empresa que provoca en el trabajador una sensación de aislamiento y soledad todo lo cual puede afectar su salud ocupacional.
- Puede ocasionar confusión entre la vida íntima de las personas y el trabajo propiamente tal.
- No se genera un gran vínculo entre el trabajador y la empresa por tal motivo se encuentra más aislado para recibir capacitación, puesto que el individuo trabaja solo para el cumplimiento de objetivos concretos (creación de bases de datos, metas de ventas, etc.).⁴²
- Existen dificultades para la exigibilidad de los derechos laborales (seguridad social, salud ocupacional, vacaciones, jornada, pago prestaciones laborales, entre otros).
- Puede ser utilizado para disfrazar auténticas relaciones laborales y darles el trato de simples contratos de servicios.⁴³

Precisamente durante las jornadas de reflexión los expertos señalaron estos dos últimos aspectos como los que más interesan desde la

42 Pumarino Mendoza, Andrés. Legislación Laboral y Teletrabajo, 2003. [PDF]. En: *Revista de Derecho Informático*, Edición No. 059 - Junio del 2003 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/miembro.shtml?x=1083>

43 A esta práctica se le denomina "outsourcing" y consiste en una estrategia para reducir costos de producción a través de la utilización de estrategias para contratar por servicios actividades que tradicionalmente se realizan en el contexto de una relación laboral. El efecto es que se promueve la informatización del empleo. En el caso de Costa Rica, en la actualidad el 45% del empleo se genera en el sector informal de la economía.

perspectiva del esfuerzo propositivo por regular el teletrabajo en el país. Existen, en ese sentido, varias situaciones que derivan de esta modalidad de relación laboral que afectan directamente los derechos de los trabajadores y que no están en la actualidad regulados por la legislación laboral. Además de la tendencia a la informatización del trabajo que podría promover el teletrabajo, no se consideran tampoco las consecuencias sobre el tema de los riesgos laborales y la salud ocupacional en general.

Existe el problema, por ejemplo, de que en la actualidad algunos padecimientos relacionados con el trabajo con tecnología no están ni siquiera reconocidos como un riesgo laboral. Tal es el caso de la inflamación del túnel carpal por que provoca la utilización de la computadora como instrumento de trabajo.

Existe la duda, asimismo, de cómo podría diferenciarse un accidente laboral de un simple accidente doméstico cuando el teletrabajo se realiza en la casa. ¿Cómo se regula, asimismo, la licencia por maternidad de las mujeres en estado de embarazo y el derecho de lactancia de los menores?

No existe tampoco respuesta en la legislación laboral sobre las consecuencias que tiene el trabajo transfronterizo en el teletrabajador. Si la empresa está ubicada en otro país, ¿cuál legislación priva en materia de salario mínimo y condiciones laborales? ¿De qué mecanismos dispone el trabajador para hacerla exigible? ¿Se han dimensionado los efectos sobre el mercado laboral y la política migratoria?

Otro aspecto que interesó a los participantes en las jornadas de reflexión se refiere al efecto del teletrabajo sobre derecho laboral colectivo y los derechos sindicales. Se discutió que esta modalidad de relación laboral puede tener ambos efectos: puede servir para facilitar o bien para obstaculizar el trabajo sindical. A la vez que los medios tecnológicos pueden ser utilizados para incrementar la comunicación entre los miembros de las organizaciones de trabajadores

o bien facilitar la comunicación sin la interferencia patronal que muchas veces se da en el centro de trabajo, también podría ser que tales condiciones refuerzan el aislamiento y la falta de identificación con el resto de los trabajadores y las luchas del sindicato.

Este tema ha sido parte de las reivindicaciones sindicales alrededor del mundo. En el caso de España, por ejemplo, las organizaciones laborales han propuesto que se reconozca a los trabajadores los siguientes derechos en sus centros de trabajo:⁴⁴

- El derecho de cada trabajador a un buzón personal de correo electrónico en la empresa.
- El derecho de los sindicatos a comunicarse con los trabajadores a través de un buzón sindical de libre acceso en las empresas.
- Libre acceso de los representantes sindicales al correo electrónico e Internet en la empresa para el desarrollo de su actividad sindical.
- Libre acceso de los trabajadores al correo electrónico y a las páginas de Internet sindicales para obtener información laboral en la empresa.
- Que las empresas respeten la inviolabilidad de las comunicaciones, también a través de Internet.
- Libre acceso desde el puesto de trabajo a un tablón electrónico y a un grupo de

44 En un boletín sindical de Internet una organización sindical informa a sus afiliados lo siguiente:

“El Senado aprobó el pasado 28 de noviembre por unanimidad una moción que “insta al Gobierno a que, en el plazo más breve posible, estudie la forma de poner en marcha las medidas necesarias para considerar el correo electrónico e Internet como instrumentos de comunicación e información de los trabajadores con sus representantes sindicales y viceversa, siempre que la actividad y características generales de las empresas lo permitan, facilitando el acceso de los trabajadores y sus representantes sindicales al correo electrónico e Internet en la empresa, con garantía de inviolabilidad de las comunicaciones conforme al marco legal vigente”. En CC.OO., “Derechos Sindicales en la Red, Nuevos Tiempos, Mismos Derechos”, www.ccoo.es.

noticias de carácter sindical a través de la intranet corporativa.⁴⁵

Un aspecto que preocupa desde la perspectiva de la protección de los derechos laborales tiene que ver con la capacidad real del Ministerio de Trabajo y, en concreto, de la Dirección General de Inspección del Trabajo para ejercer supervisión y vigilancia sobre las condiciones en las que se desarrolla el teletrabajo en el país. Según datos proporcionados por una de las expertas que participó en las jornadas de reflexión, la cantidad de inspectores de trabajo ha decrecido pues pasó de 102 a 88 personas. Ello tiene por consecuencia que sólo se ejerce vigilancia sobre el 10% de las empresas que existen en el país. Esta situación puede tornarse aún más dramática si se generaliza la práctica del teletrabajo en el país. Con la infraestructura actual la Inspección del Trabajo carecería de capacidad para realizar un trabajo efectivo y su intervención se vería limitada en ese campo a la atención de las denuncias que decidan hacer los trabajadores.

2.2.2 La Regulación del Teletrabajo en Costa Rica

La legislación laboral costarricense no prevé ninguna regulación específica para el fenómeno del teletrabajo. La única norma que podría servir como antecedente lejano de esta modalidad de relación laboral se encuentra en el Código de Trabajo aprobado en 1943. Ello implica que tal legislación aún no se ha visto afectada por las nuevas corrientes que pretenden regular las relaciones laborales en la SIC.

Los artículos 109 al 112 del Código de Trabajo regulan la figura de “los trabajadores a domicilio” de la siguiente manera:

45 Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO). Derechos sindicales en la red, Cataluña - España. [PDF] En: Página electrónica de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Cataluña - España [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.conc.es/pdf_documents/412.pdf

“ARTÍCULO 109.- *Trabajadores a domicilio son los que elaboran artículos en su hogar u otro sitio elegido libremente por ellos, sin la vigilancia o la dirección inmediata del patrono o del representante de éste.*

ARTÍCULO 110.- *Todo patrono que ocupe los servicios de uno o más trabajadores a domicilio deberá llevar un libro sellado y autorizado por la Oficina de Salarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el que anotará los nombres y apellidos de éstos, sus residencias, la cantidad y naturaleza de la obra u obras encomendadas y el monto exacto de las respectivas remuneraciones.*

Además hará imprimir comprobantes por duplicado, que le firmará el trabajador cada vez que reciba los materiales que deban entregársele o el salario que le corresponde; o que el patrono firmará y dará al trabajador cada vez que éste le entregue la obra ejecutada. En todos estos casos debe hacerse la especificación o individualización que proceda.

ARTÍCULO 111.- *Los trabajos defectuosos o el evidente deterioro de materiales autorizan al patrono para retener hasta la décima parte del salario que perciban los trabajadores a domicilio, mientras se discuten y declaran las responsabilidades consiguientes.*

ARTÍCULO 112.- *Las retribuciones de los trabajadores a domicilio serán canceladas por entregas de labor o por períodos no mayores de una semana.*

En ningún caso podrán ser inferiores a las que se paguen por iguales obras en la localidad o a los salarios que les corresponderían por igual rendimiento si trabajaran dentro del taller o fábrica del patrono.

El patrono que infrinja esta disposición será obligado en sentencia a cubrir a cada trabajador una indemnización fija de cien colones.”

Como puede observarse, aunque estos artículos autorizan una modalidad de trabajo fuera de la empresa, probablemente éstos han tenido poca aplicación en el pasado reciente por las características del trabajo que regulaba al momento de la aprobación del Código. Resulta evidente, en ese sentido, la necesidad de reformar la normativa para adaptarla a las características que presenta el teletrabajo. No obstante durante las jornadas de reflexión los participantes fueron enfáticos al señalar que cualquier esfuerzo en esa dirección no puede prescindir nunca de los principios fundamentales que regulan la relación de trabajo. No se puede debilitar, por ejemplo, el equilibrio que el principio protector establece entre patrono y trabajador ante la desigual posición de poder de ambos ostentan en la relación laboral. En el caso del teletrabajo ello adquiere especial relevancia si se considera que en ese tipo de vínculos el poder del patrono parece anular la autonomía de la voluntad del trabajador en la definición de muchos aspectos de la relación. Por ello procede buscar una mayor flexibilidad para adaptar las normas a las nuevas realidades pero sin sobrepasar los límites que establecen los principios fundamentales del derecho laboral.

2.2.3 La regulación del Teletrabajo en el Derecho Comparado

Se pretende, ahora, reforzar el análisis de lo establecido en la doctrina y el en derecho interno con la revisión del derecho comparado, la cual incluye el examen de normativa emitida por la Organización Internacional del Trabajo de las Naciones Unidas y disposiciones adoptadas por otras naciones de iberoamérica.

El Convenio N° 177 de la Organización Internacional del Trabajo

En el marco del derecho internacional, el instrumento que se cita por la doctrina como aplicable a la dinámica del teletrabajo es el Convenio

Nº 177 de la OIT sobre el Trabajo a Domicilio (1996). Según Pumarino Mendoza, dicho convenio pretende:

*“...promover y generar igualdad de trato entre los trabajadores de domicilio y los otros trabajadores remunerados, amparo sobre la libertad sindical, protección frente a la discriminación en el empleo, y en materia de seguridad y salud, de remuneración, de capacitación y de protección a la maternidad; esta normativa debe tener en cuenta las características particulares del trabajo en domicilio”.*⁴⁶

Cabe indicar que este Convenio aún no ha sido ratificado por Costa Rica y que entre las normas más importantes destaca la disposición (artículo 4) que pretende garantizar la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los demás.

Para ello se propone que dicha igualdad de trato fomente el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones laborales que escojan y a participar en sus actividades; la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; la remuneración; la protección por regímenes legales de seguridad social; el acceso a la formación; la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo y la protección de la maternidad.

Por su parte, el artículo 8 establece que los Estados deberán establecer un sistema de inspección compatible con la legislación y la práctica nacionales. Además, también se asume el compromiso de aplicar de manera efectiva medidas apropiadas que incluyan, sanciones, para los casos de infracción a la legislación interna.

⁴⁶ Pumarino Mendoza, Andrés. Legislación Laboral y Teletrabajo, 2003. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informativo**, Edición No. 059 - Junio del 2003 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/miembro.shtml?x=1083>, p. 2.

La regulación del teletrabajo en el derecho comparado

En este acápite se analizarán los avances regulatorios en materia de teletrabajo en el derecho comparado. Un estudio elaborado por la organización laboral denominada Confederación General del Trabajo de España señaló lo siguiente en relación con el desarrollo normativo del teletrabajo en el continente europeo:

*“La dificultad de construir un concepto del teletrabajo viene dada, principalmente, por la falta de regulación legal; de hecho, sólo la legislación italiana, y en el ámbito de las administraciones públicas como ya se dijo, señala en la Ley 191 de 16 de junio de 1998, “la prestación de trabajo realizada por un trabajador de una de las Administraciones Públicas en un lugar considerado idóneo, situado fuera de la empresa, donde la prestación es técnicamente posible, y con el prevalente soporte de una tecnología de la información y de la comunicación (TIC) que permita la unión con la Administración de que depende”*⁴⁷

Por su parte, al analizar la evolución que ha tenido el tema en América Latina y el Caribe, el estudio realizado por Di Martino señala lo siguiente:

“En Brasil, la Constitución del 5 de octubre de 1998, en su Art. 7º, Nº XXVII, dispone de una protección legislativa a los trabajadores, en relación con la automatización. No se ha implementado ninguna ley todavía de acuerdo a lo que en esta etapa es simplemente una reforma que facilita las cosas pero es probable que, si se formulara nueva legislación en

⁴⁷ Confederación General del Trabajo (CGT). Teletrabajo: aproximación a un modo nuevo de organización y desarrollo del trabajo, España, 2002 [PDF]. En: Página electrónica de la Confederación General del Trabajo de España [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.cgt.es/telecomunicaciones/IMG/pdf/Teletrabajo_estudio_del_2002.pdf, p. 6.

esta área, de seguro cubriría el teletrabajo. El artículo 218 de la Constitución, que dispone de incentivos para las empresas que contribuyan activamente a la innovación científica y tecnológica y que compartan con sus trabajadores los beneficios de un aumento en la productividad, también resulta relevante. Como hemos visto en capítulos previos, Chile ya ha introducido legislación específica sobre el teletrabajo mientras que otros países como Argentina, parecen decididos a introducir nueva legislación en esta área.”⁴⁸

Para analizar en detalle algunos de los ordenamientos indicados, en el caso de **Brasil**, aunque en este país no existe normativa especial para la regulación de esta modalidad de relación laboral, salvo las normas constitucionales anteriormente citadas, la existencia de un artículo de la denominada “Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT)” ha resultado fundamento suficiente para la aplicación analógica, vía jurisprudencia, de las normas del derecho laboral general a la modalidad del teletrabajo. Pino Estrada explica así tal situación:

“No distingue el artículo 6º de la CLT entre el trabajo realizado en el establecimiento del empleador y el ejecutado en el domicilio del empleado, desde que esté caracterizada la relación de empleo, “Art 6º Nao se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento empregador e o executado no domicilio do empregado, desde que esteja caracterizada a relacao de emprego”.

Para la caracterización del vínculo de empleo con el empleador es necesario que, por lo menos

el empleado en domicilio tenga subordinación, que podrá ser medida por el control de la empresa sobre su trabajo, como por ejemplo, estableciendo cuota de producción, determinando día y hora para la entrega del producto, verificando la calidad de éste, etc.

Seis son los requisitos que deben estar presentes, concomitantemente para la configuración de la relación de empleo, a saber a) trabajo prestado por persona física; b) de forma no eventual; c) onerosa; d) mediante subordinación; e) personalidad; f) animus contrahendi.”⁴⁹

El autor señala que en el caso del teletrabajo los dos elementos que podrían verse afectados como elementos determinantes de una relación laboral son la subordinación y la denominada “personalidad” que se refiere al carácter personal de la prestación de los servicios. Sin embargo ello tan solo alude a la necesidad de someter cada caso a un riguroso examen que permita identificar rasgos que permitan comprobar la existencia de una relación laboral.

Argentina es un país que avanza con fuerza hacia la regulación del teletrabajo. De hecho, una Comisión del Ministerio de Trabajo encargada de trabajar en una propuesta regulatoria entregó un informe en el que, entre otras cosas, planteó que dada la especial naturaleza de este tipo de actividad, las reformas que se realicen a la legislación laboral deben concentrarse en la construcción de un marco amplio de regulaciones para el teletrabajo dejando la reglamentación de las particularidades a los convenios colectivos de trabajo que deberían establecerse en las empresas que utilicen esta modalidad de trabajo⁵⁰.

48 Di Martino, Vittorio. Proyecto n° 102374: “Puesta en marcha del teletrabajo: El teletrabajo en América Latina y el Caribe, Estudio para el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Ginebra, setiembre del 2004 [En línea]. En: Página del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, setiembre del 2004. [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.idrc.ca/uploads/user-S/11023387681traduccion_telework_esp.pdf

49 Pino Estrada, Manuel Martín. El teletrabajo en el derecho brasileño, Universidad de Sao Paulo, Brasil, enero de 2003. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición N° 054 - Enero del 2003 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf

50 Cfs. Comisión de Teletrabajo en el Ministerio de Trabajo de Argentina. Aspectos jurídicos del Teletrabajo en Argentina, 2004. [En línea]. En: Página electrónica de

El caso **Chile** es distinto en tanto sí existe en ese país una regulación particular para este tipo de trabajo. De hecho la reforma laboral aprobada mediante Ley N° 19.759 del 1° de diciembre de 2001 introdujo en el Código del Trabajo Chileno diversas modificaciones que afectaron al mercado laboral. Una de ellas fue la regulación del teletrabajo que en ese momento aparecía como un nuevo concepto para la legislación chilena y que vino a regular una realidad que se abría paso en virtud del cambio que la tecnología estaba provocando en el mundo laboral.

El proyecto de reforma legal que envió el Poder Ejecutivo a discusión del Congreso definía el teletrabajo como *“aquel que se desarrolla por trabajadores contratados para prestar sus servicios fuera del lugar de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, como pueden ser los informáticos o de telecomunicaciones”*.⁵¹

La reforma consistió, primero, en la derogatoria del penúltimo inciso del artículo 8 del Código del Trabajo que “establecía la presunción de que no existía relación laboral en los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que los realizan o en un lugar libremente elegido por ellas, cuando éstos se efectuaban sin vigilancia ni dirección inmediata de la persona que los contrata”.⁵²

Adicionalmente se agregó un inciso final al artículo 22 de dicho cuerpo normativo *“a fin de que los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, estén excluidos de la limitación*

rechoshumanos.com [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.losrecursoshumanos.com/teletrabajo-argentina.htm>

51 Pumarino Mendoza, Andrés. Legislación Laboral y Teletrabajo, 2003. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición No. 059 - Junio del 2003 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/miembro.shtml?x=1083>, p. 2.

52 Ídem.

de jornada de 48 horas semanales a que dicho artículo se refiere”.⁵³

Llama la atención que en el caso chileno la reforma para incluir el teletrabajo en la legislación se iniciara con una modificación para flexibilizar los límites de la jornada laboral siendo éste uno de los elementos que más preocupan a quienes promueven una normativa garantista de los derechos laborales de los teletrabajadores. No parece que éste sea el único elemento determinante de una regulación de esa modalidad de trabajo, como parece que fue la opción legislativa en el caso de Chile.

En el caso de **España**, tradicionalmente la doctrina ha tratado de encuadrar el teletrabajo en la figura del trabajo a domicilio contemplado en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores el cual define este tipo de trabajo como *“aquel que se realiza en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario”*.⁵⁴

No obstante, se ha observado que no todas las formas de teletrabajo encuentran cabida en la definición del art.13 ya que en la práctica en la mayoría de los casos el teletrabajador no se encuentra en condición de elegir el lugar de la prestación del servicio, sino que se le puede obligar a acudir a un telecentro.

Además, tampoco es cierto que el trabajo se realice sin vigilancia del empresario ya que lo normal es que el teletrabajador esté “controlado”.

Un estudio realizado sobre la situación del teletrabajo en España concluye lo siguiente en relación con el futuro del marco regulatorio en esta materia:

53 Ídem.

54 Sin autor. **El Teletrabajo - España [En línea]**. En: **Página electrónica de Informática Jurídica** [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.informatica-juridica.com/trabajos/teletrabajo.asp#_ftnref39, p. 9

“Si no se establece un control del teletrabajo, la situación dará lugar a un mayor crecimiento de la economía sumergida y a una explotación de los teletrabajadores.

Por tanto, es importante que se les garanticen los mismos derechos que un trabajador ordinario, puesto que, en este caso, al estar más desprotegidos es fácil que nos encontremos con continuadas y repetidas vulneraciones de derechos. Esto se debe a que nuestra actual legislación laboral no puede dar respuesta a las nuevas situaciones en las que nos encontramos como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, por lo que, seguramente, dicha regulación, venga por la vía de la negociación colectiva.”⁵⁵

Cabe indicar, asimismo, que la discrepancia sobre la aplicabilidad o no de la legislación laboral al teletrabajo en España, fue resuelta por vía jurisprudencial como resultado de una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del 30 de Septiembre de 1999. En esa ocasión dicho tribunal señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

“...independientemente de que el trabajador realice sus funciones en su domicilio, no es óbice para que esté en todo momento presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar al trabajador, dar directamente instrucciones, recibir al instante el fruto del mismo, dirigirlo, modificarlo, etc., y todo ello, sin tener físicamente en la sede patronal a la persona que lo realiza, sin que ello impida que concurren todas y cada una de las notas que configuran el contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores”⁵⁶

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Aragüez Guerrero, Juan José. Ensayo sobre teletrabajo. Málaga - España, 18 de abril de 2002 [En línea]. En: Página electrónica de Informática Jurídica [Consultada en

De esta breve revisión del estado en el que se encuentra la regulación del teletrabajo en el derecho comparado se puede concluir que no se puede hablar aún de la existencia de un modelo de mejores prácticas en la materia. Más bien, de las experiencias analizadas pueden derivarse los siguientes comentarios:

- El teletrabajo es una nueva modalidad de relación laboral que sobredimensiona los conceptos tradicionales del derecho laboral, lo cual exige la adaptación de las normas jurídicas a esta nueva realidad.
- La reacción legislativa ante esta nueva realidad ha sido tardía lo que deja en un estado de indefensión a una gran cantidad de trabajadores en el mundo.
- El desarrollo jurisprudencial ha podido llenar algunos vacíos de la legislación aunque sin la fuerza y sostenibilidad que proporciona la existencia de normativa aplicable a la materia.
- La opción de dejar su regulación en manos de los convenios colectivos de trabajo resulta insuficiente en realidades en las que ese tipo de instrumentos no forman parte de manera frecuente de las relaciones laborales en el sector privado.

2.2.4 Propuesta para la Regulación del Teletrabajo en Costa Rica

Tomando en consideración los elementos analizados en los acápitales anteriores y considerando las características que tienen el desarrollo del mercado de servicios en el país resulta evidente la necesidad de regular el teletrabajo en la legislación laboral del país.

Se propone, en ese sentido, que la reforma que se discuta en el poder legislativo, considere como mínimo los siguientes aspectos:

marzo de 2007]. Disponible en: http://www.informaticajuridica.com/trabajos/ensayo_sobre_teletrabajo.asp

- Edad mínima para desempeñar un teletrabajo.
- Carácter voluntario de la adscripción al teletrabajo.
- Obligación del patrono de mantener un sistema de registro de trabajadores contratados bajo esta modalidad.
- Normas sobre la definición del lugar del teletrabajo y sus condiciones mínimas
- Medidas de inspección y control por parte del patrono (visitas, acceso a los 'logs') con garantías para proteger la intimidad en el caso de que el domicilio sea el lugar del trabajo.
- Reglas sobre la propiedad del equipo y los insumos suministrados para desempeñar el teletrabajo.
- Regulación sobre la atribución de los costos del teletrabajo.
- Responsabilidad por los daños ocurridos al equipo y al lugar de trabajo.
- Jornada máxima permitida de acuerdo a criterios como cualificación, tipo de actividad; nivel de profesionalidad, tipo de contrato, entre otros.
- Considerando que las nuevas tecnologías permiten una gestión diferenciada del tiempo de trabajo debe normarse el registro de la duración la jornada.
- Normas de seguridad ocupacional y riesgos del trabajo aplicables de carácter físico y psíquico.
- Disposiciones especiales de seguridad social (incapacidades, licencia por maternidad, entre otros).
- Normas que definan la propiedad intelectual de todo lo que produzca el teletrabajador.
- Cláusulas de confidencialidad y el deber de guardar secreto de la información que pertenece a la empresa
- Regulación de la igualdad en el trato en relación con otros trabajadores.
- Reglas para garantizar las mismas oportunidades de capacitación, perspectiva de carrera y ascensos que los trabajadores que no están bajo la modalidad de teletrabajo.

Aparte de lo indicado con anterioridad, compartimos con Di Martino otro de los aspectos que requieren de una regulación urgente:

“Otro tema clave a ser considerado es la regulación aplicable en situaciones de teletrabajo transfronterizo u offshore. Como hemos visto en capítulos anteriores, estas situaciones se vuelven cada vez más frecuentes y plantean un número de problemas al derecho internacional. ¿Debería aplicarse la legislación del lugar donde se realiza el trabajo o la del país donde se ubica la empresa empleadora o donde se ha firmado el contrato de trabajo? Y ¿qué ocurre en el caso de los numerosos teletrabajadores que realizan tareas desde diferentes lugares en el transcurso del tiempo? Estos temas son extremadamente complejos y llaman cada vez más la atención en América Latina y el Caribe, si bien el debate sobre los mismos está lejos de cualquier conclusión.”⁵⁷

Todo parece indicar que el tema de la jurisdicción aplicable así como otros vinculados al teletrabajo y demás fenómenos propiciados por la evolución de la Sociedad de la Información y el Conocimiento requieren de un esfuerzo que involucre instancias internacionales y normativa supranacional.

2.3 CIBERSEGURIDAD Y CIBERDELITOS

Como se analizó en el Informe sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento en Costa Rica, si bien puede afirmarse que el desarrollo

⁵⁷ Di Martino, Vittorio. Proyecto n° 102374: “Puesta en marcha del teletrabajo: El teletrabajo en América Latina y el Caribe, Estudio para el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Ginebra, setiembre del 2004 [En línea]. En: Página del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, setiembre del 2004. [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.idrc.ca/uploads/user-S/11023387681traduccion_telework_esp.pdf

de las tecnologías de la información y del conocimiento tomó por sorpresa muchos ámbitos de la vida en sociedad, entre ellos, el de las regulaciones jurídicas, uno de los más rezagados es el de la normativa penal.

Y es que junto al avance de la tecnología y su influencia en casi todas las áreas de la vida social, han surgido una serie de comportamientos ilícitos que afectan la seguridad de las personas y sus bienes.

Ello ha originado el desarrollo de los conceptos de ciberseguridad y ciberdelitos.

La ciberseguridad se ha desarrollado como una especialidad orientada a garantizar la seguridad de la información en el contexto de la SIC.

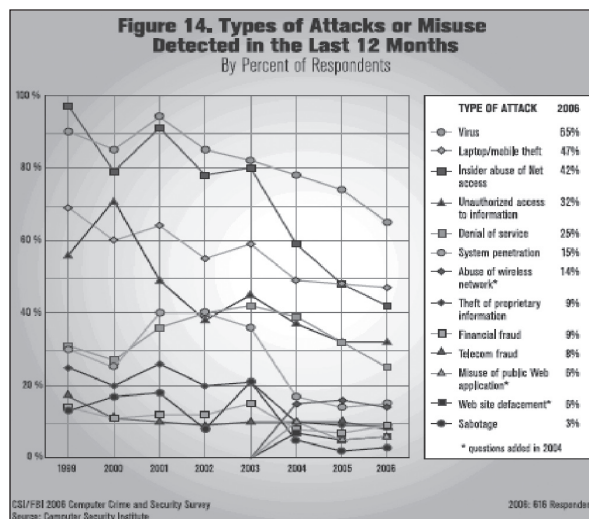
Su punto de partida es concebir a la información como un activo o un valor que necesita ser protegido en tres ámbitos concretos: en su confidencialidad, su integridad y su disponibilidad.

Además, la ciberseguridad en la capa física, en la red, en los sistemas operativos, en las bases de datos, en las aplicaciones, en los procesos y sobre los usuarios.

Existen, además, tres tipos de amenazas que enfrenta la ciberseguridad en su función de proteger la información, a saber, las amenazas físicas, las lógicas y las amenazas humanas. Las amenazas físicas se refieren entre otras a desastres naturales, a la seguridad del equipo, a problemas con el flujo eléctrico.

Las lógicas aluden a la protección frente los virus, a las técnicas utilizadas por intrusos informáticos (caballo de Troya, bomba lógica, etc.) y las humanas se vinculan a la actividad de personas internas o externas que tratan de interferir con los procesos de manejo de la información. En este último ámbito se ubican, asimismo, las acciones delictivas o ciberdelitos.

Un estudio entre empresas de los Estados Unidos realizado por el Computer Security Institute muestra la situación actual de la ciberseguridad en el sector empresarial de ese país:⁵⁸

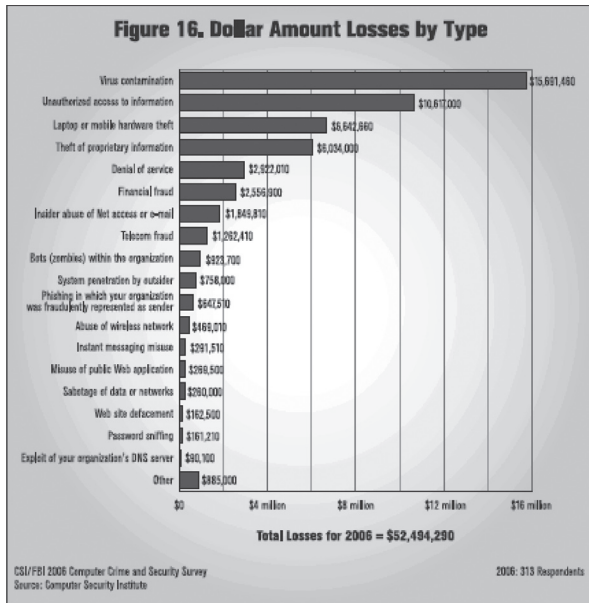


Como puede observarse, la incidencia de la ciberdelincuencia entre las empresas que participaron en la muestra ha venido disminuyendo en varias de las amenazas más tradicionales como la relacionada con los virus informáticos, la amenaza de agentes internos y la penetración ilegal en los sistemas.

Sin embargo, otras como el fraude financiero, el sabotaje y otros ataques desde la web parecen estar retomando alguna importancia.

Cabe examinar, igualmente, el costo que estas vulneraciones a la ciberseguridad ha tenido para las empresas encuestadas, según datos del estudio comentado:

58 Computer Security Institute/FBI. Eleventh Annual Computer Crime and Security Survey, 2006. [PDF] En: Página del Computer Security Institute/FBI [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.gocsi.com/forms/fbi/csi_fbi_survey.jhtml, p. 14 y 16.



*técnica adoptada para normar sobre esta materia.*⁵⁹

Según este autor, esta situación ha provocado la aparición de tres tendencias legislativas. La primera de ellas parte de que la delincuencia informática es tan solo otra manifestación de los delitos tradicionales por lo que es suficiente con agregar incisos a las figuras penales ya reguladas.

La segunda tendencia parte de que es un nuevo tipo de delito que debe regularse de manera unitaria bajo un mismo tipo penal. La tercera considera estas acciones criminales como un nuevo tipo de conducta ilícita que se manifiestan de muchas formas y que, en ese tanto, requieren de una regulación detallada y especial ya sea dentro del mismo Código Penal o en leyes separadas. Al adherirse a esta última tendencia, Hess explica así su posición:

Como puede observarse, aunque varias de las amenazas a la ciberseguridad parecen haber disminuido existen, sin embargo, evidencias de que éstas siguen teniendo un impacto financiero importante sobre sus víctimas.

En cuando a la respuesta estatal frente a los ciberdelitos cabe indicar que ésta varía conforme se adopte como punto de partida alguna de las posiciones que Hess explica a continuación:

“De una parte, se discute sobre si los delitos informáticos realmente son nuevas modalidades de criminalidad o si estamos solamente ante una forma novedosa de cometer delitos tradicionales.

Para aquellos que se inclinan por la primera postura, se plantea además el problema de la unidad o multiplicidad de la delincuencia informática; esto es, de si existe tal cosa como un único “delito informático” o si se trata de tipos heterogéneos, que ameritan un tratamiento individualizado. En general, de la postura que se adopte respecto de ambas interrogantes dependerá la clase de

“Personalmente coincido en que el hecho fundamental de que la informática pueda servir tanto de objeto de la conducta criminal como de simple medio para su comisión, en sí mismo desvirtúa la posibilidad de darle una regulación unitaria al fenómeno de la ciberdelincuencia, restándole viabilidad jurídica a esta corriente legislativa.”⁶⁰

Este último parece haber sido el criterio seguido por el Grupo de Expertos Gubernamentales en Materia de Delito Cibernético de la Organización de Estados Americanos al recomendar, entre otras cosas:

“(…) 3. Que los Estados que aún no lo hayan hecho, adopten la legislación que específicamente se requiera para tipificar las

59 Hess Araya, Christian. Regulaciones actuales y proyectos de reforma sobre delitos informáticos en Costa Rica, Costa Rica, 2000. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición No. 029 - Diciembre de 2000 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=593>, p. 2.

60 Ídem.

*diversas modalidades de delitos cibernéticos, así como para dictar las medidas procesales que aseguren la obtención y mantenimiento en custodia segura de indicios y/o pruebas electrónicas y la investigación y persecución de tales delitos en forma efectiva, eficaz y oportuna.*⁶¹

El delito informático se conceptualiza como la “acción que se realiza con la utilización de un medio informático o lesionando los derechos del titular de un elemento informático, se trate de las máquinas –hardware– o programas –software–”.⁶² Otros autores como el mexicano Julio Tellez Valdez los definen como las “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)”.⁶³

Este criterio que diferencia si los medios informáticos actúan como medios o bien si se constituyen en fin u objetivo es utilizado por otros autores para clasificarlos:

“En cuanto a la clasificación como instrumento o medio, se comprenden aquellas conductas criminales que se valen de las computadoras como método, medio o símbolo en la comisión del ilícito. Por su parte, la clasificación referida al fin u objetivo, dentro de ella se enmarcan las conductas criminales que van dirigidas en contra de la computadora,

*accesorios o programas como entidad física, o como otros consideran, el fin que se persiga debe de ser la producción de un beneficio al sujeto o autor del ilícito, lo que sería una finalidad deseada que causa un perjuicio a otro, a un tercero.”*⁶⁴

Entre los delitos informáticos reconocidos por la doctrina pueden mencionarse los siguientes:⁶⁵

- Manipulación en el ingreso de datos
- Manipulación en el procesamiento de datos
- Manipulación de datos de salida
- Intromisión en bases de datos
- Estafa informática
- Fraudes con sistemas, daños o modificaciones de programas o datos (sabotaje informático, virus, gusanos, rutinas cáncer, bomba lógica o cronológica, acceso no autorizado a sistemas o servicios, acceso telemático no autorizado a un sistema, piratería informática)
- Falsificaciones informáticas
- Violación a la intimidad
- Interceptación de comunicaciones
- Robo de servicios
- Hurto calificado por transacciones electrónicas

2.3.1 Regulación de los ciberdelitos en Costa Rica

En un artículo de opinión publicado en el año 2002, Hess describió la situación de Costa Rica en relación la regulación de los ciberdelitos de la siguiente manera:

“(...) a falta de un planteamiento cohesivo sobre la temática de los delitos informáticos, que lograra producir reformas legales comprensivas y ordenadas, hemos terminado con una verdadera ensalada normativa. Sin duda, mientras no se haga algo al respecto

61 Organización de Estados Americanos (OEA). Tercera Reunión del Grupo de Expertos Gubernamentales en Materia de Delito Cibernético, Washington, D.C. - Estado Unidos de Norte América, 23 y 24 de junio de 2003 [PDF]. En: Página Oficial de lo Organización De Estados Americanos (OEA), Oficina de Cooperación Jurídica [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: www.oas.org/Juridico/spanish/cybGE_IIIinf.pdf

62 Chinchilla Sandí, Carlos. Delitos Informáticos, San José-Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2002, p. 26.

63 Sin autor. Delitos Informáticos, sf. [En línea] En: Página electrónica monografias.com [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos6/delin/delin.shtml#tipi>

64 Ibid., p. 30.

65 Ibid., P. 39-62.

*(...), recaerá sobre los jueces y tribunales el dolor de cabeza de tratar de desmadejar este ovillo jurídico y determinar cuáles disposiciones retienen vigencia y aplicabilidad a cada caso concreto.*⁶⁶

Para comprender la posición crítica expresada por el autor en relación con la normativa vigente en esta materia, conviene repasar su evolución a través de los últimos años.⁶⁷ Según los autores consultados, la primera regulación expresa de los ciberdelitos se dio a través de la **Ley de Justicia Tributaria**⁶⁸ que reformó en 1995 el Código de Normas y Procedimientos Tributarios⁶⁹.

Concretamente la modificación se produjo en el Título 3 (“Hechos Ilícitos Tributarios”), Capítulo 3 (“Sanciones Penales”), Sección 2 (“Delitos Tributarios”) en la que se introdujeron cinco tipos penales –artículos 93 al 97- relativos al manejo irregular de información a través de la utilización de tecnología. No obstante, mediante Ley N° 7900 del 17 de agosto de 1999 se reformó nuevamente el Código Tributario dándole otro contenido al artículo 93. En ese sentido, los tipos que se mantienen vigentes son el artículo 94 que establece sanciones por acceso sin autorización a los sistemas de información de Tributación; el artículo 95 que regula la utilización indebida de los programas de cómputo que maneja esa oficina y los artículos 96 y 97 referidos

a la vulneración de claves y códigos de acceso de dichos sistemas⁷⁰.

La otra normativa que intentó regular delitos informáticos fue la **Ley General de Aduanas** (Ley N° 7557 del 20 de octubre de 1995) que incluye un Título 10, denominado “Delitos Aduaneros, Infracciones Administrativas y Tributarias”. Éste, a su vez, contiene un Capítulo 2, titulado “Delitos Informáticos” con dos artículos (221 y 222) que desarrollan dos nuevos tipos penales.⁷¹

70 A continuación se transcriben textualmente los artículos respectivos:

Artículo 94.- Acceso desautorizado a la información. Será sancionado con prisión de uno a tres años quien, por cualquier medio tecnológico, acceda a los sistemas de información o bases de datos de la Administración Tributaria, sin la autorización correspondiente.

Artículo 95.- Manejo indebido de programas de cómputo. Será sancionado con pena de tres a diez años de prisión, quien sin autorización de la Administración Tributaria, se apodere de cualquier programa de cómputo, utilizado por ella para administrar la información tributaria y sus bases de datos, lo copie, destruya, inutilice, altere, transfiera, o lo conserve en su poder, siempre que la Administración Tributaria los haya declarado de uso restringido, mediante resolución.

Artículo 96.- Facilitación del código y la clave de acceso. Será sancionado con prisión de tres a cinco años, quien facilite su código y clave de acceso, asignados para ingresar a los sistemas de información tributarios, para que otra persona los use.

Artículo 97.- Préstamo de código y clave de acceso. Será sancionado con prisión de seis meses a un año quien, culposamente, permita que su código o clave de acceso, asignados para ingresar a los sistemas de información tributarios, sean utilizados por otra persona.” Código de normas y procedimientos tributarios, ley n° 4755 del 29 de abril de 1971 y sus reformas: Ley N° 7535 de 31 de julio de 1995.

71 ARTICULO 221.- Delitos informáticos

Será reprimido con prisión de uno a tres años quien:

- Acceda, sin la autorización correspondiente y por cualquier medio, a los sistemas informáticos utilizados por el Servicio Nacional de Aduanas.
- Se apodere, copie, destruya, inutilice, altere, facilite, transfiera o tenga en su poder, sin autorización de la autoridad aduanera, cualquier programa de computación y sus bases de datos, utilizados por el Servicio Nacional de Aduanas, siempre que hayan sido declarados de uso restringido por esta autoridad.
- Dañe los componentes materiales o físicos de los aparatos, las máquinas o los accesorios que apoyen el funcionamiento de los sistemas informáticos diseñados para las operaciones del Servicio Nacional

66 Hess Araya, Christian. Un complejo panorama legal: ensalada normativa en cuanto a delitos informáticos, miércoles 17 de abril, 2002. San José - Costa Rica [En línea]. En: Página del periódico La Nación [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2002/abril/17/opinion3.html

67 Sobre la evolución del desarrollo de la regulación de los ciberdelitos se consultó tres artículos de HESS ARAYA (“Un Complejo Panorama Legal”, “Regulaciones actuales y proyectos de reforma sobre delitos informáticos en Costa Rica” y “Sabotaje Informático”) además de un artículo de CHINCHILLA SANDÍ y la conferencia que dictó en las jornadas de reflexión convocadas por PROSIC.

68 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley de Justicia Tributaria, N° 7535, del 1° de agosto de 1995.

69 También llamado: Código Tributario; ley número 4755 de 29 de abril de 1971.

El primero de ellos tiene cuatro incisos que regulan la utilización no autorizada del sistema del Servicio Nacional de Aduanas, el sabotaje informático, el daño a los sistemas y la vulneración de claves y códigos. Por su parte, el artículo 222 establece agravantes para las conductas reguladas en el 221. Como puede observarse, los tipos establecidos son muy similares a los establecidos por la Ley de Simplificación Tributaria tan solo unos meses antes, con la diferencia que los delitos de la Ley General de Aduanas establecen penas mucho más severas (de uno a tres años de prisión en el primer caso y de tres a diez años en el segundo). Hess critica esta falta de consistencia al indicar:

“A esto nos referíamos al comentar acerca de los peligros de promulgar normas especiales -en vez de una regulación general- en materia tan delicada. La incongruencia legislativa nos parece evidente e injustificable, desde que las materias tributaria y aduanera son áreas estrechamente entrelazadas del Derecho Financiero. No percibimos entonces la razonabilidad de sancionar diferenciadamente un mismo injusto penal.”⁷²

de Aduanas, con la finalidad de entorpecerlas u obtener beneficio para sí o para otra persona.

- d) Facilite el uso del código y la clave de acceso asignados para ingresar en los sistemas informáticos. La pena será de seis meses a un año si el empleo se facilita culposamente.

ARTICULO 222.- Agravante

La pena será de tres a cinco años cuando, en alguna de las causales del artículo anterior, concurra una de las siguientes circunstancias:

- a) Intervengan en el hecho tres o más personas, en calidad de autoras.
- b) Intervenga, en calidad de autor, instigador o cómplice, un funcionario público en ejercicio de sus funciones, con ocasión de ellas o con abuso de su cargo.

72 Hess Araya, Christian. Regulaciones actuales y proyectos de reforma sobre delitos informáticos en Costa Rica, Costa Rica, 2000. [PDF]. En: **Revista de Derecho Informático**, Edición No. 029 - Diciembre de 2000 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfaredi.com/rdi-articulo.shtml?x=593>, p. 5.

Cronológicamente la siguiente normativa en incorporar delitos cibernéticos al ordenamiento jurídico costarricense es la **Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos**, Ley N° 8131 de 18 de septiembre del 2001.

En efecto, además de establecer en su artículo 110 la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos en relación con la integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos de la Administración Financiera y la Proveeduría, dicho cuerpo legal incorpora en su artículo 111 la definición de “delito informático” el cual puede ser cometido por particulares o funcionarios públicos cuando afecten dichos sistemas mediante acciones de sabotaje diversas, cuando les causen algún tipo de daño, faciliten a terceros el uso de códigos o claves de acceso o los utilicen para beneficio propio o de terceros.⁷³

Nuevamente se reiteran en un cuerpo normativo separado tipos penales muy similares que fueron utilizados en dos leyes anteriores para actividades especiales (tributaria y aduanal).

De seguido, mediante Ley N° 8148 del 24 de octubre del 2001 se aprobó un proyecto preparado

73 “Artículo 111.- Delito informático. Cometerán delito informático, sancionado con prisión de uno a tres años, los funcionarios públicos o particulares que realicen, contra los sistemas informáticos de la Administración Financiera y de Proveeduría, alguna de las siguientes acciones:

- a) Apoderarse, copiar, destruir, alterar, transferir o mantener en su poder, sin el debido permiso de la autoridad competente, información, programas o bases de datos de uso restringido.
- b) Causar daño, dolosamente, a los componentes lógicos o físicos de los aparatos, las máquinas o los accesorios que apoyan el funcionamiento de los sistemas informáticos.
- c) Facilitar a terceras personas el uso del código personal y la clave de acceso asignados para acceder a los sistemas.
- d) Utilizar las facilidades del Sistema para beneficio propio o de terceros.”
Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley No. 8131 de 18 de septiembre del 2001. Artículo 111, delito informático.

por la Procuraduría General de la República que adicionó tres nuevos delitos al **Código Penal**⁷⁴ (artículos 196 bis, 217 bis y 229 bis). Entre los ciberdelitos que se agregaron están el de “Violación de comunicaciones electrónicas”, el de “Fraude informático” y el de “Alteración de datos y sabotaje informático”⁷⁵. Cabe señalar que, en criterio de Hess, estos delitos “*contienen una abigarrada mezcla de conductas delictivas relacionadas con la informática*”.⁷⁶

74 El proyecto de ley original contemplaba la creación de cuatro ciberdelitos aunque al final de la discusión legislativa sólo se aprobaron tres.

75 **Artículo 196 bis.**- Violación de comunicaciones electrónicas.

Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.

Artículo 217 bis.- Fraude informático.

Se impondrá pena de prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influya en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, mediante programación, empleo de datos falsos o incompletos, uso indebido de datos o cualquier otra acción que incida en el proceso de los datos del sistema.

Artículo 229 bis.- Alteración de datos y sabotaje informático.

Se impondrá pena de prisión de uno a cuatro años a la persona que por cualquier medio accese, borre, suprima, modifique o inutilice sin autorización los datos registrados en una computadora.

Si como resultado de las conductas indicadas se entorpece o inutiliza el funcionamiento de un programa de cómputo, una base de datos o un sistema informático, la pena será de tres a seis años de prisión. Si el programa de cómputo, la base de datos o el sistema informático contiene datos de carácter público, se impondrá pena de prisión hasta de ocho años.”

76 Hess Araya, Christian. Un complejo panorama legal: ensalada normativa en cuanto a delitos informáticos, miércoles 17 de abril, 2002. San José - Costa Rica [En línea]. En: Página del periódico La Nación [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2002/abril/17/opinion3.html

Sin embargo más allá de los errores técnicos que podría contener la norma, conviene destacar un error legislativo que parece haber dejado al país sin delito de sabotaje informático.

Todo ocurrió cuando unos meses después de aprobada la adición de estos ciberdelitos al Código Penal, la Asamblea aprobó otra serie de reformas a ese mismo cuerpo legislativo incluyendo un nuevo artículo 229 bis que tipifica el delito de “Abandono dañino de animales”.⁷⁷ Ante esta situación existen dos tesis que Hess describe a continuación:

*“¿Qué ocurrió entonces con el delito de sabotaje informático? Hay al menos dos posturas al respecto: una es que debemos entender que lo sucedido responde a un simple error material del legislador; por lo que cabría interpretar que el tipo del “Abandono dañino de animales” es ahora en realidad el numeral 229 del Código Penal. Otra tesis, que en lo personal me parece la más viable, es concluir que –equivocación o no– la ley 8250 derogó tácitamente el delito de sabotaje informático.”*⁷⁸

Por su parte, en materia de legislación penal vigente también deben citarse los delitos establecidos por las leyes que protegen los derechos de propiedad intelectual, las cuales también resultan aplicables en tanto el software es considerado como una obra literaria o artística que resulta susceptible de esa protección. En ese sentido resultan aplicables las sanciones establecidas para los delitos recogidos en los artículos 51 a 63 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (Ley N° 8039 del 12 de octubre de 2000).⁷⁹

77 Esa nueva reforma se realizó mediante Ley N° 8250 del 2 de mayo de 2002.

78 Hess Araya, Christian. Sabotaje Informático, en periódico La Nación del 14 de marzo de 2007, p. 37A.

79 Los delitos incluidos en dichos artículos son los siguientes: Representación o comunicación pública sin autorización de obras literarias o artísticas, Comunicación de fonogramas, videogramas o emisiones sin autorización, Inscripción registral de derechos de autor ajenos, Re-

2.3.2 Propuestas para la Regulación de los Ciberdelitos en Costa Rica

De seguido se analizarán las diversas propuestas que se encuentran en la corriente legislativa para regular los ciberdelitos en el país.

Proyecto de Ley de Reformas al Código Penal N° 11871

En el proyecto de reforma general al Código Penal se incorpora un capítulo con disposiciones sobre delitos contra el ámbito de intimidad y la autodeterminación informativa.⁸⁰ En específico la última versión del proyecto prevé los siguientes delitos: Lesiones a la autodeterminación informativa (arts. 191-193, 196), Publicación y reproducción de ofensas por medios electrónicos (arts. 207, 208), Hurto informático (art. 238), Fraude Informático (arts. 245 y 252), Daño agravado (art. 261).

En relación con esta propuesta de reforma el especialista Carlos Chinchilla comenta lo siguiente:

“En la regulación vigente se ha dejado de lado los ilícitos de hurto informático y daño

producción no autorizada de obras literarias o artísticas, fonogramas o videogramas, Fijación, reproducción y transmisión de ejecuciones e interpretaciones protegidas, Impresión de un número superior de ejemplares de una obra, Publicación como propias de obras ajenas, Adaptación, traducción, modificación y compendio sin autorización de obras literarias o artísticas, Venta, ofrecimiento, almacenamiento, depósito y distribución de ejemplares fraudulentos, Arrendamiento de obras literarias o artísticas, fonogramas o videogramas sin autorización del autor, Fabricación, importación, venta y alquiler de aparatos o mecanismos descodificadores, Alteración, supresión, modificación o deterioro de las defensas tecnológicas contra la reproducción de obras o la puesta a disposición del público, Alteración de información electrónica colocada para proteger derechos patrimoniales del titular.

80 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal, Expediente Legislativo N° 11871, 22 de octubre de 2003.

*informático los cuales sí desarrolla el proyecto de una manera más clara y específica. Además, la misma regulación de los ilícitos informáticos que vulneran la intimidad es más completa e incluye aspectos que se dejaron de lado en el actual artículo 196 bis del Código Penal. Además, se subsanan defectos formales de redacción que dan al traste con la regulación penal. (...)*⁸¹

No obstante lo anterior, Hess critica que dicha propuesta haya dejado por fuera “una previsión de figuras tales como la intrusión simple, el fraude fiscal informático, sabotaje informático, apropiación de servicios, denegación de servicios y “spamming”⁸².

Proyecto de Ley de Delito Informático N° 15397

Existe en la corriente legislativa otro proyecto denominado “Ley de Delito Informático”⁸³ con catorce artículos que comienzan por establecer varios conceptos como los de dato informático, sistema informático y delito informático para continuar luego con el desarrollo de tipos penales como los de fraude por computadora, falsificación de información, acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos, reproducción no autorizada de programas informáticos, sabotaje informático, estafa electrónica, pesca u olfateo de claves secretas de acceso, uso ilegítimo de contraseñas de acceso, uso ilegítimo de sistemas informáticos ajenos, delitos informáticos contra la privacidad y pornografía infantil.

81 Chinchilla Sandí, Carlos. Delitos Informáticos, San José - Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 2002, p. 26.

82 Hess Araya, Christian. Regulaciones actuales y proyectos de reforma sobre delitos informáticos en Costa Rica, Costa Rica, 2000. [PDF]. En: *Revista de Derecho Informático*, Edición No. 029 - Diciembre de 2000 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=593>, p. 13.

83 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley de delito informático, Expediente N° 15.397, San José-Costa Rica, 8 de setiembre de 2003.

Como puede observarse, algunas de las disposiciones del proyecto reiteran regulaciones existentes en el Código Penal, en la Ley de Procedimientos de Observancia de Derechos de Propiedad Intelectual y otras normas específicas sin que en su exposición de motivos se evalúen las diferencias y ventajas de la normativa propuesta. No obstante, Hess comenta positivamente la propuesta al señalar que se “trata de una iniciativa muy completa y bien redactada. Esperaríamos que eventualmente sea adoptada y refundida más bien dentro de un futuro Código Penal, a fin de centralizar el tratamiento de estas figuras.”⁸⁴

Proyecto de Ley N° 16546, Adición de Nuevos Artículos al Código Penal, para Regular el Delito Informático

Lejos de pretender una regulación comprensiva de todo el fenómeno de los ciberdelitos, el proyecto se concentra en tipificar conductas ilícitas en relación con una manifestación específica de este tipo de delitos.

Señala, en ese sentido, que los delitos más conocidos en este tipo de criminalidad son los fraudes con tarjetas de crédito en las transferencias electrónicas, principalmente en los cajeros automáticos, las estafas en los procesos de pagos en línea, el espionaje nacional, industrial y personal y “la sustracción de la tarjeta de un tercero para utilizarla como si fuera de su propiedad y las llamadas telefónicas a centros de consumo, asumiendo el papel del tarjeta habiente para realizar autorizaciones”⁸⁵.

84 Hess Araya, Christian. Regulaciones actuales y proyectos de reforma sobre delitos informáticos en Costa Rica, Costa Rica, 2000. [PDF]. En: *Revista de Derecho Informático*, Edición No. 029 - Diciembre de 2000 [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=593>, p. 14.

85 Proyecto de ley N° 16546, Adición de Nuevos Artículos al Código Penal, Ley n.º 4573, de 4 de mayo de 1970, para Regular el Delito Informático, folio 2.

Al justificar la presentación de la iniciativa de ley, la exposición de motivos del proyecto señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“En Costa Rica las denuncias relacionadas son considerables y van en aumento.

En los últimos tres años el Departamento de Estadística del Organismo de Investigación Judicial registra en el Sistema de Apoyo de Análisis Criminal, para el año 2004, 379 denuncias relacionadas con tarjetas de crédito o débito, por robo, falsificación, uso de Internet, manipulación de cajero y cargo por consentimiento, para el año 2005, 383, y para el año 2006 se han tramitado aproximadamente 338.

La Oficina del Consumidor reporta información referida a tarjetas de crédito y débito, en cuanto al número de denuncias por robo, extracción, uso e inaplicabilidad por parte de las entidades bancarias de las pólizas y seguros que cubren las tarjetas de crédito y débito; de acuerdo a su base de datos, en el 2005, se denunciaron 26 casos, y hasta el 31 de agosto 2006, se reportan ingresos de 17 denuncias por las mismas razones.

Entidades bancarias como el Banco Popular y de Desarrollo Comunal contabilizaron en sus denuncias de julio a septiembre del 2006, 1.565 denuncias por bloqueo, sustracción y fraude en tarjetas de crédito y débito; mientras que el Banco Nacional recibió para este mismo año 41 denuncias en tarjetas de crédito de Visa y Master Card, 147 denuncias por robo, extravío y uso indebido de tarjetas de débito.”⁸⁶

La reforma normativa que se propone consiste en adicionar tres artículos al Código Penal vigente. Concretamente los delitos que se agregarían serían el Artículo 216 bis que regularía

86 Proyecto de ley N° 16546, folio 3.

la estafa mediante tarjeta de crédito o débito, el artículo 218 que establecería el delito de fraude informático con tarjeta de crédito o débito y el artículo 218 bis para tipificar el delito de fraude nacional, industrial y personal.

Como puede observarse, la reforma propuesta se limita a una pequeña muestra de los cibercrimitos que actualmente amenazan la ciberseguridad de bienes y personas. Se regulan, asimismo conductas que no están necesariamente vinculadas a las TIC's como medio o fin de las actuaciones ilícitas. Tal es el caso del delito de estafa mediante tarjeta de crédito o débito que puede ser el resultado de acciones de acciones que no requieren de la utilización de medios tecnológicos.

También existen algunas imprecisiones que afectan la tipicidad de la conducta que se intenta regular como la referencia que se hace al fraude nacional, industrial y personal sin regular en el artículo a qué se refieren los tres tipos de actos delictivos.

Parece, en ese sentido, que las conductas que se intenta regular con el proyecto están adecuadamente recogidas en el proyecto 15397 de delitos informáticos que comentamos con anterioridad.

Agenda Mínima para la regulación de los cibercrimitos en Costa Rica

Los diversos aspectos analizados en relación con la situación del marco regulatorio de los cibercrimitos en Costa Rica parece confirmar la ausencia de una verdadera política criminal en esta materia. El desorden, las contradicciones y las lagunas que muestra la legislación vigente en la materia deberían llamar la atención de las autoridades sobre la urgencia de aprobar una legislación moderna en esta materia.

Resulta fundamental que para que ello sea posible se trabaje en una propuesta de reforma

normativa que incorpore al menos los siguientes aspectos:

- Definición de términos básicos para la aplicabilidad de la ley (sistema informático, datos informáticos, proveedor de servicios, por ejemplo)
- Regulación de delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (acceso ilícito; interceptación ilícita; interferencia de datos; interferencia de sistemas; la producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otra forma de puesta a disposición de dispositivos, programas informáticos, contraseñas o códigos de acceso)
- Regulación de delitos informáticos propiamente dichos (falsificación informática, fraude informático, sabotaje informático)
- Regulación de delitos relaciones con el contenido de la información (la producción, oferta, difusión, transmisión, adquisición o posesión de pornografía infantil a través de un sistema o medio de almacenamiento de datos informáticos.
- Regulación de delitos relacionados con infracciones a la propiedad intelectual y derechos afines (protección de las obras literarias y artísticas, protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión)
- Regulación de la tentativa y la complicidad
- Regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas.
- Definición de la jurisdicción aplicable
- Regulaciones procesales especiales y medidas precautorias.
- Medidas de cooperación con otros países que permitan enfrentar amenazas transnacionales a la ciberseguridad.

Cabe señalar que entre los proyectos de ley analizados, el expediente N° 15397 denominado

“Ley de Delito Informático” incluye una buena parte de los elementos indicados dentro de la agenda mínima que se propone. No obstante, resulta importante considerar que en vez de tener varios cuerpos legales esparcidos regulando cibercrimitos en los distintos campos de acción de las TIC’s, convendría más que esta legislación penal pasara a formar parte de un solo cuerpo normativo el cual debería ser el mismo Código Penal. Ello evitaría, como ocurre ahora, que se tipifique la misma conducta ilícita para actividades diversas pero con penas de muy distintas, como sucede con los temas impositivo y aduanero según se analizó anteriormente.

El rápido desarrollo de la SIC y la necesidad de asegurar los objetivos establecidos en la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información celebrada en Ginebra plantean la necesidad de una discusión urgente sobre estos temas. La ciberseguridad de las los gobiernos, las empresas pero sobre todo de las personas así lo exige.

2.4 PERSONALIDAD VIRTUAL

Uno de los vacíos más importante del marco regulatorio de la Sociedad de la Información y el Conocimiento es la inexistencia de normativa específica que facilite todo el potencial de las tecnologías de la información y de la comunicación para fortalecer el ejercicio de una ciudadanía civil, política y social entre las personas.⁸⁷

87 Para comprender los alcances del ejercicio de la ciudadanía civil, política y social puede tomarse como referencia lo que sobre el particular señala MARSHALL: “Comenzaré proponiendo una división de la ciudadanía en tres partes. Llamaré a cada una de estas tres partes o elementos civil, política y social. El elemento civil se compone de los derechos para la libertad individual: libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y religión, derecho a la propiedad y a establecer contratos válidos y derechos a la justicia. Este último es de índole distinta de los restantes, porque se trata del derecho a defender y hacer valer el conjunto de los derechos de una persona en igualdad con los demás, mediante los debidos procedimientos legales. Esto nos enseña que las instituciones directamente relacionadas con los derechos civiles son los tribunales de justicia. Por elemento político entiendo

Existe, sin embargo, un proyecto de reforma constitucional presentado a la Asamblea Legislativa que pretende potenciar esas tres perspectivas a través del reconocimiento de la “Protección de la Personalidad Virtual como Derecho Fundamental”.⁸⁸

Este es sin duda un tema novedoso sobre el que existe poco acervo bibliográfico y ninguna experiencia cercana en el derecho comparado.⁸⁹ Este documento pretende, entonces, una breve reflexión que sirva como insumo a la discusión legislativa que debe provocar un tema de esta envergadura. Para ello se utiliza como referencia las exposiciones y debate de la jornada de reflexión convocada al efecto así como la posición de algunos autores nacionales que lo han abordado con algún detalle.

el derecho a participar en el ejercicio del poder político como miembro de un cuerpo investido de autoridad política o como elector de sus miembros. Las instituciones correspondientes son el Parlamento y las juntas del gobierno local. El elemento social abarca todo el espectro, desde el derecho a la seguridad y a un mínimo de bienestar económico al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme los estándares predominantes en la sociedad. Las instituciones directamente relacionadas son, en este caso, el sistema educativo y los servicios sociales”.

MARSHALL (T.H.), “Citizenship and Social Class” citado en PNUD, “La Democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas”, Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004, p. 61.

88 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de la “Protección de la Personalidad Virtual como Derecho Fundamental, Expediente N° 15.890, s.f.

89 Sobre el particular Chinchilla explica lo siguiente: “Esta propuesta es de estudio en muchos países del mundo, pero en ninguno se ha tomado la iniciativa de su regulación constitucional y elevarlo al nivel de derecho fundamental de la quinta generación, identificado como parte de los derechos fundamentales virtuales, desarrollados mediante el uso de la tecnología, en el caso particular, la tecnología aplicada a la información. Por ello, Costa Rica aparecería ante el mundo, como pionero en su regulación constitucional, ubicándonos en un lugar de privilegio en el mapa tecnológico mundial.” En: Chinchilla Sandí, Carlos. Personalidad Virtual; Necesidad de una Reforma Constitucional, Conferencia dictada en el Salón de Ex Presidentes de la Asamblea Legislativa, el 10 de Mayo de 2005, p. 9.

2.4.1 Concepto de Personalidad Virtual

Al explicar el concepto de personalidad virtual, la exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional señala lo siguiente:

“Hoy día resulta innegable que, en todo momento y cada vez más, los individuos de nuestra sociedad portan consigo una “presencia virtual”, lo hayan querido o no. Parte esencial de esta manifestación presencial virtual, se nutre de toda la información que arroja Internet sobre todos nosotros, la cual, en el mejor de los casos, puede ser positiva y halagadora, pero en el peor, discriminatoria e ingrata.(...)”

Se entenderá la personalidad virtual como el desdoblamiento del ser humano en su materialidad física y su desmaterialización virtual de información –principio de ubicuidad–, donde esta personalidad virtual –conformada en forma absoluta de información– se encuentra regulada por cada persona y será considerada como centro de atribución o imputación de efectos jurídicos.”⁹⁰

Esta conceptualización de la personalidad virtual que comparte Chinchilla Sandí⁹¹, es también desarrollada por otros autores como Aizenman Leiner, quien la concibe como “la existencia ubicua de un ente”⁹² y Campos Zamora que la define como “la faceta de un sujeto jurídicamente relevante, ubicada en el campo virtual, mediante la cual todo aquello que se presente

*como importante en el mundo jurídico, se verá posibilitado de desarrollarse e interactuar en un plano desmaterializado”.*⁹³

Rivero Sánchez, por su parte, prefiere utilizar el concepto de “identidad virtual” para definirla de la siguiente manera:

“Defino como identidad virtual, desde la perspectiva jurídica, a la información, registrada o registrable, actualizada o actualizable, imputada a un centro de interés jurídicamente relevante.

La identidad virtual es la personalidad desmaterializada en información. Y es esta desmaterialización de la personalidad en información lo que permite que la personalidad se proyecte a toda la sociedad.”⁹⁴

Cabe indicar que Chinchilla insiste en utilizar la denominación de “personalidad” en vez de “identidad” pues en su criterio ese concepto lo acerca más a una concepción de derecho fundamental ligado a la dignidad del ser humano.

En ese sentido este autor sostiene que el ser humano tendría bajo su control dos ámbitos de su personalidad, por una parte la personalidad material y, por otra, la personalidad inmaterial o virtual de información.

La primera, la material, ya está protegida por la Constitución Política a través de derechos y garantías como la libertad, la vida, la intimidad, la imagen, la igualdad y la integridad personal. La personalidad virtual, por su parte, requiere de

90 Expediente N° 15890, Op. Cit., p. 10.

91 Chinchilla Sandí, Carlos. Personalidad Virtual; Necesidad de una Reforma Constitucional, Conferencia dictada en el Salón de Ex Presidentes de la Asamblea Legislativa, el 10 de Mayo de 2005, p. 7 y 8..

92 Aizenman Leiner, Jaco. Virtual Rights: Constituting a Global and Local Information Society, s.f. [En línea]. En: Virtual Rights Organization [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: http://www.virtualrights.org/project_overview_latest.pdf, p. 2.

93 Campos Zamora, Francisco J. El surgimiento de la Entidad Virtual como Status Positivo de la Información”, en, s.f. [En línea]. En: Virtual Rights Organization [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.virtualrights.org/informaci.doc>.

94 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Identidad virtual, (Notas sobre la génesis de la subjetividad jurídica, en el marco de una teoría de derecho-ficción), s.f. [En línea]. En: Virtual Rights Organization [Consultada en marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.virtualrights.org/NuevaFigura.doc>

su reconocimiento y protección como derecho fundamental “debido a la carga sensible de información relevante de cada ser humano, que en forma inadecuada podría ser utilizada en su perjuicio con fines discriminatorios”⁹⁵.

Como lo señala la exposición de motivos, desde esta perspectiva, la personalidad virtual podría ser visualizada como “un centro legal de recolección y atribución de información proveniente de la misma persona”⁹⁶. Debe considerarse, en ese sentido, que actualmente el país pasa por un proceso de desarrollo normativo que está tratando de regular por separado aspectos que forman parte de los alcances que tendría el reconocimiento de la personalidad virtual.

Proyectos como el que pretende regular la auto-determinación informativa, la propuesta de voto electrónico y la figura del referéndum son todos intentos separados que pretenden desarrollar capacidades de las personas que podrían estar reguladas de manera conjunta a través de la personalidad virtual.

2.4.2 Ventajas y Desventajas

Quizás la mejor forma de aproximarse a la propuesta es analizando la utilidad práctica y los posibles efectos negativos que podría implicar la incorporación de la personalidad virtual en el ordenamiento jurídico costarricense.

Para comenzar conviene citar el criterio de Rivero Sánchez en el sentido de que:

“...la identidad virtual puede verse como una potencialización máxima de la personalidad jurídica, porque permite que mi personalidad se proyecte a nivel de información hasta cualquier lugar y cualquier tiempo en que haya sociedad. Por medio de la identidad virtual, se puede proyectar una personalidad hacia el futuro, permitiéndose

de ese modo que, aún después de muerta, una persona siga teniendo voz y voto en la humanidad”.⁹⁷

De la jornada de reflexión y de los autores consultados se puede establecer que el reconocimiento de la personalidad virtual en el ordenamiento jurídico costarricense traería las siguientes ventajas para las personas:

- **Actúa como un factor de democratización del poder:** Desde el momento que se reconoce que cada personalidad virtual es dueña de la información que la compone se establece una atomización de la información que impediría que se establezca una centralización del poder político en virtud del manejo de la información.
- **Promueve la participación ciudadana:** Pueden desarrollarse mecanismos para garantizar un contacto directo, inmediato y generalizado para que opere la participación ciudadana.
- **Facilita la relación con todos los niveles de la institucionalidad:** Se facilita el

⁹⁷ Para llegar a esa conclusión, el autor consideró lo siguiente:

“(...)la información se liga cada vez con mayor fuerza al reconocimiento de la subjetividad. Y esto por una doble vía. Primero, resulta claro que si la sociedad no tiene información de ego, éste es invisibilizado, no existe, no tiene posibilidades de reales de ejercer sus derechos y libertades, en una palabra y para utilizar un concepto hegeliano recientemente retomado por Axel Honneth: aquel del cual la sociedad no tiene información, éste no tiene posibilidad de luchar por su propio reconocimiento. En segundo lugar, si ego no tiene la posibilidad de determinar cuál es el contenido relevante de su propia información, entonces éste contenido le será asignado desde afuera, le será impuesto y, en esa medida, quedará reducido a la condición de objeto. Rivero Sánchez, Op. Cit., p. 9.

Entonces, si la información tiene tal relevancia en la sociedad actual, ¿por qué no se toma el problema por la raíz y se toma A LA MISMA INFORMACIÓN como un centro de imputación de efectos jurídicos? Este paso sería el que abriría la puerta al advenimiento de la identidad virtual. Rivero Sánchez, Op.Cit.,p.8.

⁹⁵ Chinchilla Sandí, Carlos, Op. Cit., p. 9.

⁹⁶ Expediente Legislativo N° 15890, Op. Cit., folio 6.

contacto con el gobierno digital mejorando así el acceso a los servicios públicos y demás prestaciones del gobierno nacional y local. Para Aizenman Leinier podría fugir como *“un medio para determinar las necesidades sociales del individuo, según un proceso mediante el cual interactúan distintas variables, y de esa forma solventar las mismas en un ambiente de mayor transparencia y coordinación entre las instituciones públicas, no gubernamentales, privadas, organismos multilaterales y el habitante”*.⁹⁸

- **Democratiza el poder económico:** En criterio de Rivero Sánchez, esta figura *“permite, por un lado, el establecimiento óptimo de estrategias digitales de lucha contra la pobreza. Por otro, permite proyectar las libertades económicas a nivel literalmente global. Permite, además, que personas y entidades que hasta el momento no han tenido acceso a las libertades económicas, por la vía del reconocimiento de la identidad virtual, tengan acceso a las mismas”*⁹⁹.
- **Centraliza el acceso y uso de aplicaciones digitales:** Según Chinchilla Sandí *“la personalidad virtual tendrá como fin esencial, el centralizar y facilitar el acceso a una gran cantidad de aplicaciones que hoy permanecen dispersas, como lo son, correo electrónico, página en Internet, servicios de banca virtual, coordinada social, expediente médico, expediente judicial, e-gobierno, correo de voz, telefonía fija y móvil, y muchas más”*.¹⁰⁰ Además, promueve la transacción y el intercambio.

Por su parte, entre los peligros que podría acarrear la aprobación de esta propuesta de reforma constitucional se pueden mencionar los siguientes:

- **Factor de exclusión:** Este tema fue abordado con particular interés durante la jornada de reflexión. Se discutió el peligro de que la identidad virtual fuera considerada obligatoria para todas las personas. En ese sentido, quienes se negaran a tenerla quedarían implícitamente excluidos de la dinámica social. En ese sentido, Aizenman Leiner sostiene la tesis de que la misma norma constitucional debe establecer el derecho de todas las personas a tener y a no tener personalidad virtual y que, además, esa decisión no debe tener efectos sobre el ejercicio de otros derechos.
- **Factor de poder ilimitado:** Si se toma en consideración que la personalidad virtual estará compuesta de datos e información abundante sobre las personas, el control de esa información podría representar un instrumento de poder totalitario. De ahí la importancia de que junto al reconocimiento de la personalidad virtual se desarrollen otros derechos y garantías necesarios para proteger a las personas frente a cualquier otro tipo de abuso.

2.4.3 La Regulación de la Personalidad Virtual en Costa Rica

Como se indicó con anterioridad, actualmente se encuentra en la corriente legislativa un proyecto de ley de reforma constitucional para incluir en la norma fundamental la figura de la personalidad virtual.

La propuesta de reforma constitucional pretende modificar el “Título IV” de los “Derechos y Garantías Individuales”, “Capítulo Único” de la Constitución Política para agregar un artículo 24 bis que establezca lo siguiente:¹⁰¹

98 Aizenman Leiner, Op. Cit., p. 6.

99 Rivero Sánchez, Op. Cit., p. 10.

100 Chinchilla Sandí, Op. Cit., p. 11.

101 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de la “Protección de la Personalidad Virtual como Derecho Fundamental”, Expediente N° 15.890, s.f.

Proyecto de Reforma Constitucional para la Protección de la Personalidad Virtual como Derecho Fundamental

Artículo 24 bis.-

“Toda persona tiene derecho a tener o no tener personalidad virtual, donde su presencia, contenido y proyección se encuentre regulada por cada una de ellas. No podrá ser utilizada con fines discriminatorios en perjuicio de su titular. El Estado garantizará que la información contenida en la personalidad virtual goce de la adecuada seguridad informática y jurídica, con exclusión de terceros no autorizados que pretendan obtenerla. El Estado podrá hacer uso del contenido de la personalidad virtual de las personas, previa autorización de éstas, siempre que se realice en beneficio y provecho de las mismas.”

Cabe señalar, por su parte, que los autores citados son claros al señalar que además del reconocimiento constitucional de la figura de la personalidad virtual, resulta necesario el desarrollo normativo de otros derechos fundamentales ligados a éste. Rivero explica así esa posición:

“Estos derechos fundamentales de proyección virtual vendrían a constituir una quinta generación de derechos fundamentales, si por la primera tomamos a los denominados clásicos liberales, a la segunda correspondientes a los derechos económicos, sociales y culturales, por la tercera, si por ésta entendemos aquellos que responden al fenómeno de la “contaminación de las libertades”, término con el que se designa, al decir de Pérez Luño y de algunos sectores de la teoría anglosajona, al fenómeno de la “erosión y degradación” que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías (derecho a la paz, a la calidad de vida, a la libertad informática, derecho a morir con dignidad etc.). A la cuarta generación le correspondería los derechos

fundamentales relacionados con la explotación del cosmos. Y la quinta generación de derechos tendría que ver con los derechos fundamentales de proyección virtual, generación ésta que, a diferencia de la tercera, tendría que ver, no con la degradación y contaminación de los derechos fundamentales derivada de los usos de la tecnología, sino, por el contrario, con la potencialización de los derechos fundamentales a través del uso de la tecnología.”¹⁰²

Entre estos derechos se pueden citar los siguientes:

Derecho de autodeterminación informativa

Según Pérez Luño, la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa “tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para: conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos (lo que se denomina *habeas data* por su función análoga en el ámbito de la libertad de información a cuanto supuso el tradicional *corpus* en lo referente a la libertad personal); controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión”.¹⁰³ Para Rivero, la identidad virtual no debe ser confundida con el derecho a la autodeterminación informativa pues ésta “será el centro de imputación al cual habrá de ligarse aquel derecho. La autodeterminación informativa será, por decirlo así, la garantía jurídica de la autopoiesis propia de la identidad virtual”.¹⁰⁴

¹⁰²Rivero Sánchez, Op. Cit., p. 10 y 11.

¹⁰³Pérez Luño, Antonio Enrique. Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica. En: Losano, Mario, Pérez Luño, Antonio Enrique y Guerrero, María Fernanda. Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales. Madrid-España: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 140.

¹⁰⁴Rivero Sánchez, Op. Cit., p. 9.

Precisamente las legislaciones que se han preocupado por regular este derecho fundamental han incorporado en sus ordenamientos la figura del hábeas data como un instrumento de garantía para la protección frente al tratamiento inadecuado de datos personales.¹⁰⁵

El desarrollo de mecanismos de este tipo encuentra fundamento en la necesidad de reconocer que si *“la moderna sociedad depende de que las informaciones circulen, entonces también debe construirse una verdadera ética informativa, que no solo acarree una nueva forma de entender el manejo y tratamiento de las informaciones, sino también la sistemática tendencia hacia la transparencia, evitando, de esta manera, que los datos se sistematicen, se procesen y se utilicen de espaldas a los afectados, lesionándolos en sus intereses económicos, pero sobre todo en sus posibilidades de interacción social”*.¹⁰⁶

Derecho de acceso a la información que está en el dominio público

La Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información describe su contenido de la siguiente manera:

“26. Un dominio público rico es un factor esencial del crecimiento de la Sociedad de la Información ya que genera ventajas múltiples tales como un público instruido, nuevos empleos, innovación, oportunidades comerciales y el avance de las ciencias. La información del dominio público debe ser fácilmente accesible en apoyo de la Sociedad de la Información, y debe estar protegida de toda apropiación indebida. Habría que fortalecer las

*instituciones públicas tales como bibliotecas y archivos, museos, colecciones culturales y otros puntos de acceso comunitario, para promover la preservación de las constancias documentales y el acceso libre y equitativo a la información.”*¹⁰⁷

En el caso de Costa Rica, el derecho de acceso a información que pertenece al “dominio público” se encuentra regulado en el artículo 30 de la Constitución Política que garantiza expresamente a todas las personas *“el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”*.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que tal derecho reconoce el derecho de acceso al contenido de los archivos, registros, expedientes, documentos físicos o virtuales.

Si bien no existe en Costa Rica una ley de acceso a información pública como ocurre en otros países, sí existen otros cuerpos normativos que desde su ámbito de acción se refieren a ese derecho.

Entre ellos pueden mencionarse la Ley de la Jurisdicción Constitucional¹⁰⁸ que se refiere en su artículo 32 al derecho de petición y pronta respuesta,¹⁰⁹ a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública¹¹⁰

107 Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Declaración de Principios. Construir la Sociedad de la Información: un desafío Global para el Nuevo Milenio. Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, Ginebra, 12 de mayo de 2004, p. 4.

108 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley de la Jurisdicción Constitucional, N° 7135, del 11 de octubre de 1989.

109 Este derecho tiene fundamento en el artículo 27 de la Constitución Política el cual establece: “Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”.

110 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422, del 29 de octubre de 2004.

105 En Costa Rica la figura ha sido desarrollada y aplicada por la jurisprudencia constitucional. Aunque se han presentado varios proyectos para su aprobación legislativa, la figura aún no tiene rango legal.

106 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, proyecto de “Ley de Protección a la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, Expediente N° 15178, s.f., Folio 6.

y su reglamento,¹¹¹ la Ley del Sistema Nacional de Archivos¹¹² y la Ley Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos¹¹³.

El derecho a la intimidad

Este derecho se encuentra garantizado por el artículo 24 de la Constitución Política. De manera expresa, la norma fundamental garantiza “el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones” y “la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier tipo”.

Además expresamente se establece que la ley determinará los casos en los que los Tribunales de Justicia, el Ministerio de Hacienda o la Contraloría General de la República podrán revisar cierto tipo de documentos o comunicaciones protegidas por la privacidad.

La regla establecida en la Constitución tendiente a proteger la intimidad encuentra novedosos problemas provocados por los abusos que pueden cometerse con la utilización de las nuevas tecnologías.

111 Reglamento Ejecutivo a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Decreto Ejecutivo N° 32.333.

112 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica Ley del Sistema Nacional de Archivos, N° 7202, del 24 de octubre de 1990.

113 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, N° 8220, del 4 de marzo del 2002.

*“La aparición de nuevas técnicas, el abuso del poder, la necesidad de contar con información de las personas y la libertad de información, constituyen un meollo en el cual la legislación necesita proteger la vida privada de las personas, para que no sea avasallada esa privacidad, especialmente por la informática, a través de la protección de datos (...)”*¹¹⁴

Derecho a participar activamente y bajo su propia responsabilidad en todos los procedimientos que le afectan (status activus processualis)

Implica el ejercicio activo de su ciudadanía así como la participación “en el seno de las estructuras organizativas más directamente vinculadas con el ejercicio de los derechos fundamentales y la implementación de procesos de autodeterminación complementados con procesos de cometerminación”.¹¹⁵

Sin duda, estamos en presencia de un instrumento que podría transformar la sociedad como se le conoce. Ojalá que la tendencia a la abstención legislativa que nos ha caracterizado en esta materia no se convierta luego en un lamento por no haber sabido abordar el tren en el momento oportuno.

114 Falcón, Enrique. Hábeas Data: Concepto y Procedimiento, Buenos Aires - Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1996, p. 40.

115 Rivero Sánchez, Op. Cit., p. 11.