

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Derecho y nuevas tecnologías de la informacion

Poullet, Yves

*Published in:*  
Revista del Derecho Industrial

*Publication date:*  
1990

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 1990, 'Derecho y nuevas tecnologías de la informacion: un enfoque comparativo del derecho europea continental', *Revista del Derecho Industrial*, no. 33, pp. 773-783.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

FARJAT - LAQUIS - ALFANDARI - BLEDEL -  
CHUDNOVSKY - MASNATTA - NOCHTEFF -  
MARSCHOFF - PAPPALARDO - RICHET - WHITE -  
BERGEL - BERGMANS - CAVALCANTI - ALENDE -  
ANGARITA BARÓN - BEKERMAN - CORREA -  
POULLET - BAIGÚN - CHAMPAUD - CRUZ - NEFFA

# EL DERECHO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

- CONTEXTO ECONÓMICO, SOCIAL Y CULTURAL.
- ANÁLISIS JURÍDICO - ECONÓMICO.
- BIOTECNOLOGÍA E INFORMÁTICA.
- EL IMPACTO EN LA EMPRESA.

*(Separata de la "Revista del Derecho Industrial", nº 33)*



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

1990

# DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN: UN ENFOQUE COMPARATIVO DEL DERECHO EUROPEO CONTINENTAL

por IVES POULLET \*

SUMARIO: Introducción. - I. La propiedad intelectual de los programas de computación. - II. El fraude informático. - III. La protección de datos y de las libertades individuales. - IV. Las telecomunicaciones. - V. Los servicios telemáticos, en particular al gran público.

## Introducción.

El tema comprendido es vasto y el lector debería entender la dificultad del autor para proponer en unas pocas páginas lo que debiera ser una síntesis del derecho o más bien de los derechos de Europa continental relacionados con las "Nuevas Tecnologías de la Información".

Esta dificultad se explica en primer término por la diversidad de temas a tratar<sup>1</sup>. El derecho de las nuevas tecnologías de la información cubre aspectos del derecho civil, como el derecho de la prueba por documentos informáticos, el derecho de los contratos informáticos o telemáticos; aspectos del derecho penal; el derecho intelectual; aspectos del derecho administrativo y público; aspectos constitucionales, como el derecho de las libertades individuales, sin mencionar aspectos del derecho fiscal y contable.

Nuestro objetivo ha sido seleccionar algunas tendencias de los derechos europeos referidas a cinco temas:

- la protección de los programas de computadoras;
- la criminalidad informática;

\* Profesor en la Facultad de Derecho de Namur, Francia.

Nota de la Redacción: La traducción del francés de este trabajo ha sido realizada por el Dr. Víctor D. Goytía.

<sup>1</sup> Sobre el conjunto de estos temas, ver Y. Poulet y X. Thunis, *Droit et informatique, un mariage difficile*, en "Droit de l'Informatique et des Télécommunications", n° 2, p. 11.

- la protección de datos y de las libertades individuales;
- las telecomunicaciones;
- los servicios telemáticos al gran público.

Existe una segunda causa de nuestra dificultad, y es el hecho de que de ningún modo se puede hablar de un derecho común a los diferentes países de Europa continental. Tratándose de estas nuevas materias, no existe siquiera la posibilidad de contraponer la óptica latina, que caracteriza los derechos belga, español, italiano y francés, frente a la óptica escandinava, y finalmente a la óptica germánica que caracteriza a los derechos alemán, austriaco y holandés. Al contrario, se verifica que cada país, en forma profundamente original, ha ensayado dar una solución jurídica propia a los interrogantes originados por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, sensible tanto al rigor interpretativo de los textos clásicos confrontados frente a las nuevas realidades, como a la legítima preocupación de protección del ciudadano.

Por ello, el lector no espere encontrar una lista exhaustiva de los textos y de las soluciones. Partiendo de un plan de lectura propio de cada uno de los temas elegidos, hemos intentado despejar las grandes tendencias de las regulaciones de los países europeos, limitándonos ocasionalmente a considerar una u otra de las soluciones, remitiendo al lector, para el resto, a las citas de textos y a una bibliografía seleccionada.

### *I. La propiedad intelectual de los programas de computación.*

Un programa de computadora está definido, en el "Libro Verde" de la Comisión de la CEE<sup>2</sup>, como "un conjunto de instrucciones con el objeto de lograr que un instrumento de procesamiento de información, la computadora, ejecute sus funciones".

Bajo esta definición cabe agrupar tanto los programas de aplicación como los sistemas operativos, tanto los programas en código-objeto como en código-fuente, en la medida en que estas distinciones resultan útiles en la discusión sobre la extensión de la protección que conceden los diferentes sistemas jurídicos.

La industria de los programas de computación en Europa continental como en los países anglosajones reclama la protección de estos programas. La comparación es necesaria en la medida en que nuestros países han adoptado el mismo punto de vista que los anglosa-

<sup>2</sup> Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, Copyright Issues Requiring Immediate Action, comunicación de la Comisión, doc. COM-88-172, Bruselas, 7 de junio de 1988.

jones, es decir, han optado por aplicar las leyes existentes en materia de propiedad intelectual a la protección de los programas de computación, antes que definir soluciones legales originales<sup>3</sup>. Así, la protección por patentes de invención, y en particular por el derecho de autor han alcanzado a los programas de computadoras.

La protección de los programas de computación mediante el patentamiento fue rechazada en un primer tiempo, en razón de que los programas, en cuanto tales, constituían la aplicación de métodos matemáticos y representación de información no patentable; y porque el art. 52 de la Convención de la Patente Europea excluye especialmente los programas de computación<sup>4</sup>. Pese a este principio, cierta jurisprudencia apoyada en la doctrina<sup>5</sup>, progresivamente ha admitido el patentamiento de invenciones que contienen un carácter técnico e inventivo, e incorporan un programa de computación.

Así, una decisión de la Cámara de Apelaciones de París<sup>6</sup> afirmó que no se podía rechazar la calidad de invento patentable, a una invención que permite el análisis del suelo y de las potencialidades de explotación petrolera, simplemente por causa de que algunas de las etapas del procedimiento estaban conducidas por un programa de ordenador. Según la jurisprudencia francesa pareciera, por tanto, que la patente se excluye sólo para los programas *per se*.

En Alemania, al contrario, al menos para la Bundesgerichtshof<sup>7</sup>, se rechaza el patentamiento que incorpora un programa. Hanneman<sup>8</sup> resume la posición del tribunal alemán de la siguiente manera: "Una invención cuya esencia reside en un programa, no es técnica. Una computadora en la cual dicho programa se puede correr, es de naturaleza técnica, es cierto, pero si dicho programa se puede correr en

<sup>3</sup> ... fuera de la materia de los semiconductores (*chips*), donde siguiendo la invitación norteamericana, los países europeos han debido adoptar legislaciones especiales, según la directiva del Consejo de la CEE, del 16 de diciembre de 1988 (nº 87/54/EEC), "Diario Oficial de las Comunidades Europeas", nº L 24 del 27 de enero 1987, p. 36. En el marco restringido de este artículo, no desarrollamos el problema específico de la protección de los semiconductores (*chips*).

<sup>4</sup> La exclusión establecida en el art. 52 de la Convención, está retomada en las legislaciones de Bélgica, Dinamarca, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y España.

<sup>5</sup> A este respecto, ver particularmente M. Flamee, *Octrooierbaarheid van software*, Brugge, Die Keure, 1985.

<sup>6</sup> Caso "Schlumberger", *Propriété Intellectuelle Bull. Documentaire* 1981, 111, 175.

<sup>7</sup> Caso "Rolled Bar Cutting", "Grur", 1981, 39-42, nota Pletzker.

<sup>8</sup> H. W. Hanneman, *ob. cit.*, p. 252.

cualquier computadora de aplicación general —como es generalmente el caso—, los medios técnicos empleados carecen de novedad”.

Se destaca que pese a estas reticencias, en 1985 la Oficina de Patentes Europea<sup>9</sup> decidió reexaminar su política y adoptar nuevas pautas de examen según las cuales un invento, que en su conjunto tiene un carácter técnico y presenta todas las condiciones de patentamiento, puede ser patentado aunque el invento referido incorpore un programa de computación.

La protección de los programas de computadora por el derecho de autor ha sido más resistida en los países de Europa continental que en los países anglosajones. La razón principal es ciertamente que dicha protección en nuestros sistemas jurídicos de “derecho civil” ha sido concebida principalmente como un medio de asegurar la protección de obras literarias y artísticas, para su comunicación al público, y no como retribución de invenciones que tienen usualmente un carácter industrial o comercial<sup>10</sup>. Esta objeción es utilizada en las decisiones tanto alemanas como francesas<sup>11</sup>.

Sin embargo, ella es rechazada por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia que se funda en el hecho de que las convenciones internacionales y las legislaciones nacionales protegen por igual los trabajos científicos y técnicos que tengan carácter comercial e industrial<sup>12</sup>. En el considerando de una decisión alemana<sup>13</sup> se sin-

<sup>9</sup> Decisión del presidente de la Oficina de Patentes Europea, del 6 de marzo de 1985.

<sup>10</sup> Para una exposición completa de las críticas respecto a la extensión a los programas de la protección por derecho de autor, ver G.P.V. Vandenberghe, *Bescherming van Software, Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Kluwer, Antroepen, 1984; y M. Vivant, *Informatique et Propriété Intellectuelle*, “J.C.P.”, edit. C.I., 1985, II, 14382.

<sup>11</sup> En Francia, París, 20 febrero 1985, “G.P.”, 1985, nota de J. R. Bonneau; París, 4 junio 1984, “J.C.P.”, edit. C.I., 1985, II, 14409, nota de M. Vivant. En Alemania, Mannheim, 12 junio 1981, “B.B.”, 1981, 1543 (rechazado en apelación en Karlsruhe, 9 febrero 1983, “Grur”, 1983, 300). Los programas de computación no son elegibles para protección mediante copyright, dado que carecen de naturaleza estética. Otra objeción es la falta de comunicabilidad de la obra con el público: cfr. A. Bertrand y M. Cousté, *Copyright Protection for Computer Software in Civil Law Countries*, 1988, Amsterdam, p. 76.

Agreguemos que Dietz demuestra muy bien que pese a las divergencias de base en los enfoques del *common law* y del *civil law*, la jurisprudencia y recientes reformas legislativas han abolido progresivamente esas diferencias (A. Dietz, *A Common European Copyright. Is it an illusion?*, 8 EIPR, 215 [1985]).

<sup>12</sup> Para una síntesis excelente de los diferentes argumentos, ver E. Ulmer y G. Kollé, *Copyright Protection for Computer Programs*, 14, IIC, 172 (1974).

<sup>13</sup> Bundesarbeitsgericht, 13 setiembre 1933, “B.B.”, 1954, 871.

tetiza bien esta posición mayoritaria: "Los programas pueden ser clasificados como obras lingüísticas en el sentido de la secc. 2 (1) (1) de la Ley del Derecho de Autor o como expresiones de naturaleza científica o técnica dentro del significado de la secc. 2 (1) (7) de la Ley del Derecho de Autor. Un programa de computación constituye una creación producto de una actividad intelectual y personal. El hecho de que sirvan para fines científicos, técnicos o comerciales es irrelevante en este sentido.

Las enmiendas legislativas han dado razón a esta tendencia mayoritaria. En Alemania, la ley del 24 de junio de 1985<sup>14</sup> asimila los programas de computación a las obras literarias. En Francia<sup>15</sup>, la ley del 3 de julio de 1985 amplía la protección del derecho de autor al "logiciel", sometiéndolo, empero, a un régimen específico (por ej., limitación en el término de protección hasta 25 años, y no hasta 50). España<sup>16</sup> dispone en forma explícita la protección mediante el derecho de autor para los programas. Similares proyectos de ley existen en Bélgica, Holanda, Dinamarca e Italia<sup>17</sup>.

Esta casi unanimidad de países de Europa continental en aceptar la protección de los programas de computación mediante el derecho de autor, no impide las interpretaciones profundamente divergentes en lo relativo a la extensión de esta protección<sup>18</sup>. Es así que el concepto de "originalidad" del programa, característica necesaria para la protección por el derecho de autor, es concebido distintamente según cada jurisprudencia nacional. Los fundamentos contrapuestos de las decisiones alemanas y francesas lo demuestran suficientemente. El 7 de marzo de 1986, la Corte de Casación francesa confirmó un fallo de la Cámara de Apelaciones de París<sup>19</sup> según el cual "la elaboración

<sup>14</sup> Ley del 24 junio 1985, que modifica disposiciones en el campo del copyright ("Bundesgesetzblatt", nº 33, del 27 junio 1985).

<sup>15</sup> Ley 85-660, del 3 julio 1985, sobre derechos de autor, intérpretes, productores de fonogramas y videogramas, y empresas de comunicación ("Journal Officiel", 4 julio 1985, ps. 7495 y ss.).

<sup>16</sup> Arts. 91 a 100 de la Ley de Propiedad Intelectual 22/87, del 11 mayo 1987, "Boletín Oficial del Estado", nº 275, del 17 noviembre 1987.

<sup>17</sup> A este respecto: Dinamarca, proyecto de ley 153, del 4 enero 1988, sobre reformas a la ley de copyright; Italia, proyecto de ley 1746, Senado, 25 marzo 1986; Bélgica, propuesta de ley, Lallemand, Senado, 329-1, 1988.

<sup>18</sup> Esta divergencia es indicada como una fuente de dificultades para el comercio entre los Estados miembros de la CEE, en el "Green Paper" de la Comisión, ob. cit., ps. 187 y ss.

<sup>19</sup> París, 2 noviembre 1982, "G.P.", 1983, 1, 1/7, nota de J. R. Bonneau. Más recientemente, París, 5 marzo 1987, "Grur Int.", 1983, 669. En el mismo sentido, un fallo alemán del Landsgericht de Kassel, 21 mayo 1981, "B.B.", 1983, 992.

de un programa es un trabajo original de la mente en la composición y expresión y trasciende la lógica automática e impuesta, dado que un programador, como un traductor, *debe elegir entre varias alternativas y expresiones*. Su opción refleja la imagen de su personalidad y está autorizado para invocar los derechos otorgados para el autor por el derecho de autor". Así, sólo los programas cuyas instrucciones están determinadas por la función a programar —circunstancia poco común— no podrán ser objeto de protección.

A la inversa, el célebre caso alemán "Inkasso"<sup>20</sup> se revela más restrictivo para la apreciación de la originalidad. El programa debe representar un trabajo individual, original y creativo. Esto exige que la estructura del programa resultante de la elección, del armado y de la distribución de las informaciones relevantes y de las propuestas, superen la competencia de un programa medio.

El punto de la atribución al empleador o al empleado de la propiedad intelectual de un programa es una segunda fuente de divergencias<sup>21</sup>. En Alemania<sup>22</sup>, el empleador es automáticamente el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre los programas desarrollados por su empleado en el cumplimiento de sus tareas profesionales. En compensación, el empleado obtendrá una "remuneración equitativa", punto discutible<sup>23</sup>. En Bélgica, al contrario, pareciera necesario prever, en el contrato de trabajo, una cláusula de cesión de derechos de propiedad intelectual de parte del empleado en beneficio de su empleador<sup>24</sup>. En Francia, la enmienda efectuada por la ley de 1985 deroga la regla general que atribuye al empleador la propiedad del programa desarrollado en el marco de las relaciones de trabajo.

<sup>20</sup> Olg Karlsruhe, 9 febrero 1983, "B.B.", 1983, 986. En el mismo sentido la decisión del Bundesgerichtshof del 9 mayo 1985, "BGH2", 1985, 1747, la cual afirma que la sola prueba que muestra que dos programadores no han elegido la misma programación para la resolución de un problema dado, no es suficiente para satisfacer la exigencia de originalidad. La jurisprudencia holandesa (Assen, 10 enero 1984, "K.G.", 1984, 30) parece que, como la francesa, se satisface con una originalidad llamada "estadística".

<sup>21</sup> A este respecto, cfr. B. Hubo, *La titularité des droits d'auteur sur les logiciels civils par un salaire*, en "Droit de l'Informatique", 1986, n° 3, 151.

<sup>22</sup> Olg Koblenz, 13 agosto 1981, "B.B.", 1983, 992 (igual solución que en Holanda).

<sup>23</sup> La decisión del Bundesarbeitsgericht del 13 setiembre 1983 ("B.B.", 1984, 871), parece excluirla.

<sup>24</sup> Cfr.: B. Hubo, *ob. cit.*, p. 151. El proyecto de ley actualmente en consideración ante el Senado, prevé la atribución automática de los derechos de autor sobre el *logiciel* al empleador.

Distintas decisiones tratan la incorporación parcial en el *logiciel* de los códigos-fuente desarrollados por otros. ¿En qué medida esta reproducción constituye infracción? Bertrand y Cousté<sup>25</sup> citan las soluciones afirmadas por las jurisprudencias nacionales:

— según una decisión holandesa, existe infracción aunque solamente el 16 % de las instrucciones sean idénticas;

— una decisión alemana estima que una reproducción del 70 % de un programa-fuente es una infracción;

— finalmente, la Cámara de Apelaciones de París condena la reproducción, mediante adaptaciones menores, de más de una docena de subprogramas.

## II. El fraude informático.

Un grupo de expertos de la OCDE<sup>26</sup> define al “delito informático” como “cualquier conducta ilegal e ilegítima, o no autorizada, relativa al procesamiento automático o trasmisión de datos”. Una definición de este tipo agrupa delitos tan diversos como el fraude asistido por computadora (*fraud by computer manipulation*); el espionaje informático, la piratería de programas, el copiado de los semiconductores, el sabotaje informático, la utilización no autorizada de los equipos o el acceso no autorizado a una base privada de datos, así como las infracciones contra las disposiciones relativas a la privacidad de las personas (*privacy*)<sup>27</sup>.

El presente capítulo no aborda las infracciones vinculadas a la privacidad, ni aquellas relativas a la protección de los programas de computación, tratados en los capítulos I y III. En II se analizará, mediante la jurisprudencia y las legislaciones a menudo nuevas, las respuestas dadas ante cada tipo de infracción.

El *fraude asistido por computadora* consiste en la modificación de los datos con el fin de enriquecimiento, y en el desvío de fondos en el caso de una transferencia electrónica de fondos. A su incriminación como delito clásico se le oponen los extremos legales dispuestos por las legislaciones de los países de Europa continental, contra la

<sup>25</sup> A. Bertrand y M. Cousté, *Copyright protection for computer software in civil law countries*, Distribution, Access and Communications, 1 a 3 junio 1988, Amsterdam, P. 84.

<sup>26</sup> OECD, ICCP, *Computer related criminality: analysis of legal policy in the OECD Area*, informe DSTI/ICCP 84-22, 18 abril 1986 (versión final).

<sup>27</sup> Es la tipología propuesta por la OCDE y retomada por Sieber, *The International Handbook on Computer Crime Computer Related Economic Crime and the Ingredients of Privacy*, Chichester, Nueva York, Toronto, 1986.

represión de estos delitos. Es así que el hurto supone "la sustracción de una cosa corporal perteneciente a otro", según la definición dada particularmente en Alemania, Bélgica, Grecia, Luxemburgo, etc. Pero ¿podemos considerar sustracción de una cosa corporal cuando existe simple modificación de una información? Así como el abuso de confianza (*breach of trust*) o el fraude en Bélgica, Francia, Italia y Alemania, suponen especialmente que una persona sea víctima de un engaño, sin embargo, ¿podemos hablar de persona a propósito de una computadora?

Algunos países de Europa continental, siguiendo a Australia<sup>28</sup> o a los Estados Unidos, han dictado nuevas disposiciones posibilitándoles inculpar los fraudes asistidos por computadora. Sieber distingue diferentes tipos entre estas disposiciones nuevas: tanto que repriman de manera global el problema del delito por computadora, comprendiendo la manipulación de datos, como su distinción, su sustitución, el acceso o su utilización no autorizada. El capítulo 9, sección 1, de la ley sueca de 1985<sup>30</sup> dispone, en este sentido, reprimir así: "será culpable de fraude quien de cualquier modo, mediante la presentación de información incorrecta o incompleta, alterando un programa o registro, o de otra manera sin autorización, afecte los resultados de un procesamiento automático de información o algún proceso automático similar, de tal modo que implique lucro en beneficio del trasgresor y pérdida para un tercero".

A la inversa, otra tendencia, desarrollada en particular en Alemania y en Dinamarca, se caracteriza por el objetivo de ampliar las disposiciones clásicas, agregando un párrafo relativo a la especificidad del fraude por computadora. Así, por ejemplo, en el art. 263 del Código Penal alemán, sobre el fraude, la ley de 1986<sup>31</sup> agregó una

<sup>28</sup> Cfr. el Código Penal del Territorio del Norte (ley 47 de 1983); y los reglamentos penales 44 de 1985, que modifican la Ley Penal de Nueva Gales del Sud. (New South Wales Crimes Act) de 1900.

<sup>29</sup> Cfr. la Ley Federal de Fraude con Tarjetas de Crédito (Federal Credit Card Fraud Act) de 1984; y la Ley de Defraudación por Instrumentos de Acceso y Abuso y Fraude Computarizado (Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act), de 1984 y 1986.

<sup>30</sup> Sobre esta disposición, ver U. Sieber, R. Kaspersen, G. Vandenberghe y K. Stuurman, *The legal aspects of computer crime and security. A comparative analysis with suggestions for future international action*, documento preparado para la Comisión de la CEE, diciembre 1987.

<sup>31</sup> Segunda ley de prevención de delitos económicos, de 1986. Sieber clasifica también en esta segunda tendencia, además de la ley danesa (Reforma del Código Penal del 6 junio 1985), a los proyectos austríaco y noruego.

disposición sobre el fraude informático en los siguientes términos<sup>32</sup>: “Toda persona que, con la intención de obtener una ganancia ilegítima para sí mismo o para un tercero, causa una pérdida a otro, modificando el resultado de un procesamiento de datos mediante programación impropia, o por medio del uso incorrecto o incompleto de datos, o por el uso no autorizado de datos, o por cualquier otro medio que interfiriera sin autorización en el procesamiento, será responsable de...”.

Esta segunda tendencia es ampliamente mayoritaria en los países de Europa continental. Nuestros sistemas jurídicos rechazan la creación de nuevas infracciones y prefieren la extensión de las figuras existentes, tanto tratándose de “fraude” como de “falsificación”.

El *sabotaje informático* (*mischief*) presenta la misma cuestión sobre la extensión de los conceptos penales. Para que exista acto de sabotaje, la legislación clásica de nuestros países exige normalmente la destrucción física<sup>33</sup>. Sin embargo, esto no ocurre cuando se produce la eliminación de datos de un programa. Adelantándose a la sanción legislativa, la doctrina y la jurisprudencia de numerosos países, como Italia, Bélgica, Noruega y Austria, califican la eliminación voluntaria de datos, o de programas, dentro del marco delictivo clásico.

Otros países han modificado su legislación, como Alemania y Francia, para ampliar el campo de aplicación del concepto legal de sabotaje a dichas eliminaciones de información<sup>34</sup>. Esta extensión del concepto puede ser muy amplia. La sección 193 del Código Penal danés enuncia: “Cualquiera que ilegítimamente provoque perturbaciones importantes en la operación de los medios de comunicación, en el servicio público de correos, en el servicio telegráfico o telefónico, en el sistema de radio o televisión, en sistemas de procesamiento de datos..., será culpable...”. Esta extensión del concepto fue introducida también en los proyectos finlandés y noruego; y se explica en razón de la finalidad de prevenir, con una sola figura penal, todo acto criminal fundado en la vulnerabilidad mayor de una “sociedad informatizada”, poco importa que se trate del sabotaje de una línea telefónica, o de la intercepción de ondas, o de la eliminación de datos en un programa, etc.<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. asimismo la modificación propuesta para la sección 269 en relación a la falsificación (*forgery*), permitiendo incluir la firma electrónica falsa.

<sup>33</sup> Cfr., por ejemplo, el acápite del art. 528 del Código Penal belga, que penaliza el daño voluntario a los bienes materiales.

<sup>34</sup> Cfr., en igual sentido, los proyectos de ley en Suiza, Portugal y Holanda.

<sup>35</sup> Sobre la extensión de la noción de sabotaje informático y los argumentos en favor de esa extensión, ver U. Sieber, ob. cit., ps. 80. y ss.

*Incrimación del uso no autorizado de computadoras.* En ciertos países, como Bélgica, Dinamarca y Finlandia, el uso ilegal de la propiedad de un tercero es punible como hurto o robo, en la medida en que el usuario se sirva necesariamente de los equipos, propiedad material de otro, y no simplemente de sus programas.

Otros países retoman la clásica noción de "hurto de uso" (*furtum usus*), admitiéndolo en casos muy específicos. Sieber cita como ejemplo Holanda, Alemania y Austria. En lo que concierne a los dos últimos países<sup>36</sup>, destacamos que contrariamente a otros casos, como los de Suiza, Portugal y Noruega, han rechazado penalizar el simple uso de la computadora de un tercero (cfr. la diferencia del acceso no autorizado a la base de datos). Estos países consideran que sancionar la simple intrusión, el simple hurto del tiempo de los equipos, sin que exista un acto de sabotaje, ni acceso ilegítimo a ciertos datos, ni manipulación de datos de terceros, importa un exceso de severidad (*overcriminalization*)<sup>37</sup>.

Finalmente, la cuestión del *acceso no autorizado a un sistema informatizado*, a menudo ha sido enfocado como una extensión de figuras clásicas como, en la mayoría de los países, la interceptación de mensajes telefónicos<sup>38</sup>. Se intenta así, en ambos casos, *proteger la integridad en sí misma de un sistema de almacenamiento o de transmisión* de información, independientemente del secreto de la información y del contenido transmitido.

El hecho de extender a tal punto la protección penal a todo sistema informatizado, antes reservada a un sistema público de transmisión, presenta sus dificultades. Algunos países, como Suecia<sup>39</sup>, penalizan directamente a cualquiera que ilegítimamente obtenga (*procures*) el acceso a datos almacenados en computadoras. Con todo, la mayor parte de los países rehúsan condenar el simple acceso. La ley

<sup>36</sup> El debate ante el Parlamento alemán fue particularmente ilustrativo en este aspecto. Un primer proyecto reprimía a "toda persona que haga uso no autorizado de un equipo de procesamiento de datos y de ese modo cause daño a un tercero que tiene derecho a usar ese equipo". Este primer proyecto fue abandonado. Sobre estos debates, ver Hartmann, *La criminalité informatique et sa répression par les réformes pénales en R.F.A.*, en "Droit et Informatique", 1986, nº 6, ps. 11 y ss.

<sup>37</sup> Para un tratamiento más profundo del tema, ver Sieber, ob. cit., ps. 85 y ss.

<sup>38</sup> Cfr., entre otros, el art. 17 de la ley belga del 13 octubre 1930, relativo a teléfonos y telégrafos; la sección 201 del Código Penal alemán; los párrafos 139a y 139c del Código Penal holandés; el art. 617 del Código Penal italiano.

<sup>39</sup> En el marco de la disposición general ya citada con relación al fraude asistido por computadora.

alemana y los proyectos noruego y finlandés exigen que aquel que pretenda beneficiarse de la protección penal, debe haber tomado medidas de protección técnicas<sup>40</sup>. Otros, como Francia, exigen la prueba de una intención de hacer daño, para castigar al autor de la infracción<sup>41</sup>.

### III. La protección de datos y de las libertades individuales.

La protección de datos y de libertades individuales frente a su tratamiento informatizado por los sectores público y privado<sup>42</sup>, llevó progresivamente a todos los países de Europa continental<sup>43</sup> a aplicar, en cada uno de ellos en forma propia, los principios de la "Convención del Consejo de Europa"<sup>44</sup>, que tiene un valor jurídico directo en los países que la han ratificado<sup>45</sup>.

El examen de los principios de la Convención nos llevará, de hecho, a tomar en cuenta la diversidad de sus expresiones en los diferentes países<sup>46</sup>.

El Consejo de Europa intenta proteger solamente los *datos individuales*, y no los datos relacionados con las *personas morales*. Algu-

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo, la sección 203 del Código Penal alemán, revisado en 1986, que sanciona a "todo el que sin autorización obtiene, para sí o para otro, datos no entendidos como destinados a ellos y que *están especialmente protegidos* contra el acceso no autorizado".

<sup>41</sup> El art. 462-2 del Código Penal francés, modificado por la ley del 5 enero 1988, habla del acceso fraudulento, es decir, exige "dolo especial". Ver, a este respecto, M. P. Lucas de Leyssac; *Fraude informatique: protection des systèmes de traitement automatisé de donnés. Loi du 5 janvier 1988*, en "Droit de l'Informatique et des Télécom.", 1988, nº 2, ps. 20 y 21.

<sup>42</sup> Se señala que en los países norteamericanos (Estados Unidos y Canadá) las legislaciones protectoras de la privacidad rigen exclusivamente para los procesamiento de datos del sector público.

<sup>43</sup> La situación legal es la siguiente. Alemania: ley del 27 enero 1977; Austria: ley del 18 octubre 1978; Bélgica: proyecto de ley; Dinamarca: ley del 8 junio 1978, sobre registros privados, y ley del 8 junio 1978, sobre registros públicos; Francia: ley 78-17, del 16 enero 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades; Grecia: proyecto de ley en discusión; Holanda: ley del 17 setiembre 1987; Italia: proyecto de ley en discusión; Luxemburgo: ley del 31 marzo 1979; Noruega: ley del 9 junio 1978, sobre registro de datos personales; Portugal: art. 35 de la Constitución y proyecto de ley en discusión; España: arts. 18 y 105 de la Constitución.

<sup>44</sup> La Convención aprobada por el Consejo de Ministros el 17 setiembre 1980, ha sido abierta a la firma de los países el 28 junio 1981.

<sup>45</sup> Hasta el momento: Francia, Suecia, España, Alemania, Noruega y Reino Unido.

<sup>46</sup> ...dado que seleccionaremos, en cada caso, las soluciones más originales.

nas legislaciones (noruega, luxemburguesa, austríaca), sin embargo, han estimado que uno de los objetivos de una legislación de protección de datos es luchar contra la discriminación entre personas, y consideran la dificultad para distinguir, ocasionalmente, los datos relativos a las personas morales, de aquellos de personas físicas integrantes de estas personas morales. Ello justificaría la extensión de los principios de protección de datos a las personas morales.

La Convención del Consejo de Europa considera exclusivamente *los tratamientos automatizados*, pero sin exceptuar ninguno. La ley francesa (art. 45) autoriza a la autoridad de control a extender los principios de la protección de datos a ciertos ficheros manuales<sup>47</sup>. Recientemente, en 1982, la ley sueca, y más recientemente la ley holandesa, en 1987, han regulado un régimen particular para los tratamientos automatizados realizados en el marco de las actividades privadas, como la agenda o el fichero de direcciones mantenido en microcomputadora por una persona privada, para su uso personal.

*La puesta en funcionamiento* de un banco de datos se halla sujeta en ciertos países a un procedimiento previo. Este procedimiento se limita normalmente a una simple declaración, ante la autoridad de control, sobre la existencia del fichero y de alguna de sus características. Son los casos de Austria, Francia, Holanda, Suecia. En Dinamarca, Alemania y Noruega no se exige esta declaración, sino para los ficheros del sector público y para las empresas que trabajen en relación directa con la ficha (agencias de informaciones comerciales "cazadores de cabezas", etc.).

El *principio de "pertinencia"* está enunciado en el art. 8 de la Convención del Consejo de Europa: "Los datos de carácter personal que son objeto de un tratamiento automatizado deben:

"a) ...

"b) ser almacenados para fines determinados y legítimos y no se los debe emplear de manera incompatible con sus fines;

"c) ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los cuales ellos han sido registrados;

"d) ...

"e) ser conservados de manera que permita la identificación por la persona interesada, por un período que no exceda de lo necesario según los fines para los cuales se registró".

<sup>47</sup> Ver, igualmente, la nueva ley holandesa que en el art. 1 extiende su campo de aplicación a "todo conjunto coherente de datos ... llevado en forma automatizada o puesto en funcionamiento de manera sistemática, con la finalidad de facilitar una consulta eficaz de esos datos".

Estos principios los retoman todas las legislaciones de tendencia germánica: Austria, Dinamarca, Alemania, Holanda y Noruega. Ella es la base de la distinción entre los *ficheros públicos*, los *ficheros privados mantenidos por cuenta propia* y los *llevados por terceros*. Los primeros no pueden registrar más que los datos determinados por la ley y en la medida necesaria para la ejecución de los requisitos legales. Un fallo reciente de la Corte Constitucional de Alemania relativo a la ley sobre estadística aplica estos principios. Condena al gobierno por haber explicitado insuficientemente en esta ley los objetivos buscados por los procesamientos públicos de información personal.

Los ficheros privados llevados por cuenta propia —es decir, en el marco de una relación con la persona registrada o fichada (como los bancos, los seguros, etc.)— pueden procesar los datos necesarios para el cumplimiento eficaz del servicio prestado al sujeto fichado. Finalmente, los registros privados de la tercera categoría son aquellos llevados por las empresas cuyo objeto es el de transmitir a terceros informaciones personales (como a las compañías de seguros, de crédito). Éstos están sujetos a un control más severo.

La reciente ley holandesa va aún más allá en este *enfoque diferenciado* entre los tratamientos y propone un *enfoque por sector*, que permite a las organizaciones de un sector determinado fijar los códigos de ética para la aplicación de la ley y solicitar su ratificación a la autoridad de control <sup>48</sup>.

La aplicación de este principio (de pertinencia) permite a las legislaciones de estos mismos países distinguir *el tratamiento interno de datos, de su comunicación externa* sometiendo esta última a reglas más estrictas <sup>49</sup>.

Todas las legislaciones de Europa continental establecen una *autoridad de control*. La Comisión Nacional de Informática y Libertades en Francia; el "Bundesbeauftragte" en Alemania; el comisario de Protección de Datos en Dinamarca, Noruega y Suecia; la Cámara de Registro en Holanda; etc.

<sup>48</sup> Se destaca igualmente, en este orden, el sistema de declaración simplificada aplicado por la ley francesa, que autoriza a la autoridad de control a eximir a empresas de un sector de ciertas exigencias, si ellas respetan las reglas de tratamiento dictadas por esta autoridad (art. 17 de la ley de 1978).

<sup>49</sup> A título de ejemplo, el art. 24 de la ley alemana dice: "La transmisión de datos nominativos está autorizada dentro de los límites del objeto de las relaciones contractuales, cuasicontractuales o de confianza con el interesado; o en la medida en que la protección de los intereses legítimos de la institución trasmisora, o de un tercero, o el interés general, lo exigen y que esta transmisión no ponga en juego los dignos intereses de protección del interesado".

Estas autoridades tienen la función de un "ombudsman": la inspección de los procesamientos automatizados; llevar, en ciertos casos, un registro público de estos tratamientos; asistencia a las personas registradas, en particular la emisión de opiniones a solicitud de gobiernos o del Poder Legislativo; finalmente, la publicación de un informe. Los miembros son designados por el gobierno<sup>50</sup>.

En cuanto al *derecho de acceso* de los sujetos fichados consagrado por el Consejo de Europa, está protegido en algunos países por un deber del "registrador" de informar sobre el tratamiento que se les da. En los casos de Dinamarca, Francia, Suecia y Alemania, bajo reserva de importantes excepciones. Se ejerce mediante un arancel fijado por el gobierno<sup>51</sup>.

Finalmente, numerosos países reglamentan el *flujo de datos transfronteros*<sup>52</sup>, pese al principio del art. 12 de la Convención del Consejo de Europa, que reclama la supresión de toda restricción entre los países adherentes a la Convención y dispone principios de protección equivalentes. Así, por ejemplo, el art. 32 de la ley austríaca condiciona a la autorización de la autoridad de control, todo flujo transfrontera; el art. 12 de la ley danesa exige igualmente la autorización, o el consentimiento del sujeto registrado, para los datos más sensibles. Los arts. 19 y 24 permiten al gobierno francés limitar los flujos transfronteros.

En los medios de la Comunidad Europea se cree que la aplicación de estas disposiciones permitiría a los Estados aplicar barreras no-tarifarias a la libre prestación de servicios, principio sostenido por el art. 59 del Tratado de Roma<sup>53</sup>, y se propugna que todos los países

<sup>50</sup> La composición de la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa es más compleja. El Parlamento, la magistratura y el gobierno intervienen en la designación de sus miembros (art. 23 de la ley francesa). El objetivo es asegurar la independencia de la comisión frente al gobierno.

<sup>51</sup> Sobre el derecho de acceso y sus diferentes modalidades en los países de Europa continental, ver C. Debrulle, *Le droit d'accès*, en "Problèmes législatifs de la protection des données", Conf. Intern., Madrid, 13 junio 1987, Consejo de Europa, ps. 33 y ss.

<sup>52</sup> Sobre este punto, ver nuestro análisis en *Transborder data flows and privacy in information market: legal aspects*, G. Vandenberghe (editor), Kluwer, Amsterdam, 1988 (a ser publicado); y el estudio muy completo de J. de Houwer, *Privacy and transborder data flows*, VUB, Bruselas, 1984.

<sup>53</sup> A este respecto, las reflexiones de M. Briant, *Flux de données transfrontières et barrières non tarifaires*, en Actas del Coloquio de ABDI, diciembre de 1987 (a publicarse en H. Burkert, *International Information Flows between Freedom and Protection*) dan cuenta de las conclusiones de la 2ª conferencia mundial sobre políticas en materia de flujos de datos transfronteros, celebrada en Roma, 26 a 29 junio 1984, IRI, IDF 260.

del Mercado Común adopten principios semejantes que se inspiren en un solo sentido.

#### IV. *Las telecomunicaciones.*

Tradicionalmente la reglamentación de las telecomunicaciones en Europa continental se caracterizaba por la existencia de un monopolio legal amplio en manos de una empresa pública, a la cual además se le confiaba el poder reglamentario de sancionar las normas relativas a las terminales y la política del éter. Sea que se trate de la "Deutsche Bundespost" alemana; o de la "Direction Générale des Télécommunications" francesa; o de la "Régie des Télégraphes et Téléphones" belga u holandesa, el esquema era similar. Sólo los casos italiano de la SIP, y el de la Telefónica Española, empresas públicas o con una notable mayoría estatal, se apartan ligeramente de ese esquema.

Esta confusión de los roles reglamentario y de la explotación, fue denunciado repetidamente por la Comisión Europea<sup>54</sup>, o ante los tribunales nacionales<sup>55</sup>, en nombre del principio de competencia.

La "desreglamentación" americana y británica, juntamente con el reciente "Libro Verde" de la Comisión<sup>56</sup>, determinaron que la mayoría de los países mencionados modificaran de a poco y progresivamente sus posiciones. El panorama reglamentario de las telecomunicaciones en Europa Occidental se halla en pleno cambio. En todos los países las leyes, o proyectos de leyes, buscan conciliar la existencia de un servicio público fuerte, que no se pretende dismantelar sino que se refuerza su autonomía, con los principios de una concurrencia sana y eficaz, afirmados por la Comisión y ya consolidados en una primera directiva<sup>57</sup> que trata de la liberalización de los equipos terminales.

Nuestro objetivo es analizar la evolución en dos países: Francia y Holanda. Se trata, más particularmente en estos dos países, de estudiar cómo se manifiestan los más importantes principios del "Libro Verde":

<sup>54</sup> "Green Paper", ob. cit., ps. 65 y ss.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, en lo que concierne a Bélgica, las cuestiones prejudiciales presentadas ante la Corte de Justicia de la CEE, en el caso "R.T.T. c. G.B. Inno B.M.", Tribunal Comercial de Bruselas, 11/1/88.

<sup>56</sup> CEE, Proyecto para una economía dinámica. Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones (comunicación al Consejo, Bruselas, 26 mayo 1987).

<sup>57</sup> Directiva 88/JOI/CEE, 16 mayo 1988 ("Journal Officiel", nº L 131/73, 27 mayo 1988).

— la necesidad de separar claramente las *actividades reglamentarias y de explotación*;

— el posible mantenimiento del monopolio sobre la oferta, y la explotación tanto de la infraestructura de la red como de los servicios calificados como reservados, entre los cuales la Comisión coloca solamente el de telefonía vocal; todos los demás deben ser ofrecidos a la concurrencia.

La ley francesa del 30 de setiembre de 1986, relativa a la libertad de comunicación<sup>58</sup>, estipula en su art. 1: "El establecimiento y empleo de las instalaciones de telecomunicaciones, la explotación y utilización de los servicios de telecomunicaciones son libres". Pese a que tal enunciado supondría una desregulación total, se debe admitir que otros textos y el conjunto de este mismo, presentan ciertas restricciones importantes a ese principio. Así, el art. L 33 del Código de Correos y Telégrafos, que encomienda el monopolio de las telecomunicaciones a una empresa pública, llamada France Télécom, no está abolido.

De allí se infiere que la libertad de comunicación no es total y se debe interpretar, según el art. 10 de la ley de 1986, que rige un *régimen de autorización*, al cual deben sujetarse el establecimiento y utilización de las instalaciones de telecomunicaciones: "La Comisión Nacional de la Comunicación y de las Libertades (C.N.C.L.) otorgará las autorizaciones previstas por los arts. L. 33 y L. 34 del Código de Correos y Telégrafos para el establecimiento y utilización de todas las conexiones e instalaciones de telecomunicaciones, con excepción de las del Estado".

Queremos llamar la atención del lector sobre dos puntos:

1. El otorgante de la autorización es una autoridad *administrativa independiente*: la C.N.C.L. Así se escinde no solamente la actividad de explotación de la reglamentaria, sino que, más aún, participa de la función reglamentaria del Estado una institución independiente del gobierno y compuesta de expertos, siguiendo el modelo de la F.C.C. americana y de la C.R.T.C. canadiense. La comparación con el precedente canadiense comprende también el aspecto de que la C.N.C.L. cubre el conjunto del sector de las telecomunicaciones y del audiovisual.

2. La autorización no se otorga sobre todos los servicios. Un decreto provisorio del 24 de setiembre de 1987<sup>59</sup> limita lo que podrá

<sup>58</sup> Ley 86-1067, del 30 setiembre 1986, relativa a la libertad de las comunicaciones ("Journal Officiel", 1/10/86). El lector encontrará un comentario de esta ley en "Juris P.T.T.", nº 11, enero 1988, ps. 1 a 33.

<sup>59</sup> Decreto del 24/9/87, relativo a las conexiones especializadas y a las redes telemáticas abiertas a terceros ("Journal Officiel", 25/9/87). Este decreto

ser ofrecido a la libre competencia, y lo que permanece dentro del monopolio de France Télécom. Sin entrar en los detalles técnicos de las ordenanzas, nótese simplemente la aplicación de un criterio original<sup>60</sup> para delimitar la noción de servicio con valor agregado, servicio de libre competencia: "La persona moral que explote una red abierta a terceros, debe respetar para cada servicio ofrecido mediante la red, una relación lo más cercana posible a un porcentaje prefijado, entre el monto de explotación anual correspondiente a la actividad de transporte de datos y el monto anual de negocios correspondiente a la explotación del servicio telemático. Este porcentaje no puede ser inferior a 1.520, y está fijado por resolución del ministro...".

La nueva ley holandesa (*op telecommunicatievoorzieningen*)<sup>61</sup> determina el destino de la infraestructura de los servicios de telecomunicaciones y de las terminales; la "OP P.T.T. Nederland N.V.", determina el régimen del futuro operador.

Las dos leyes están vinculadas, su objeto es definir exactamente las reglas de funcionamiento de la empresa pública, destinada a tener un rol importante en la regulación del mercado de la libre competencia, antes de liberalizar el mercado de las telecomunicaciones<sup>62</sup>.

La preocupación por separar estrictamente las actividades de reglamentación de aquellas de explotación lleva a la autoridad holandesa a crear cierto número de órganos reglamentarios: "La Directie Regeling en Vergeenning Post en Telecommunicatie", creada dentro del Ministerio de Telecomunicaciones; y con función consultiva: el "Raad voor Advies voor Post en Telecommunicatiebeleid", compuesta por expertos; y "d'Overlegorgaan", foro de reflexión entre el operador público y todos los sujetos vinculados. El mismo propósito los lleva a transformar la antigua empresa de Estado en una sociedad anónima.

---

se dictó ante la imposibilidad del gobierno de hacer aprobar un anteproyecto de ley sobre la libre competencia en las telecomunicaciones. El texto logró soluciones más liberales.

<sup>60</sup> El anteproyecto citado en la nota anterior (59), reservaba al monopolio público la explotación de un servicio elemental de telecomunicaciones, servicio en el cual "el objeto principal es transmitir y conducir señales, sin necesitar otros procesamientos que los necesarios para su transmisión y conducción (servicio telefónico; servicio de transmisión de datos por conmutación de paquetes y circuitos; servicio de télex; y localización de conexiones especializadas).

<sup>61</sup> Al momento de escribir este trabajo es todavía proyecto de ley aprobado por la Segunda Cámara del Parlamento. Su texto no debería ser modificado más. Se prevé la entrada en vigor el 1 de enero de 1989.

<sup>62</sup> Sobre el conjunto de estas leyes, se puede ver R. van den Hoven van Genderen, *De wet op de telecommunicatievoorzieningen, afsluiting van een tijdperk of handhaving van de status quo?*, en "Computerrecht", 1988, n° 1, ps. 51 y ss.

La P.T.T. Nederland N.V., que está capacitada dentro del marco de un contrato de concesión limitado en el tiempo, para ejercer la explotación de las actividades bajo monopolio público, y puede además ofrecer otros servicios u otros productos en libre competencia con el sector privado.

En cuanto al monopolio otorgado al concesionario, la ley incluye también a la infraestructura: "el sistema de instalación y de medio y accesorios, destinados a la telecomunicación y que transiten, en todo o en parte, el terreno público", pero exceptuando las instalaciones de telecomunicaciones de tipo particular (cables o teledistribución), o de pequeña dimensión (aparatos de emisión o de recepción radioeléctrica). Algunos servicios, según la misma ley, deben obligatoriamente estar provistos por el concesionario: se trata del conjunto de servicios accesorios "al transporte directo de información desde y hacia puntos de conexión", servicios a definirse concretamente por una ordenanza ulterior. La razón del recurso a la ordenanza es clara: el gobierno desea reservarse la posibilidad de modificar rápidamente la lista de servicios reservados al concesionario, dada la evolución de las técnicas y del mercado. Un proyecto de ordenanza define al contenido de los servicios monopolizados más restrictivamente que en Francia. Sólo los servicios telefónicos (incluyendo los "follow-me"), el servicio de télex y el servicio propiamente de transporte de datos, quedarán bajo este monopolio. Con esta legislación, Holanda se propone mejorar rápidamente su infraestructura, dando al operador público los medios de financiación, y convertirse en el ámbito de instalación privilegiada de las empresas de servicios con valor agregado, no sujetas a limitación, y teniendo el derecho de exigir del operador la parte de la infraestructura necesaria para el desarrollo de sus actividades de libre competencia.

#### V. Los servicios telemáticos, en particular al gran público.

La combinación de la informática y de las telecomunicaciones ha permitido, en Europa continental como en otras partes, la eclosión de numerosos servicios llamados "telemáticos", según la expresión del informe francés Nora-Minc. Paralelamente a los servicios telemáticos destinados al mundo profesional, se han desarrollado servicios telemáticos destinados al gran consumo público. Tomando en cuenta los cajeros automáticos de los bancos, o las "terminales punto de ventas", algunos gobiernos han permitido en el marco de políticas voluntaristas; la aparición de múltiples servicios: guías electrónicas, mensaje-

rias "rosas", publicaciones electrónicas, "home-shopping" (compras desde la casa).

Se cita a menudo la experiencia de la Teletel francesa (más de tres millones de terminales en circulación), pero la experiencia holandesa (Viditel), alemana (Bildschirmtext) e italiana (Videotel) son igualmente de destacar. Parece, en todo caso, que en Francia y Holanda estas experiencias han permitido la creación de un auténtico mercado privado.

El objeto de esta sección es analizar someramente el régimen jurídico aplicable a estos servicios, teniendo en cuenta las reglamentaciones específicas, a menudo emitidas al mismo tiempo que la aparición de estos nuevos servicios<sup>63</sup>, pero también la doctrina y la jurisprudencia pacíficas en el campo de la transferencia electrónica de fondos.

La oferta de los servicios telemáticos al gran público no está sujeta a ninguna autorización previa<sup>64</sup>. Así, si la antigua ley francesa de 1982 sobre la comunicación audiovisual preveía un régimen provisorio de autorización, el art. 43 de la ley del 30 de setiembre de 1986 prevé un régimen de simple declaración, no aplicable a los servicios de correo electrónico, considerado como servicios de correspondencia privada<sup>65</sup>.

El Bildschirmtextstaatsvertrag alemán de 1983 preveía, al mismo tiempo, el derecho de cualquiera a participar en el B.T.X., bajo la sola reserva de tener una sede en Alemania<sup>66</sup>.

Pese a que la prestación de servicios no está sujeta a ninguna autorización, el contenido de los servicios ofrecidos puede estar reglamentado en sí mismo, particularmente por razones de protección al

<sup>63</sup> Francia: decisión de la C.N.C.L. del 4 febrero 1988, relativa a la "telecompra"; circular del 17 febrero 1988, en aplicación del art. 43 de la ley 86-1067 (30/9/86), relativa a la libertad de las comunicaciones, y aplicable a ciertos servicios de comunicación audiovisual.

Italia: decreto ministerial del 17 mayo 1985, que instituyó el servicio público Videotel.

Alemania: Bildschirmtext-Staatsvertrag del 18 marzo 1983.

Holanda: Viditelcode inzake reclame in interactief gebruik, del 1 enero 1984.

<sup>64</sup> Salvo en lo relativo a Italia, donde "todo servicio Videotel debe estar autorizado previamente por el ministerio, de conformidad con lo prescrito por las condiciones de abono" (decreto ministerial del 30 octubre 1982).

<sup>65</sup> Es en la medida que estos servicios, incluyendo los servicios de "mensajerías-rosas", están considerados como servicios de correspondencia, que escapan, a juicio del Tribunal de París, a toda incriminación de ultraje público a las buenas costumbres.

<sup>66</sup> Esta disposición es considerada por algunos como un atentado al art. 59 del Tratado de Roma relativo a la libre prestación de servicios.

consumidor. Nuevamente los ejemplos de las reglamentaciones francesa y alemana nos servirán de referencia.

Los arts. 37, 43 y 76 de la ley francesa ya citada, obliga al productor a identificarse, a indicar la tarifa aplicada por página, y a distinguir claramente la publicidad de la información. Se aplican a la prensa electrónica las disposiciones relativas a la prensa clásica: independencia de los periodistas, transparencia financiera, designación de un director de redacción y respeto al pluralismo (art. 37 de la ley de 1986). El Bildschirmtextstaatsvertrag alemán obliga a los productores a dar una información exacta, leal y actualizada, y a identificar con "W" (*Werbung*) toda la publicidad.

En cuanto a las *relaciones con los usuarios*, en particular la entrega de la tarjeta o del código secreto necesario para la utilización de los servicios, una reciente propuesta de directiva europea<sup>67</sup> relativa a las tarjetas de pago, se inspira en la ley danesa sobre transferencias electrónicas de fondos, y en la Electronic Fund Transfers Act de los Estados Unidos<sup>68</sup>. Estos diversos textos obligan a los productores a informar previamente a los usuarios sobre el régimen de responsabilidad, sobre el costo del servicio, sobre la frecuencia de los "*periodic statements*" (estados periódicos), sobre los procedimientos en caso de error y, finalmente, sobre el uso dado a las informaciones recopiladas.

La realización de las operaciones puede hacer surgir otras dificultades. Algunas legislaciones<sup>69</sup> exigen como prueba de una operación civil un escrito firmado. La validez de las cláusulas insertas en las condiciones generales de los contratos permiten el acceso a los servicios telemáticos, según los cuales "el registro del aparato automático o su reproducción en soportes de datos de computadoras, es para la entidad emisora una prueba de las operaciones efectuadas mediante la tarjeta o llave electrónica con el cual el sistema opera". Puede igualmente ser reclamado legalmente en virtud de la protección al consumidor. Así, el art. 180 del C. Procesal Civil holandés estipula: "No se admitirán acuerdos que se aparten de la ley en materia de pruebas, cuando se refieran a la prueba de hechos con consecuencias

<sup>67</sup> Propuesta de directiva del Consejo relativa a medios modernos de pago. Comisión de la CEE, doc. XI/267/88, de abril 1988.

<sup>68</sup> Se trata de la ley "om betalingskat" danesa (1978) y de la EFT americana.

<sup>69</sup> Son, particularmente, las legislaciones belga, francesa y luxemburguesa que exigen un escrito firmado. Tales disposiciones son consideradas, sin embargo, como supletorias. Sobre esta cuestión en derecho comparado ver B. Amory y Y. Poulet, *Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique*, en "Droit de l'Informatique", 1985, n° 5, p. 14.

legales que no estén libradas a las partes". La Corte di Cassazione italiana decidió, el 29 de enero de 1982, que las partes no pueden libremente convenir en materia de carga de la prueba, cuando la posición de una de las partes se debilita con ello.

En consecuencia, parece que en Europa continental, si bien ningún juez rechaza *a priori* ni la prueba, ni la firma <sup>70</sup> informatizada <sup>71</sup>, sin embargo, se reserva el derecho, pese a las cláusulas invocadas y a las exigencias del sistema legal vigente, de apreciar el valor de tales registraciones, en función de criterios técnicos y de organización <sup>72</sup>.

A propósito de la cuestión sobre *la responsabilidad del emisor de la tarjeta o del código secreto* en caso de pérdida, o robo, del medio de acceso, los considerandos de una decisión de la Corte de Apelaciones de Lieja, en Bélgica, en materia de transferencia electrónica de fondos (T.E.F.), se citan muy oportunamente en la referencia <sup>73</sup>. La responsabilidad del usuario cesa desde que ha notificado la pérdida o robo. La responsabilidad pasa, por ello, al prestador (en este caso, el banco), que debe tomar todas las medidas necesarias para evitar las pérdidas financieras que podrían resultar de la utilización ilegítima de la tarjeta. La ley danesa de 1979 afirma el mismo principio en su art. 21. Ésta agrega, siguiendo el ejemplo del E.F.T. Act de los Estados Unidos, que en caso de demora en denunciar la pérdida o el robo, la responsabilidad del portador debe estar limitada, salvo en caso de reiteración, o de un acto intencional.

<sup>70</sup> Es menester mencionar una excepción. El Tribunal de Gran Instancia de Sète (9 mayo 1984) sostiene que la firma llamada electrónica no puede ser equiparada a una firma legal.

<sup>71</sup> Sobre esta conclusión, ver A. Meyboom, en Y. Pouillet y G. Vandenberghe (editores), *Telebanking-teleshopping and the law*, Computer Law Series, Kluwer, 1988, ps. 52 y ss.

<sup>72</sup> Obsérvese que son precisamente las conclusiones de la recomendación R (81) 20 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, relativo a la armonización de las legislaciones en materia de la exigencia de la prueba escrita y de la admisibilidad de las copias o de procesamientos informáticos.

<sup>73</sup> Liège, 22 febrero 1985, "Droit de l'Informatique", 1985, n° 3, p. 28, nota de B. Amory. La jurisprudencia francesa es más hesitante. En favor de la responsabilidad del portador de la tarjeta, Douai, 26 octubre 1983; Pau, 17 octubre 1983; París, 29 marzo 1985, "Droit de l'Informatique", 1986, n° 3, ps. 120 y ss.; contra la responsabilidad del portador, Casación, 1 diciembre 1980, *ead. loc.*, p. 124.