



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Pinochet Olave, Ruperto

La recepción de la realidad de las nuevas tecnologías de la información por el derecho civil: panorama actual y perspectivas futuras

Ius et Praxis, vol. 7, núm. 2, julio-agosto, 2001, pp. 469-481

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19770222>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

La Recepción de la Realidad de las Nuevas Tecnologías de la Información por el Derecho Civil: Panorama Actual y Perspectivas Futuras

Ruperto Pinochet Olave (*)

(*) Doctor © en Derecho Civil, Universidad de Barcelona, Profesor de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, rpinoche@pehuenche.ualca.cl .

Internet no es un medio hostil al Derecho ni el origen de riesgos jurídicos imprevisibles que constituyan un motivo de preocupación o una amenaza para los juristas del siglo XXI. Más bien al contrario: es un ámbito de actividad que permite aproximar mucho más la oferta de servicios a los clientes, que facilita el proceso de contratación, que va hacer accesible a toda la población fuentes de ahorro e inversión hasta ahora mucho más elitistas o restrictivas, democratizando la vida de los negocios y promoviendo el desarrollo cultural Y que recupera valores jurídicos de libertad de contratación y antiformalismo largo tiempo olvidados>> (Rafael Mateu de Ros)

La revolución que ha generado en la sociedad la introducción de las nuevas tecnologías de la información es hoy indiscutible. Su influjo ha sido de tal magnitud que los especialistas no han dudado en advertir que las nuevas tecnologías han producido y producirán cambios tan profundos en la sociedad, que tales progresos han dado paso a una nueva etapa de la historia de la humanidad: la de la sociedad de la información1.

La citada revolución se explica, al menos en parte, por el desarrollo y la incorporación masiva de dos fenómenos tecnológicos: la informática y las telecomunicaciones, elementos que unidos han posibilitado la creación y el desarrollo de Internet2, e Internet ha constituido, a su vez, el elemento simbólico y más significativo de lo que se ha dado por llamar las nuevas tecnologías de la información.

Por una parte la informática, entendida3, <<como la ciencia del tratamiento automático de la información>>, permite almacenar y tratar grandes cantidades de información, mientras que las telecomunicaciones ponen en contacto a personas que se encuentran en los lugares más lejanos del mundo con una facilidad asombrosa y en cuestión de segundos.

Internet, como una simbiosis perfecta de los avances que le precedieron y la hicieron posible, ha implicado una revolución en el área de la información y de las comunicaciones, revolución que ha alterado diversos ámbitos de la cultura, entre ellos el jurídico. Las nuevas tecnologías de la información -para nuestros fines más bien tecnologías de la comunicación que de la información-, pueden ser entendidas como aquellas cuya implementación se realiza por medio de Internet. Las modalidades de comunicación vía Internet, son básicamente: el correo electrónico, la World Wide Web (WWW), el Chat, las Reuniones o Conferencias, la Videoconferencia y la Telefonía⁵ 6.

Los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, algunos al alcance de la mayoría de las personas, han servido, entre otras utilidades, para expresar voluntades jurídicamente relevantes, hecho que ha producido una rápida incorporación de la realidad electrónica en el ámbito del negocio jurídico, con el consiguiente período de adaptación que ello supone, generando como todo proceso adaptativo, una serie de nuevos problemas e interrogantes, tanto de naturaleza técnica como de carácter teórico jurídico, que el mundo del derecho ha debido enfrentar.

1. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO: PRIMEROS INTENTOS DE ARMONIZACIÓN

En un comienzo, con la intención de dar respuesta a las nuevas interrogantes un conjunto de especialistas informáticos y jurídicos desarrollaron una nueva disciplina jurídica: el Derecho Informático. Tal rama jurídica tenía la pretensión de abarcar buena parte de los problemas de adaptación que generaban las nuevas tecnologías en el Derecho, tarea cuya magnitud superó a poco andar las posibilidades del mal llamado Derecho Informático⁷, hoy más bien, Derecho de las Nuevas Tecnologías. Después del primer impacto, quedó en evidencia que el denominado proceso de adaptación no requería unos cuantos ajustes de carácter general que pudieran ser realizados por expertos informáticos o en Derecho informático, sino que los elementos que integraban la noción de nuevas tecnologías de la información afectaban de modo significativo a la totalidad de las ramas jurídicas, a veces, en aspectos esenciales de cada una de ellas.

En tal sentido, el Derecho Penal debió adecuar sus tipos delictivos para comprender en ellos las conductas antisociales que podían ser ejecutadas por medio de las nuevas tecnologías, entre ellas podemos mencionar: daños realizados a través de virus informáticos, la pornografía infantil en Internet, la violación del correo electrónico y otras formas de comunicación. Por ello numerosos ordenamientos jurídicos han debido también, realizar modificaciones legales para responder con eficacia a la realidad y problemas que ha supuesto en el ámbito penal, el uso de las nuevas tecnologías de la información⁸.

En lo relativo a los derechos fundamentales de las personas, las inmensas posibilidades que ofrece la informática e Internet, generaron nuevas formas de violación de la intimidad. En un primer momento, la aparición de los ordenadores posibilitó la creación de bases de datos que permitían reunir mucha información sobre grandes cantidades de sujetos, información que podía ser copiada y almacenada con facilidad. En una segunda etapa, la interconexión entre diversas bases de datos -antes de la aparición de Internet- permitió crear perfiles completos de las personas -información cruzada-, pudiendo conocer, entre otros aspectos, sus gustos, hábitos de consumo, ingresos, etc⁹. Internet, como un medio que supone la utilización de ordenadores, la conexión de éstos a redes, el acceso a miles de bases de datos, constitúa una síntesis exponenciada de todas las

posibilidades que la informática había facilitado de intromisión a la intimidad¹⁰. Es así, como el acto de navegar en Internet, implica la entrega de una serie de información que puede ser captada y utilizada por terceros, a través de modos que pueden suponer nuevas formas de trasgresión del derecho a la intimidad¹¹. Toda la situación brevemente descrita ha motivado la formulación de un bloque normativo de protección de tales bienes jurídicos, entre los que destaca en el caso español, la promulgación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre sobre Normas reguladoras de Protección de Datos de Carácter Personal¹² y, en el caso chileno la aprobación de la Ley sobre Protección de Datos Personales, 19.628, de 28 de agosto de 1999.

La aparición de nuevas formas de trabajo posibilitadas por las modernas tecnologías, el denominado tele-trabajo, y los problemas específicos que tal modalidad laboral genera han obligado también, en el caso del Derecho Laboral, a ocuparse de la nueva realidad.

Las situaciones antes mencionadas son sólo un ejemplo de las disciplinas jurídicas que han resultado afectadas por la aparición de las nuevas tecnologías, ya que en la práctica la totalidad de las ramas jurídicas de un modo u otro lo han sido.

En un breve espacio de tiempo, los problemas generados por las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico, excedieron con mucho las posibilidades del Derecho Informático¹³, ya que la especialización de los problemas y, por tanto, la complejidad de las soluciones requería, que en cada área del Derecho fueran sus especialistas los que debían buscar los mecanismos de adaptación más idóneos a las nuevas realidades. Como observa con agudeza un autor¹⁴, si los temas pertenecientes a las nuevas tecnologías resultan difíciles para los juristas tampoco parece que los expertos informáticos o en Derecho Informático tengan la suficiente preparación para abordar y resolver satisfactoriamente los complejos problemas que se han presentado en las diversas áreas del Derecho.

Después de la primera fase reseñada, el Derecho Informático ha circunscrito finalmente su labor a aquella definida por su objeto, precisamente el informático¹⁵, apareciendo en los últimos años otras disciplinas jurídicas que han abordado diversos aspectos de la realidad electrónica en el derecho. Destaca la labor que se ha desarrollado en el ámbito del comercio electrónico, lo que ha producido, como lógica consecuencia, que adicionalmente se haya trabajado en temas como la contratación electrónica y el consumo electrónico, en cuanto protección del consumidor en el consumo que se realiza por medio de las nuevas tecnologías. La eminente característica de la internacionalidad del comercio electrónico también ha motivado la labor de los especialistas de Derecho Internacional Privado, los que han debido trabajar en la resolución de los problemas propios de sus competencias.

En el ámbito negocial, se debe destacar el hecho de que en los primeros años se haya tratado el tema desde la óptica de la contratación electrónica, entendida como un fenómeno de masas, casi sociológico. Una buena demostración de nuestra aseveración anterior, es el hecho de que la Directiva Europea relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior, de 8 de junio de 2000, en adelante la Directiva sobre Comercio Electrónico, al tratar temas relativos al perfeccionamiento del contrato utiliza términos como: <realización de un pedido>, <confirmación del pedido>, ajenos al

lenguaje forense, e inadecuados para un correcto tratamiento del asunto, vocablos que tienen sus correspondientes técnico-jurídicos en los de <oferta> y <aceptación>¹⁶.

La labor antes reseñada, en todo caso valiosa y destacable, no ha resuelto los problemas que las modernas tecnologías han generado en el Derecho Civil, y más específicamente, en el ámbito negocial privado, en donde está pendiente el estudio del fenómeno, no ya desde una óptica comercial o social, sino propiamente civil. En tal sentido, entre otros muchos aspectos de importancia, se considera que será necesario determinar aspectos tales, como la forma en que el negocio jurídico electrónico puede adaptarse a la normativa que regula el negocio jurídico general, regulación pensada para una realidad muy diferente en la que hoy corresponde ser aplicada, y en caso de concluir la insuficiencia de tal regulación, será necesario proceder a las modificaciones legales que resuelvan adecuadamente los problemas generados por las nuevas tecnologías de la información.

2. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO CIVIL

Tal como hemos señalado, la tarea emprendida por las áreas especializadas del Derecho, entre ellas el Derecho Mercantil, como colaborador directo de la actividad comercial, ha sido útil y su valor innegable, sin embargo, la mayoría de los trabajos realizados sólo tienen validez dentro del contexto de especialización en el que se han desarrollado y, no sirven por tanto, para crear un marco normativo de carácter general que cumpla la función de constituir los cimientos de los principios informadores comunes a todo el ordenamiento jurídico, principios que deben inspirar, como elementos unificadores, la interpretación e integración del derecho para la resolución adecuada de los problemas generados por las nuevas tecnologías.

2.1. Es posible aplicar la dogmática civil a los problemas generados por las nuevas tecnologías de la información

Una primera cuestión que debe ser resuelta dice relación con la posibilidad de que la teoría general del Derecho Civil, especialmente la relativa a contratos y obligaciones, sea aplicada a las nuevas realidades negociales condicionadas el avance de la ciencia y la tecnología.

Desde un punto de vista puramente dogmático la respuesta es positiva. Si el Derecho Civil contiene la parte del derecho, especialmente del Derecho Privado, común y general, sus normas deberán, por su propia naturaleza, recibir aplicación para la resolución de cualquier asunto de relevancia jurídica que no esté regulado especialmente en otra rama jurídica.

En el ámbito específico del negocio jurídico, área que informa la mayor parte del Derecho Privado, la aplicación de las reglas de la teoría general a las nuevas realidades no ofrece dudas. Con agudeza un autor ha dicho que si la voluntad puede declararse por gestos, y aún por silencios, ¿cómo no va a poder ser declarada por medio de un ordenador?¹⁷ ¹⁸ En el sentido indicado Álvarez-Cienfuegos¹⁹ ha señalado no sólo la posibilidad sino la urgencia de; <<la proyección de los conceptos de la teoría general de las obligaciones sobre la realidad informática. La voluntad negocial, en su génesis y en su manifestación al exterior, es ayudada por los sistemas informáticos. Conceptos como el dolo, el error, la buena o mala fe han de aplicarse a las realidades electrónicas>>.

La gran mayoría de las iniciativas legales tendentes a la regulación de las nuevas tecnologías han provenido del Derecho Público²⁰, pero dicho fenómeno no se explica, necesariamente, por el atraso del Derecho Privado en la materia, sino por la circunstancia de que el Derecho Público necesita norma expresa para la incorporación de las nuevas tecnologías, cosa que no sucede en el ámbito negocial privado, en el que rigiendo el principio de autonomía de la voluntad y, sus diversas manifestaciones materializadas en los denominados subprincipios de libertad de contratación y de libertad de forma, admiten la recepción de las nuevas manifestaciones negociales, en principio, sin necesidad de modificación legal alguna.

Tal flexibilidad, propia del Derecho común, puede constatarse en la mayoría de las regulaciones civiles de los diversos ordenamientos jurídicos, especialmente en la consagración del principio de libertad de forma. En el caso de Chile este principio deriva del artículo 1.445 del Código Civil, disposición que estableciendo los requisitos para que una persona pueda obligarse señala entre ellos: la capacidad, la voluntad libre de vicios, el objeto y la causa lícita, omitiendo cualquier referencia a formas determinadas. Como antecedente de tal principio también puede citarse la parte final del artículo 1.443, que dispone que el contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento. En otros ordenamientos jurídicos la formulación de tal principio se encuentra en términos más explícitos, tal es el caso del Código Civil español el que en su artículo 1.278, dispone que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.

El principio de libertad de forma y, su manifestación relacionada, contenida en la regla general de que no es necesaria una forma determinada para la celebración de la mayor parte de los negocios jurídicos - aformalismo-, ha sido el producto de una larga evolución histórica²¹, que ha tenido su inicio en épocas en donde para el hombre era difícil captar nociones abstractas, etapas en las que predominaron las formas solemnes o más bien sacramentales, hasta llegar a aquellas más próximas en la historia, en las que por el influjo de corrientes del pensamiento universal como la escolástica y el liberalismo, fueron instituidas la voluntad y su declaración, como elementos fundantes y esenciales de todo el ámbito negocial jurídico, quedando las formas predeterminadas como un elemento accidental del mismo, y que por lo mismo debían constituir la excepción a la regla general enunciada. Como decimos, fruto del desarrollo histórico señalado hoy predominan los principios de libertad de forma y aformalismo, sin embargo, se dice que estamos en presencia de una etapa neoformalista, pues se sostiene la conveniencia -por razones de seguridad jurídica- de recurrir a exigencias de forma en los negocios jurídicos de mayor importancia económica o social²².

Establecida la posibilidad, al menos teórica, de aplicación de la dogmática civil a la realidad social constituida por las nuevas tecnologías de la información²³, es posible preguntarse, si tal regulación responde adecuadamente a las necesidades generadas por la nueva realidad, cuestión que nos llevará al siguiente punto de nuestro trabajo.

2.2. Es suficiente la regulación del derecho común para enfrentar adecuadamente los problemas generados por las nuevas tecnologías

En favor de la factibilidad de aplicación de la dogmática tradicional civil a la solución a los problemas generados por las modernas tecnologías se encuentra la experiencia histórica de los dos últimos siglos, en los que las estructuras normales del derecho patrimonial, ayudadas por el trabajo efectuado por la doctrina y la jurisprudencia, integraron adecuadamente las nuevas figuras jurídicas²⁴, y respondieron satisfactoriamente a los problemas que generaron el desarrollo de la ciencia y la tecnología, al menos hasta la última parte del siglo XX²⁵.

En tal sentido se ha pronunciado algún autor, así Ramón señala: <<Desde la óptica del Derecho, una característica común al entronque de las nuevas tecnologías con el sistema jurídico actual es que el uso de dichas novedades técnicas no supone la alteración de los conceptos jurídicos que regulan las transacciones que se llevan a cabo a través de las mismas>>. Continúa el autor citado: <<Cuando se analiza un contrato realizado a través de Internet, el mismo deberá recurrir a las características básicas que se exigen a cualquier transacción al amparo de nuestro Código civil, esto es, consentimiento, objeto y causa. Los problemas se centran en cómo se acredita que la voluntad de las partes se ha prestado de modo efectivo, qué garantías existen en cuanto a su posible manipulación y, en definitiva, cómo puede probarse que hubo o no hubo contrato si el mismo es impugnado por una de las partes>>²⁶.

Con todo, hoy parece mayoritaria la posición contraria, ya que es frecuente encontrar autores que sostienen la insuficiencia del Derecho Civil clásico para afrontar eficazmente los problemas particulares que ha supuesto para el Derecho privado, la aparición de la realidad informática y, en consecuencia, señalan la necesidad de proceder a una revisión profunda de la teoría general del contrato y del negocio jurídico²⁷.

Entonces cabe preguntarse ¿qué hace diferente a las nuevas tecnologías de la información de los otros notables avances de la ciencia que la sociedad y, por tanto, el Derecho incorporaron sin grandes dificultades en el transcurso del siglo XX? Insistiendo en la idea de la suficiencia de la teoría tradicional y, por tanto, de la inconveniencia de transitar hacia cambios estructurales, se ha señalado irónicamente que la aparición de la contratación telefónica no derivó en un Derecho Telefónico. Con todo, debemos señalar que a diferencia de las comunicaciones telefónicas la realidad conformada por las nuevas tecnologías de la información ha significado cambios mucho más trascendentales que el hecho de constituir sólo un nuevo modo o forma de expresión de la voluntad -como lo fue en su tiempo la aparición del telégrafo o el teléfono- ya que además de cumplir la importante función comunicativa aludida, las nuevas tecnologías han supuesto la aparición de una nueva realidad documental; la electrónica, con todas las consecuencias que ello conlleva, tales como nuevas formas de archivo y, consecuentemente de prueba en juicio de las obligaciones que constan en soporte documental. Adicionalmente se ha introducido una nueva manera de suscripción documental, a través de la denominada firma electrónica o firma digital, alterando en forma sustancial la teoría -más bien subconsciente- que sobre la suscripción de documentos subyacía en los diversos ordenamientos jurídicos continentales europeos o, como en el caso de los latinoamericanos, de inspiración continental europea²⁸.

Como decimos, es mayoritaria la opinión que considera insuficiente las estructuras tradicionales del Derecho para responder con eficacia a la nueva dimensión de los desafíos que se imponen al mundo jurídico. Entre nosotros Gaete²⁹, señala: <<El comercio electrónico por sus especiales cualidades ya examinadas, genera una realidad contractual diferente a la teoría general de la contratación clásica, propia del documento

per cartam. En la realidad del espacio cibernetico o realidad virtual, el contrato no solamente sufre variaciones esenciales en su forma documental, sino tambien en cuanto a su contenido, esto es en sus elementos esenciales, naturales y accidentales>>. El mismo autor considera que el mecanismo propio de la contratacion electronica altera los siguientes aspectos de la teoria clasica:

- a) La formacion del consentimiento, en cuanto a las etapas de oferta y aceptacion, ademas del momento y lugar de su formacion;
- b) Desaparece la unidad de acto -unidad tiempo espacial propia de la expresion del consentimiento contractual- tanto material -que implica simultaneidad en la exteriorizacion de las voluntades- como formal, o simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquella del Oficial publico o funcionario autorizante,
- c) En cuanto a la Interpretacion contractual, se producen variaciones, por la interactividad y dinamismo documental;
- d) Cambios en cuanto a la prueba, especialmente en las fuentes y medios de prueba, asi como en la casacion que varia como consecuencia de la introduccion de los contratos electronicos.
- e) En materia de asuncion de riesgos, por el dinamismo propio de la contratacion electronica, -permanente posibilidad de alteraciones y modificaciones en la emision de datos-, se producen riesgos y que pueden ser involuntarios, debidos a caso fortuito y provocados por disfunciones en el sistema de informacion o bien voluntarios, originados en actos culposos o dolosos y destinados a causar alteraciones en los programas o disfunciones en los mismos o en los equipos.
- f) Problemas de derecho internacional privado³⁰, que tienen lugar por ser el contrato electronico un contrato a distancia, de tal manera que es preciso determinar cuál es el momento y lugar de la formacion del consentimiento para establecer la ley aplicable, el tribunal competente, su asignacion a una justicia arbitral internacional³¹>>³².

Profundizando sólo en uno de los aspectos de la teoría clásica que la doctrina advierte como estructuralmente modificado por la realidad tecnológica, diremos que la actividad negocial electrónica ha puesto en jaque los conceptos clásicos de <presencia> o <ausencia> de las partes del negocio jurídico, o lo que es más, ha relativizado sino pulverizado las nociones clásicas de <tiempo> y <espacio>³³ ³⁴ .

Al respecto en una publicación anterior señalábamos: <<Nos atreveríamos a afirmar que el cambio producido en las categorías de la contratación, tiempo y espacio, hará en un futuro no muy lejano estéril la diferenciación de la contratación entre <presentes> o <ausentes>, sobre todo si se considera la creciente nota de relatividad que adquieren dichos conceptos en la contratación electrónica, y la posibilidad que existe en la actualidad de entablar una comunicación sucesiva e ininterrumpida entre personas distantes, incluso con verificación de su identidad, gracias al desarrollo experimentado en los últimos años por los servicios de correo electrónico>>³⁵.

En efecto, mientras no existía la posibilidad de suscribir electrónicamente un documento, la utilización de medios de comunicación electrónicos se vinculaba

exclusivamente a necesidades comunicacionales entre personas que se encontraban distantes físicamente, con la aparición de la firma electrónica tal idea ha perdido validez, ya que hoy es perfectamente posible que el autor o los autores de un negocio jurídico prefieran el soporte informático al papel, y por tanto, suscriban un negocio jurídico electrónicamente aun estando presentes sus autores en el mismo lugar donde se ha producido la suscripción documental. Por el contrario, hasta la aparición de las nuevas tecnologías de la información la firma manuscrita y personal del autor del negocio jurídico suponía siempre la presencia física de éste en el lugar donde se encontraba el documento en soporte papel que se deseaba suscribir. Tal premisa hoy no es necesariamente válida en el caso de la firma electrónica, ya que es factible que un documento electrónico haya sido redactado en un lugar y sea firmado en otro muy distante, aquél en que se encuentren las personas que lo han de suscribir. Lo cierto es que en el ejemplo dado también se difumina la idea de presencia física del documento, ya que si ha sido redactado en el computador que se encuentra en un lugar y transmitido electrónicamente a otro ordenador, el documento electrónico se encontrará a la vez en la memoria de ambos ordenadores, y el contenido que finalmente valdrá será el existente en el computador del lugar y el instante en que sea suscrito.

Fácilmente podrá imaginarse el lector la cantidad de problemas que pueden producirse en la teoría clásica del negocio jurídico y las obligaciones en situaciones como las descritas ya que, reiteramos, la normativa en vigor aplicable al negocio jurídico siempre discurre sobre la base de las ideas de <<presencia>> o <<ausencia>> física de los autores del negocio jurídico, nociones que de la forma en que han sido entendidas por la legislación se encuentran en franca obsolescencia y exigen, por tanto, su reformulación.

Por todo lo dicho compartimos la opinión de los autores citados en el sentido que todo hace pensar que la influencia en el Derecho de la nueva sociedad de la información no corresponde a un suceso ordinario, sino de grandes magnitudes, lo que probablemente llevará a concluir en la necesidad de algunas adaptaciones a la teoría general del negocio jurídico, los contratos, las obligaciones -especialmente en cuanto a la prueba y ejecución de las obligaciones- como también en otras importantes materias del Derecho Civil, que deberán ser determinadas y a través de estudios de más extensión que el que proponemos³⁶.

3. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO CIVIL: PANORAMA ACTUAL y FUTURO

Estimamos, dentro de los límites que nos impone un trabajo de esta naturaleza, haber dejado establecida la necesidad de proceder a un trabajo de investigación relativo a la adaptación del mundo jurídico a las nuevas tecnologías, y que parte importante de dicha labor debe realizarse en el ámbito del Derecho Civil, sin embargo consideramos lícito, transcurridos más de diez años desde el inicio de la era de la nueva sociedad de la información³⁷, preguntarse cuál ha sido la labor desarrollada a este respecto por los especialistas del Derecho Civil.

Lo cierto es que la respuesta a la interrogante planteada dejará, creemos, en evidencia la escasa por no decir nula actividad de los civilistas en tal sentido. Parte de tal inactividad puede explicarse, según señalábamos, por la circunstancia de que no es frecuente en esta área del Derecho tener que recurrir a modificaciones normativas, al menos en el sector del Derecho Civil patrimonial, para incorporar eficazmente las nuevas figuras jurídicas

que el desarrollo de la economía y, por tanto, de la actividad negocial han ido constantemente creando. Otra razón que pueda ayudar a comprender el suceso, dice relación con el permanente desfase que ha existido entre tecnología y derecho³⁸, toda vez que el mundo jurídico espera que los cambios sociales y económicos se encuentren completamente consolidados, antes de incorporarlos en términos formales al ordenamiento jurídico, ello con el propósito de evitar modificaciones sucesivas en el tiempo, consolidando a través de tal modo de actuación el valor seguridad jurídica.

Con todo, creemos, existe una parte de responsabilidad de entre los que dedicamos nuestros esfuerzos en esta disciplina jurídica, y que las razones existentes en el pasado no justifican la inactividad ante una tarea que hoy es evidente que debe ser realizada. Ciento es, que la prudencia en el actuar jurídico es una constante históricamente verificable, pero cierto es también que la magnitud de los cambios que provoca y provocará la incorporación de las nuevas tecnologías en todas las áreas del quehacer humano, exigen hoy una actuación más ágil y decidida, bajo el riesgo si no se actúa de esa manera, de provocar un quiebre entre la realidad social y el ámbito normativo de grandes proporciones y, de consecuencias insospechadas.

La mencionada inactividad de la doctrina civil en los primeros años de la incorporación de las nuevas tecnologías, ha llevado a más de algún autor a plantear derechamente la pérdida de protagonismo del Derecho Civil³⁹ y, en otros casos, se ha señalado la franca obsolescencia de sus normas para responder adecuadamente a las nuevas realidades.

Creemos, que si bien parte de las críticas formuladas son ciertas, la labor propia del Derecho Civil como núcleo informativo central de todo el derecho privado, es irremplazable. La necesaria labor constatada de adecuación, no sólo del Derecho civil, sino que prácticamente de todas las ramas jurídicas a los cambios estructurales que ha impuesto la sociedad de la información es innegable. Innegable es también la función precisa que el Derecho Civil debe cumplir en esta nueva era, consagrando los principios supletorios e integradores de toda la teoría general del derecho, para que a partir de esos primeros principios, su halo unificador se extienda a cada una de las ramas jurídicas especializadas para de ese modo lograr las deseadas características de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de constituirse como un sistema unitario, pleno y armonioso de normas jurídicas.

La labor que debe afrontarse por el Derecho Civil es muy diversa de aquella que ha venido desarrollándose hasta el momento, centrada desde el punto de vista de la <contratación electrónica> considerada como fenómeno económico o social, sino que tal labor deberá consistir en la adecuación del derecho sustantivo desde la perspectiva del <negocio jurídico electrónico>, como fenómeno individual y eminentemente jurídico, digno de estudio en su estructura lógica unitaria.

Además de las razones expuestas en favor del papel que debe desempeñar el Derecho Civil, como pieza fundamental en la estructuración o, en este caso, reestructuración de importantes aspectos del ordenamiento jurídico, existen otros antecedentes indirectos que más que augurar una pérdida de protagonismo de tal rama del derecho sugieren, por el contrario, que su importancia irá en aumento en los próximos años.

Nos referimos en concreto al proceso de globalización que se desarrolla en la actualidad promovido y potenciado, en buena medida, por las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información. Tal proceso, en el caso de Europa ha significado la integración de los países que conforman la Unión Europea en diversas materias tales como: territorial, política, económica, comercial, social, y especialmente desde nuestra área de interés, jurídica. En este plano de integración europea en los últimos años se han materializado diversas iniciativas que tienen por finalidad la unificación del Derecho civil, y especialmente en una primera etapa, en la unificación de un Derecho Europeo de Contratos.

Clarificador sobre tales iniciativas es la Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo sobre derecho contractual europeo⁴⁰. Tal comunicación tiene como antecedente la adopción de varias resoluciones en el Parlamento Europeo sobre la posible armonización del Derecho material privado. Entre tales resoluciones se pueden destacar las de 1989 y 1994, en las que se solicitó que se comenzara a estudiar la posibilidad de redactar un Código europeo común de Derecho privado. El Parlamento Europeo afirmó que la armonización de determinados sectores del Derecho privado era esencial para la compleción del mercado interior. Señaló también que la unificación de las principales ramas del Derecho privado en forma de un Código Civil Europeo constituiría la manera más eficaz de realizar la armonización con vistas a cumplir las obligaciones jurídicas de la Comunidad y conseguir un mercado único sin fronteras.

Además, en su Resolución de 16 de marzo de 2000, el Parlamento Europeo afirmó que: <<en el mercado interior, era esencial lograr una mayor armonización en el ámbito del Derecho civil, y solicitó a la Comisión que elaborase un estudio en dicho ámbito. La Comisión declaró también que, dada su importancia para el desarrollo del mercado interior y las tendencias comerciales y tecnológicas futuras, la Comunicación analizaría el acervo comunitario, vigente o en preparación, en los campos pertinentes del Derecho Civil a fin de determinar las lagunas y los trabajos académicos efectuados o en curso>>.

Señala la comunicación citada que, destacados representantes del mundo académico han debatido en detalle la cuestión de la armonización de determinados sectores del Derecho contractual. Recientemente se han publicado sendos proyectos referidos, respectivamente, a un código contractual⁴¹ y a los principios generales del Derecho en materia de contratos⁴². La labor académica continúa y comprende estudios sobre otras cuestiones no incluidas en los dos proyectos publicados, como los contratos en el ámbito específico de los servicios financieros, los contratos de seguros, los contratos de edificación, factoring y arrendamiento financiero, así como sobre algunos ámbitos del Derecho de la propiedad. La labor se centra en particular en ámbitos que tienen especial importancia para garantizar los derechos dentro y fuera de las fronteras europeas⁴³.

Como puede apreciarse de la breve relación de iniciativas de unificación del Derecho Civil europeo, el propósito que las anima es serio y se trabaja intensamente en ellas, por lo que no es aventurado prever que gradualmente irán materializándose algunos de los proyectos hoy en progreso, haciendo realidad en otro aspecto, el jurídico, la ansiada integración de la Unión Europea, idea fundante del tratado de la Unión.

Con la paulatina concretización de los proyectos en los que hoy se trabaja se tiende a una legislación única europea en materia de derecho privado, lo que provoca un primer gran efecto relacionado con el panorama futuro del Derecho Civil. Este consiste en que el ámbito territorial del Derecho Civil se expandirá enormemente. Todo asunto de relevancia jurídica de carácter patrimonial suscitado entre particulares de la Unión Europea será resuelto entonces, de acuerdo a la normativa común, esto es, recurriendo a las normas del Derecho común, o si se quiere más precisión, a las normas del nuevo Derecho Civil europeo, que por propia definición es el derecho común por excelencia. El ámbito espacial de vigencia del Derecho Civil habrá aumentado sustancialmente y el ámbito del Derecho Internacional Privado se restringirá, en una relación inversamente proporcional. Lo cierto es que el ámbito propio del Derecho Civil volverá a sus orígenes, y estará constituido por un espacio físico muy parecido al que tuvo en sus primeros orígenes, el del imperio romano⁴⁴.

No sólo en el ámbito territorial verá el Derecho Civil aumentada su influencia, sino que también se vislumbra una expansión en el ámbito material.

En efecto, en los proyectos en que se trabaja para la unificación del Derecho Civil, particularmente aquél que hemos tenido la oportunidad de estudiar con más detención⁴⁵ -los Principios del Derecho contractual europeo⁴⁶-, se transita hacia la unidad material del Derecho privado, estableciéndose un conjunto de reglas aplicables tanto a la actividad civil como a la mercantil, lo que dará como resultado un solo derecho común de contratos. En síntesis, se propugna la creación de un Derecho civil europeo que unifique territorial y materialmente el ordenamiento jurídico europeo.

De todo lo dicho, se concluye con certeza, que los cambios a nivel mundial introducidos por las nuevas tecnologías de la información y, los efectos por ellos producidos, especialmente la globalización, y esto, a pesar de la cierta inactividad de buena parte de los civilistas en las tareas que han debido ser abordadas⁴⁷, lejos de hacer perder protagonismo a tal área jurídica reclama su activa intervención, como el continente lógico capaz de incorporar los contenidos normativos de un mundo cada vez más global e integrado, todo ello quizás, más producto de las circunstancias históricas que de una voluntad deliberada manifestada en trabajos que pudieran haber marcado la proyección del Derecho Civil en la nueva era de las tecnologías de la información.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María,

- <<Las Obligaciones Concertadas por Medios Electrónicos y la Documentación Electrónica de los Actos Jurídicos>>, en La Ley, p. 1.012, T. IV, 1992.
- La Firma y el Comercio Electrónico en España. Comentarios a la Legislación Vigente, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

Botana García, Gema, Ruíz Muñoz, Miguel (Coordinadores), Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

Carrascosa, Valentín, Pozo, Ma. A., Rodríguez, E.P., La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual. Los Contratos Electrónicos e Informáticos, 2 Ed., Ed. Comares, Granada, 1999.

Davara Rodríguez, Miguel Ángel, Manual de Derecho Informático, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

De Andrés Blasco, Javier, <<Internet. Cuadernos del Senado>>, Secretaría General del Senado, Serie Minor, Madrid, 1999.

De Miguel Asensio, Pedro A., Derecho Privado en Internet, Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

Eugenio y Díaz, Francisco, <<La Protección de la Intimidad y el Uso de Internet>>, en Informática y Derecho, 30, 31 y 32, Ed. Uned, Mérida, 2000, p. 161.

Diez-Picazo, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato, vol I, 5 Ed., Civitas Ediciones, Madrid, 1996 (a).

Gaete González, Eugenio Alberto, Instrumento Público Electrónico, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

Jijena Leiva, Renato,

- <<Naturaleza Jurídica y Valor Probatorio del Documento Electrónico>>, La Ley, número 4.586, 17 de julio de 1998, p. 1.457.

- <<La Protección de los Datos Personales o Nominativos y el <habeas data>. Planteamientos doctrinarios y Derecho Comparado>>, Revista Iberoamericana de Derecho Informático 30, 31 y 32, Ed. Uned, Extremadura, 1999.

Kluwer Law International, <<Principles of European Contract Law Parts I and II>>, Principios del Derecho contractual europeo: Partes I y II, Ole Lando y Hugh Beale Eds., 2000.

Lesmes Serrano, Carlos, <<Las Nuevas Tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil>>, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 371 y ss.

Llaneza González, Paloma, Internet y Comunicaciones Digitales, Ed. Bosch S. A., Barcelona, 2000.

Martín Bernal, José Manuel, <<Internet y Virtualización del Derecho en General y del Derecho Civil en Particular>>, en Actualidad Civil, Ed. Aranzadi, marzo de 2001.

Martín-Casallo López, José, <<La Protección de los Datos Personales. Aspectos Penales de la Cesión de Datos>>, en <<Problemática Jurídica en torno al Fenómeno de Internet>>, Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 11 y ss.

Martínez Gallego, Eva María, La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

Montero Aroca, Juan, La Prueba en el Proceso Civil, Ed. Civitas, 2 Ed., Madrid, 1998.
Pinochet Olave, Ruperto,

- <<Valor Probatorio del Documento Electrónico y la Firma Electrónica a la Luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero y del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de Septiembre sobre Firma Electrónica>>, en Revista Carta Civil, N° 6, abril de 2000, Ed. Praxis, Barcelona.

- Contratos Electrónicos y Defensa del Consumidor, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

Prieto Gutiérrez, Jesús María, <<Problemáticas y expectativas en torno al Documento Electrónico: Valor Probatorio>>, Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Contratación Electrónica, Privacidad e Internet, N° 30, 31 y 32, Ed. Uned, Mérida, 1999, p. 437.

Ramón Camino, José, <<El Documento Electrónico su admisibilidad en el Derecho español>>, La Ley, 24-4-1997.

Rodríguez Adrados, Antonio, <<El Documento Negocial Informático>>, en Notariado y Contratación Electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000 (a), pp. 353 y ss.

Serrano Gil de Albornoz, Francisco, <<Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores>>, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 281 y ss.

1 Lesmes (2000), p. 371, prefiere denominarla sociedad del conocimiento, por la que entiende: << aquella en que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que ésta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública. >>.

2 De Andrés (1999), p. 17, en igual sentido atribuye a la informática y a las telecomunicaciones el desarrollo de Internet, el cual es a su vez, el elemento desencadenante que da inicio a la sociedad de la información.

3 Davara (1997), p. 22.

4 De Andrés (1999), p. 17, en una definición que destaca por su simplicidad entiende Internet, << como una red que une ordenadores de todo el mundo permitiendo el acceso a cualquier de ellos y obteniendo sus datos de manera muy sencilla >>, en tanto que Llaneza, (2000), p. 36, lo entiende como un: << sistema, que no un medio, de comunicación transnacional que, gracias a unos estándares comunes y usando tecnologías y redes de telecomunicación, permite el intercambio y la obtención de información mediante el uso de diversas modalidades de comunicación en línea (listas de correo, grupos de discusión de Usenet, FTP, WWW, chats, etc.) Internet es información, tecnología y una red física de telecomunicación >>. Por su parte el Federal Networking Council de los Estados Unidos, en resolución de 24 de octubre de 1995,

entendió Internet como: <<Un sistema global de información que: 1. Está relacionado lógicamente por un único espacio global de direcciones basado en el protocolo IP o en sus extensiones. 2. Es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones y/o otros protocolos compatibles con IP. 3. Proporciona, usa o hace accesible, de manera pública o privada, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas>>.

5 Un estudio de la Organización Mundial del Comercio (OMC), <<Electronic Commerce and the Role of the WTO>>, de 1998, distingue seis tipos de instrumentos electrónicos de comercio: teléfono, fax, televisión, sistemas de pago electrónico, EDI e Internet, citado por Carrascosa, Pozo, Rodríguez (1999), p. 101.

6 Llaneza (2000), p. 41, distingue seis métodos más comunes de comunicaciones en Internet; mensajería de uno a uno, como el correo electrónico; mensajería de uno a varios, como las listas de correo; bases de datos de distribución de mensajes; comunicaciones en tiempo real, como el Chat o IRC; utilización remota de ordenadores en tiempo real, como telnet y, o la obtención remota de información, por ejemplo, World Wide Web, WWW, medios que pueden ser usados en la mayoría de los casos para transmitir texto, datos, programas de ordenador, sonido, imágenes o vídeo.

7 Davara (1997), p. 24, lo define como la regulación de la informática en toda su implicación social.

8 Para tales efectos en España, el 24 de mayo de 1995, entró en vigor la Ley Orgánica del Código Penal 10/1995, de 23 de noviembre, que incorporó varios tipos penales expresamente creados para su aplicación a las nuevas tecnologías, entre ellos podemos mencionar: el artículo 197, aplicable a la interceptación de correo electrónico, el artículo 197.2, aplicable a la cesión de datos de carácter personal, artículo 248, aplicable a estafas cometidas por medios electrónicos, el artículo 264.2, relativo a daños informáticos (virus), artículo 186, relativo a la difusión y exhibición de material pornográfico a menores, entre otros.

9 <<Suele afirmarse que el abuso de las posibilidades computacionales constituye la amenaza por excelencia contra la intimidad, porque cruzándose telemáticamente datos personales o nominativos puede obtenerse un perfil de las personas cuyos antecedentes son procesados. Esta imagen inmaterial del titular de los datos debe ser resguardada porque puede ser creada errada o dolosamente, lo que eventualmente se traducirá en discriminaciones, en la imposibilidad de ejercer algún derecho, o en la pérdida de algún beneficio.// Un dato es personal o nominativo cuando permite identificar cualquiera característica de una persona para relacionarse en sociedad, por ejemplo al consignarse en una guía de teléfonos datos generales, o cuando son de mayor importancia o sensibilidad como ocurre con la filiación política, el credo religioso que se profesa, los antecedentes laborales, la situación de la salud, la mayor o menor riqueza, las operaciones comerciales que se realizan, las acciones en empresas que se poseen, los depósitos en cuanta corriente o a plazo, los impuestos pagados, etc.>>, Jijena (1999), p. 373.

10 Martín-Casallo (2000), p. 27, señala entre las actividades y servicios que han surgido en Internet, en las que se manejan datos personales que pueden ser recabados con fines ilícitos; el servicio de correo electrónico, los directorios de empresas que permiten

identificar los usuarios de Internet, las bases de datos accesibles desde Internet como bases de datos de morosidad, los sistemas de intermediación del mercado laboral, como agencias de empleo, los servicios de reserva de medios de transporte y alojamiento, los servicios relacionados con actividades de ocio, como clubes de aficionados o foros de discusión, los servicios de venta electrónica.

11 <<Constituyen las cookies un rastro de los lugares visitando el ciberespacio, de las páginas Web, por donde ha pasado, en su navegación asomándose a depósitos de información el usuario.// Las huellas de los lugares visitados, si son conocidas por curiosos desaprensivos pueden incomodar a su causante que habrá de sufrir las consecuencias de ser criticado, invadido de ofertas publicitarias, notificado al público o incluso chantajeado o molestado en su vida personal, familiar o profesional. >>, Eugenio y Díaz, (2000), p. 161.

12 Norma que derogó la Ley 5/1992, de 29 de octubre, Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Carácter Personal. (LORTAD)

13 En un primer momento el Derecho informático se entendía en términos amplios, como competente para resolver la generalidad de los problemas que producía la introducción de las nuevas tecnologías, en la actualidad se ha circunscrito su campo de acción al objeto preciso de la informática, en el sentido descrito hoy se define el Derecho informático como una rama del derecho que trata problemas relacionados con la materia informática, Carrascosa, Pozo y Rodríguez (1999), p. 3.

14 Señala Rodríguez (2000), p. 356, <<, el tema resulta especialmente difícil por su carácter interdisciplinar, pues si todavía la generalidad de los juristas somos <<analfabetos informáticos>>, que nos limitamos a manejar el ordenador como procesador de textos y podemos caer en inmensos errores informáticos, tampoco me parece que los profesionales de la informática tengan en general suficientes conocimientos jurídicos>>.

15 El Derecho Informático es definido por Davara (1997), p. 24, como la regulación de la informática en toda su implicación social, en tanto que la informática la entiende, <<como la ciencia del tratamiento automático de la información>>. Carrascosa, Pozo y Rodríguez (1999), p. 3, señalan que es una rama del derecho que trata problemas relacionados con la materia informática. Lo que queremos es dejar establecido que en una primera etapa se creyó que tal disciplina podría resolver los problemas que generará la informática en todas las áreas. Hoy se sabe que eso no es posible, en la actualidad por ejemplo, el Derecho Informático ya no trata del contrato electrónico en general, sino sólo se ocupa del contrato informático, esto es, aquel que tiene por objeto bienes o servicios informáticos. Toda la actividad jurídica tradicional que puede realizarse por medios electrónicos ha pasado a ser estudiada por las diversas ramas de Derecho, desde sus puntos de vista particulares.

16 Criticábamos hace algún tiempo que el Anteproyecto de Ley español sobre Comercio Electrónico hubiera seguido la misma línea, Pinochet (2001), p. 144, afortunadamente en las modificaciones introducidas el mencionado Anteproyecto en su última versión, tales expresiones han sido reemplazadas por aquellas que corresponden al tratamiento del perfeccionamiento del contrato: las de oferta y aceptación.

17 Rodríguez (2000), p. 356.

18 <<Parece evidente -nada lo impide- que a través de Internet o con virtualización se puede hablar de todo tipo de negocios y de contratos. Si tales conversaciones generan acuerdos, estos terminarán convirtiéndose en transacciones electrónicas todo en un proceso natural derivado de las libertades fundamentales de expresión, comunicación y contratación>>, Martín (2001), p. 449.

19 Álvarez-Cienfuegos (1992), p. 1.026.

20 Álvarez-Cienfuegos (1999), p. 57, señala: <<Las reformas que se avecinan, muchas de ellas ya incorporadas al ordenamiento de forma sectorial, nacen o prometen nacer desde el <derecho público>, si es que esta distinción sigue teniendo hoy día sentido, a la vista de la marginación del Derecho privado, tal como hasta ahora lo hemos entendido>>.

21 <<Ha sido señalado muchas veces que los Derechos primitivos fueron fundamentalmente formalistas. Las mentalidades primitivas no comprendían la fuerza obligatoria de la voluntad. Por ello la creación de especiales obligaciones o vínculos contractuales se ligaba siempre con fórmulas mágicas o rituales y con especiales ceremonias de valor religioso o semi-religioso. Este esquema puede encontrarse en el Derecho Romano primitivo (nexum, sponsio, stipulatio). El Derecho Romano, sin embargo, evolucionó constantemente hacia formas cada vez más espiritualizadas, llegando a admitir, como sabemos, la categoría del contrato consensual y dotando de una cierta eficacia a los pactos. En la Baja Edad Media, sin embargo, y especialmente en las ciudades, las necesidades del tráfico comercial impusieron una liberación de la contratación respecto de las rígidas formas anteriores y llegó a consagrarse el llamado contrato consensual romano-italiano, que fue jurídicamente recibido en toda Europa. En nuestro Derecho Histórico esta evolución quedó plasmada en el Ordenamiento de Alcalá del año 1340, que en la ley única del título 16 establece que <sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro a hacer contrato con él>, máxima que más tarde encarnará en la conocida frase según la cual <de cualquier modo que el hombre quiera obligarse queda obligado>. Puede decirse que desde este momento el Derecho español de las obligaciones se orienta claramente hacia un sistema espiritualista, consensual y no formalista de la contratación>>, Díez-Picazo (1996), p. 251.

22 Hoy con todo, y considerando que la ausencia de forma puede llevar a consecuencias no deseadas, específicamente en el ámbito de la seguridad de las relaciones negociales, se sostiene que estamos ante un proceso que podremos denominar neoformalismo, pues se admite la conveniencia que en ciertos casos los ordenamientos jurídicos modernos acepten la exigencia de forma para determinados tipos de obligaciones, en tal sentido Díez-Picazo (1996), p. 252, señala: <<Por esta razón se observa en el Derecho moderno una cierta tendencia a favor del negocio formal, aunque limitada a ámbitos muy concretos de la contratación y limitada también al tráfico de los bienes inmuebles mediante la certidumbre en las relaciones jurídicas establecidas sobre ellos. Este formalismo no exige con carácter absoluto la utilización de las formas solemnes, pero requiere de parte de los que pretenden obtener ciertos beneficios en el tráfico el que cumplan ciertas cargas formales>>.

23 Álvarez-Cienfuegos (1999), p. 57, señala: <<En consecuencia, con las necesarias modulaciones, puede afirmarse que las normas del Código Civil relativas a la teoría general de las obligaciones y de la contratación siguen vigentes>>.

24 Tal ha sido el caso por ejemplo, de nuevos contratos como el arriendo con opción de compra -leasing- o las diversas clases de franquicias.

25 En ese sentido se puede señalar que la aparición del telégrafo o del teléfono, y los problemas que su incorporación a la realidad social y jurídica supuso, no necesitaron de adaptaciones de carácter legal. Doctrina y jurisprudencia delimitaron las características de la contratación realizada a través de tales medios, siendo tal labor suficiente para una adecuada resolución de los problemas planteados por tales avances tecnológicos. Como un ejemplo de la labor antes mencionada, la doctrina civil española debió determinar si la contratación por teléfono debía adecuarse a la contratación entre presentes o ausentes. En la actualidad la mayoría de los autores se inclinan por considerar la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes, sobre todo en consideración a que se trata de un proceso comunicacional ininterrumpido, criterio del que se habría valido el Código civil para determinar que la contratación telefónica es una especie de contratación entre presentes, en ese sentido: Carrascosa, Pozo, Rodríguez (1999) p. 25, Díez-Picazo (1999), p. 318, Martínez Gallego (2000), p. 137, entre otros autores.

26 Ramón (1997), p. 1.879. El autor sostiene que la adaptación de otras realidades como el télex o fax a la contratación, es una muestra de cómo el ordenamiento jurídico puede incorporar, a través del mismo proceso, otras realidades tecnológicas. En tal sentido señala: <<Existen ejemplos recientes, tales como la aceptación de la contratación por télex o fax, en los que ha hecho falta que la jurisprudencia se manifestase sobre su validez y aceptación para que la tranquilidad jurídica quede finalmente asentada, si bien unos cuantos años después de que dicha tecnología viniese siendo utilizada de modo masivo en el mundo de los normas>>. Continúa el autor citado: <<Cuando se analiza un contrato realizado a través de Internet, el mismo deberá recurrir las características básicas que se exigen a cualquier transacción al amparo de nuestro Código civil, esto es, consentimiento, objeto y causa. Los problemas se centran en cómo se acredita que la voluntad de las partes se ha prestado de modo efectivo, qué garantías existen en cuanto a su posible manipulación y, en definitiva, cómo puede probarse que hubo o no hubo contrato si el mismo es impugnado por una de las partes>>.

27 Así Cavanillas (1996), p. 269, pone de manifiesto como; <<el hecho informático puede hacernos <<repensar>> y modificar la teoría general del contrato. El hecho informático tiene una notable capacidad <<revolucionaria>> de las categorías jurídicas, no sólo en el campo de la teoría del contrato; por ejemplo, la categoría procesalista de <<documento >> ha debido ser repensada por estímulo del <<documento>> informático>>; De Miguel (2000), p. 291, ha dicho: <<La mera aplicabilidad a la contratación electrónica de las reglas generales no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica (por ejemplo, en lo relativo al momento de su perfeccionamiento) compromete el empleo de estos contratos en supuestos en los que el ordenamiento exige requisitos de forma específicos (la forma escrita -si bien no es frecuente que opere como presupuesto legal de la validez del contrato- plantea peculiares dificultades en un entorno digital y desmaterializado), y dificulta que este medio proporcione a los contratantes la confianza necesaria en sus relaciones por la falta de garantías sobre

ciertos elementos (identidad de la contraparte, prueba de la integridad del contenido del contrato). En consecuencia, para el pleno desarrollo de la contratación por Internet resulta necesaria la intervención legislativa.²⁸; Serrano, 2000, p. 282, señala: <<En ese sentido la doctrina -aun con algunas matizaciones- ha puesto de manifiesto la inadecuación, cuando no ya la verdadera insuficiencia, del modelo clásico del contrato (configurado en el Código Civil y en el Código de Comercio) para atender la multiplicidad de problemas que suscita la comercialización a distancia de bienes y servicios, máxime si tenemos en cuenta el espectacular crecimiento que ha experimentado en los últimos años esta modalidad de distribución>>; Álvarez-Cienfuegos (1999), p. 57, <<No obstante, no se nos oculta la urgencia de proceder a una modificación puntual pero rigurosa del libro IV del Código Civil para que los conceptos básicos del derecho de las obligaciones y los contratos acojan una realidad que dista mucho de la existente en 1889, cuando se publicó el Código>>..., <<Las nuevas formas de declaración de voluntad, la utilización de sistemas electrónicos que no sólo afectan al tiempo de concertación de las voluntades, sino también a la forma en que estas se manifiestan, el nuevo concepto de documento -hoy día el documento electrónico es una realidad en el derecho que se vive-, las formas y medios probatorios, muy alejadas de los esquemas del Código Civil, demandan una prudente pero enérgica reforma>>; y, Botana, Ruiz, Muñoz, (1999), p. 250: <<En suma, múltiples problemas derivados de la dificultad de aplicar conceptos y categorías jurídicas tradicionales a contratos realizados por los novedosos medios electrónicos>>.

28 En ese sentido Montero (1998), p. 143, señala, <<Las dificultades en torno a la determinación de lo que sea documento provienen de que la LEC y el CC no hicieron más que asumir la situación de las fuentes de prueba de su momento histórico, de modo que petrificaron esa situación sin perspectiva de futuro>>.

29 Gaete (2000), p. 134.

30 En nuestro trabajo: Contratos Electrónicos y Defensa del Consumidor, Ed. Marcial Pons, 2001, pp. 60 y ss, advertimos y tratamos con algún detenimiento la circunstancia que el negocio jurídico electrónico es, en muchas ocasiones, un contrato a distancia de carácter internacional, y las dificultades que se vislumbraban a la hora de aplicar la reglas clásicas de Derecho internacional privado contenidas tanto en el Código Civil español, como en el chileno, a la solución de tal clase de problemas debido a su manifiesta insuficiencia.

31 Gaete (2000), p. 134, de tal manera que es preciso determinar cuál es el momento y lugar de la formación del consentimiento para establecer la ley aplicable, el tribunal competente y su asignación a una justicia arbitral internacional.

32 En un sentido similar Jijena (1998), p. 1.497, estima que las nuevas tecnologías provocan en el Derecho los siguientes problemas: <<a) la formación del consentimiento en las operaciones o contratos vía redes; b) la firma electrónica o digital como sustituto de la tradicional firma escrita; c) la seguridad y privacidad de las transmisiones, sobre todo cuando los datos y los documentos sean de una especial naturaleza; d) la desmaterialización de los documentos escriturados en soporte papel; e) la naturaleza jurídica y la acreditación en juicio o valor probatorio de los documentos transmitidos a distancia, y f) las responsabilidades derivadas de la comisión de posibles ilícitos penales o delitos informáticos>>.

33 En ese sentido De Miguel (2000), pp. 313 y 314 expresa: <<La distinción se difumina como consecuencia del desarrollo de servicios de Internet, en particular la mensajería instantánea, que hacen posible el intercambio instantáneo y personal de mensajes escritos entre integrantes de una lista que se encuentran conectados en un momento determinado. En consecuencia, el empleo de este servicio para el intercambio de mensajes de texto parece hacer posible, frente a la regla general en el uso del correo electrónico, la formación instantánea y no sucesiva del contrato>>.

34 Prieto (1999), p. 437, en tal sentido señala: <<En esta realidad, cobra especial trascendencia las nuevas formas de concebir los negocios y formalizar los contratos, en los que las partes, valiéndose de las nuevas tecnologías, logran superar la hasta ahora inexpugnable barrera de tiempo y espacio que suponía la distancia, recurriendo el documento electrónico como respuesta para formalizar sus contratos, sin necesidad de requerir tan siquiera la presencia física de las partes.>>

35 Pinochet (2001), p. 57.

36 En tal sentido señala Davara (1997), p. 31, <<La contratación electrónica, o realizada por medios electrónicos, necesita rigurosos trabajos de investigación desde ópticas diferentes a las que aquí exponemos. Estamos seguros de que serán abordados y alumbrarán otros caminos. Como siempre, y más tratándose de un tema de comunicación, la eficacia de este trabajo y de otros que se realicen dependerán en gran parte de la atención y rigurosidad con que se hagan y de la predisposición hacia el mismo de los grupos a los que van destinados>>.

37 Se da frecuentemente como año de inicio de la era de la sociedad de la información el año 1991, en el que comienza el funcionamiento de Internet en los términos que hoy lo conocemos.

38 En dicho sentido Ramón (1997), p. 1.879, señala; <<... en el mundo del Derecho, donde prácticamente con carácter general siempre existe un desfase entre la realidad y su regulación normativa>>.

39 A ese respecto señala Álvarez-Cienfuegos (1999), p. 138: <<Asistimos con preocupación, a una <pérdida del protagonismo del Derecho Civil> en la formulación de los conceptos jurídicos fundamentales de la nueva sociedad que alumbra el avance de la tecnología. Las reformas que se avecinan, muchas de ellas ya incorporadas al ordenamiento de forma sectorial, nacen o prometen nacer desde el <derecho público>, si es que esta distinción sigue teniendo hoy día sentido, a la vista de la marginación del Derecho privado, tal como hasta ahora lo hemos entendido. Resulta preocupante observar la falta de protagonismo en todas estas iniciativas de la Comisión General de Codificación>>.

40 Bruselas, 11.07.2001, COM (2001) 398 final.

41 El grupo de Pavia ha publicado recientemente su proyecto preliminar de Código contractual europeo (European Contract Code - Preliminary draft, Universita di Pavia, 2001), sobre la base de la labor realizada por la Academia europea de especialistas en Derecho privado. Dicho texto, que contiene un conjunto de normas y soluciones

basadas en las leyes de los Estados miembros de la Unión Europea y Suiza, abarca los siguientes ámbitos: formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; cesación y extinción, y otras anomalías y recursos contractuales.

42 La Comisión sobre Derecho contractual europeo ("Commission on European Contract Law"), gran parte de cuya financiación procede de la Comisión Europea, ha publicado Principios del Derecho europeo en materia de contratos, partes I y II (Principles of European Contract Law Parts I and II, editado por Ole Lando y Hugh Beale titulado (Kluwer Law International, 2000) en el que se detallan principios comunes en los países de la Comunidad Europea relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; el cumplimiento, incumplimiento y los recursos, así como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes. En el texto se proponen posibles redacciones de normas comunes, acompañadas de un comentario y un análisis comparativo de cada una de ellas.

43 Se destaca también, entre las iniciativas académicas la labor efectuada por el "Grupo de estudio de un Código Civil Europeo", compuesto por expertos universitarios de los 15 Estados miembros y algunos países candidatos a la adhesión. Sus trabajos versan sobre los contratos de compraventa, de servicios y a largo plazo, las garantías, las obligaciones extracontractuales o la transmisión de propiedad de bienes mobiliarios, e incluyen un estudio comparativo destinado a facilitar la elaboración de un proyecto exhaustivo comentado sobre los ámbitos en cuestión.

44 De tal forma la situación existente en los últimos siglos podrá ser vista como una excepción al ámbito normal de vigencia del derecho civil europeo, etapa en la que debido al desarrollo de los nacionalismos su ámbito territorial se vio restringido, al ser dispersado en múltiples ordenamientos jurídicos de menor extensión territorial.

45 Asistimos en el mes de septiembre de 2001, al curso magistral <Los Principios del Derecho europeo de contratos>, dictado en la Universidad Menéndez Pelayo, Santander, España, por los catedráticos de Derecho Civil Luis Díez-Picazo y Antonio Manuel Morales Moreno.

46 Principios del Derecho contractual europeo, partes I y II, Principles of European Contract Law Parts I and II, Kluwer Law International, Ole Lando y Hugh Beale (eds.), 2000.

47 Paradójicamente muchas de las iniciativas unificadoras y actualizadoras del Derecho anteriores a las que actualmente se desarrollan, como por ejemplo la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, han partido desde la óptica del Derecho mercantil, <<Comercio Electrónico>>, pero como en realidad tiene normas que se refieren a un ámbito mucho más amplio, la <<Contratación Electrónica>>, su ámbito se ha acercado más al Derecho civil. Por lo demás, según lo explicado, el Derecho mercantil se encamina a solucionar sus conflictos, al menos en su parte general, con las disposiciones comunes del derecho civil europeo.