

# Un recorrido por las fuentes de la *lex informática*

*An Overview of the Sources of lex informatica*

*Uma volta pelas fontes da lex informatica*

David Namen- Baquero<sup>1</sup>

**Recibido:** 5 de julio de 2020

**Aprobado:** 26 de agosto de 2020

**Publicado:** 12 de enero de 2021

**Cómo citar este artículo:**

David Namen- Baquero. *Un recorrido por las fuentes de la lex informática*.

DIXI, vol. 23, n°. 1, enero-junio 2021, 1-29.

DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2021.01.06>

---

Artículo de reflexión. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2021.01.06>

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho Internacional Económico y de los Negocios de Georgetown University. Máster en Abogacía Digital y Nuevas Tecnologías de la Universidad de Salamanca. Docente-investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de Derecho Civil.

Correo electrónico: david.namen@uexternado.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8253-6890>



## Resumen

**Objetivo:** los escasos desarrollos normativos a nivel internacional y las iniciativas relativas a la armonización del derecho en el ámbito electrónico hacen necesaria su disciplina jurídica singular. El objetivo de este escrito busca identificar las fuentes de la denominada *lex informática*.

**Metodología:** el estudio parte de la definición de *lex informática*, luego se centra en las formas de regulación alternativa aplicadas al derecho informático y finaliza con la sistematización de las categorías sobre las cuales se podría edificar esta nueva disciplina.

**Conclusión:** la investigación permite concluir que ante la necesidad de una reglamentación apropiada se explore la posibilidad de que sean las entidades públicas y privadas las que interactúen a través del esquema de la coregulación en la consolidación de ese cuerpo normativo y que mientras eso ocurra, se continúe acudiendo a la costumbre y los principios generales del derecho para su desarrollo.

**Palabras clave:** autorregulación, coregulación, fuentes, *lex informática*.

## Abstract

**Objective:** The scarce normative developments at the international level and the initiatives related to the harmonization of the law in the electronic field, make necessary its singular legal discipline. The purpose of this paper is to identify the sources of the so-called *lex informática*.

**Methodology:** The study starts with the definition of *lex informática*, then focuses on the alternative forms of regulation applied to computer law and ends with the systematization of the categories on which this new discipline could be built.

**Conclusion:** The research leads to the conclusion that, in view of the need for an appropriate regulation, the possibility of public and private entities interacting through the co-regulation scheme in the consolidation of this normative body should be explored, and that while this is happening, the custom and general principles of law should continue to be used for its development.

**Keywords:** Self-regulation, co-regulation, sources, *lex informática*.

## Resumo

**Objetivo:** os escassos desenvolvimentos normativos a nível internacional e as iniciativas relacionadas com a harmonização do direito no domínio electrónico, tornam necessária à sua singular disciplina jurídica. O objetivo deste documento é identificar as fontes da chamada *lex informática*.

**Metodologia:** o estudo começa com a definição de *lex informática*, depois centra-se nas formas alternativas de regulação aplicadas ao direito informático e termina com a sistematização das categorias sobre as quais esta nova disciplina poderia ser construída.

**Conclusão:** a investigação permite concluir que, face à necessidade de uma reglamentação adequada, é explorada a possibilidade de entidades públicas e privadas interagirem através do esquema de co-regulamentação na consolidação deste organismo normativo, e que enquanto isto acontece, o costume e os princípios gerais do direito continuam a ser utilizados para o seu desenvolvimento.

**Palavras-chave:** auto-regulamentação, co-regulamentação, fontes, *lex informática*.

# INTRODUCCIÓN

La era digital que inició años atrás facilita las comunicaciones entre personas situadas en distintos territorios. Continuamente, se están desarrollando sistemas que buscan perfeccionar o superar los ya existentes. Este desarrollo implica que la normatividad deba ajustarse a los nuevos paradigmas que la tecnología representa.

Hasta tanto no existan normas precisas que disciplinen las transacciones cibernéticas, la comunidad jurídica propone varios esquemas de regulación alternativa. Las propuestas más llamativas aluden a la autorregulación o a la correulación. Sin embargo, estos modelos comportan un problema aún mayor y es el relativo a la obligatoriedad de esas normas, ya que estas harían parte del denominado *soft law*.

El propósito de este documento es introducir al lector en la denominada *lex informatica* e identificar algunas de sus fuentes. A efectos de lo anterior, el escrito comprenderá tres partes. En la primera, se abordará la noción de la *lex informatica*. En la segunda, se explorarán los mecanismos alternativos a la legislación convencional y se analizará cuál de estos esquemas es apto para regular las transacciones electrónicas transfronterizas. Por último, la tercera parte identificará algunas de las fuentes que compondrían la llamada *lex informatica*.

## I. NOCIÓN DE *LEX INFORMATICA*

"*Lex informática*", "*networkia*", "electrónica", "*cyberlaw*", "*digitalis*" son vocablos que surgen como respuesta a la necesidad de disciplinar las relaciones que ocurren vía internet y que tienen impacto en el ámbito jurídico.

La *lex informatica* parte de la misma premisa que se dio en la Edad Media: la necesidad de ajustar y crear normas jurídicas que respondan a los avances continuos de la sociedad. Para ese entonces, el comercio entre habitantes de diferentes países europeos, ante la negativa de que a las transacciones se les aplicara la *lex loci*, hizo menester la creación de un conjunto de normas que atendieran las necesidades propias de los comerciantes, denominada *lex mercatoria*.

Estos antecedentes históricos cobran nuevamente importancia en la actualidad; a pesar de que la *lex mercatoria* evolucionó, surgen inquietudes respecto a si este es el cuerpo normativo idóneo para regular las relaciones que ocurren a través de las plataformas virtuales o si los cambios ameritan un nuevo segmento de normas que respondan a la naturaleza de este medio.

Pese a que el internet se introdujo varios años atrás<sup>1</sup>, pocos han sido los intentos codificadores en torno a la *lex informatica*. No obstante, a nivel doctrinario de este tema ha despertado el interés de muchos.

Un primer sentido de la *lex informatica* parte de la concepción de que se trata de “[...] un cuerpo normativo internacional, compuesto por leyes y costumbres, aplicables a las transacciones electrónicas transfronterizas, creadas por y para los intervinientes de esas relaciones y aplicadas por los árbitros, previo consentimiento de las partes”<sup>2</sup>.

Para otros, se trata de “un conjunto de normas jurídicas informales que aplican en el contexto del comercio electrónico”<sup>3</sup>. En el mismo lineamiento, hay quienes sostienen que se trata de “un cuerpo normativo que gobierna el comportamiento humano en el ciberespacio”<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta las definiciones anteriores y para el propósito de este escrito, se entiende que la *lex informatica* alude a un conjunto de normas jurídicas que están en proceso de construcción, pensadas para disciplinar las transacciones transfronterizas del ámbito informático.

## II. FORMAS DE REGULACIÓN ALTERNATIVA Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO

La noción de *lex informatica* ya no es la mayor preocupación de la comunidad académica. Por el contrario, inquieta en mayor proporción la creación de normas jurídicas

- 
- 1 El internet tiene sus antecedentes en un programa de 1960 del Departamento de defensa del Gobierno estadounidense, denominado Arpanet. Este sistema buscaba facilitar la comunicación entre los militares mediante el envío de mensajes de datos que fueran capaces de soportar un ataque o una interceptación. Posteriormente, hacia 1993, se empezaría a comercializar este sistema de comunicación a través del servidor www. Para ampliar información al respecto, ver: Arnon Mefford. *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*. INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 1. 1997. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol5/iss1/11>
  - 2 Antonis Patrikios. *Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica*. THE UNIVERSITY OF TOLEDO LAW REVIEW 1. 2006. Pág. 5.
  - 3 Karim Benyekhelf, Vincent Gautrais y Guy Lefebvre. *Droit du commerce électronique et normes Applicables: L'émergence de la Lex Electronica = Electronic Commerce Law and Applicable Norms: The Emergence of the Lex Electronica*. INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL 5. 1997. Pág. 548.
  - 4 En esta corriente, véase: Daniel J. Ryan, Maeve Dion, Eneken Tikk y Julie J. C. H. Ryan. *International Cyberlaw: A Normative Approach*. GEORGETOWN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 42. 2011. Pág. 1161-1199.

que obedezcan a la naturaleza particular del entorno electrónico entendido en su contexto internacional.

Para disipar estas inquietudes, se ha planteado la posibilidad de explorar cuáles mecanismos alternativos a la legislación convencional<sup>5</sup> podrían satisfacer de mejor manera la naturaleza de ese entorno. De ahí que se examine la posibilidad de apelar a la autorregulación o corregulación, como medios idóneos para apaciguar la preocupación.

Como se sabe, una de las funciones principales que cumplen los Estados a través de sus órganos legislativos es la de proferir las normas que van a regir dentro sus límites fronterizos. En contadas oportunidades, se les permite a entidades privadas, expertas y con conocimientos altamente especializados desempeñar esa labor.

A escala internacional, esta técnica tiene mayor implementación y se conoce como *autorregulación*, un concepto que tiene sus orígenes en la psicología y que ha permeado otras áreas del conocimiento como el derecho. Desde su introducción a las ciencias jurídicas, han sido varias las aproximaciones y clasificaciones que se le han dado de esta noción, por lo que se hace difícil acuñar una definición totalizante de la figura.

En su sentido más prístino, la autorregulación hace alusión a la posibilidad que tienen los agentes de una relación jurídica de darse sus propias normas<sup>6</sup>. Esta definición, claramente, se concibe como una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, en la cual son las partes quienes fijan las normas que más se adecúen a sus intereses. No obstante, a medida que el concepto se fue acogiendo en el mundo jurídico, las clasificaciones y definiciones se tornarían más complejas; algunas de ellas incluso presentan el mismo concepto, pero con nombre distinto. Sobre este particular, múltiples han sido las clasificaciones que se han dado al respecto. Por ejemplo, Maximiliano Rodríguez Fernández refiere a la clasificación de Black en los siguientes términos:

---

5 Estos mecanismos de regulación alternativa han sido muy frecuentes en el derecho comunitario europeo. El primer antecedente data del 2003 con el "acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación", entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. No obstante, este acuerdo fue reemplazado en su integridad en mayo del 2016. Cfr. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas. *Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación*. 2003. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003Q1231\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003Q1231(01))

6 Dimitrios Koukiadis. RECONSTITUTING INTERNET NORMATIVITY: THE ROLE OF STATE, PRIVATE ACTORS, GLOBAL ONLINE COMMUNITY IN THE PRODUCTION OF LEGAL NORMS. Nomos Verlagsgesellschaft. (2015). Pág. 62.

BLACK, por ejemplo, señala que en la actualidad es posible diferenciar varios tipos de autorregulación, a saber: i. Autorregulación obligatoria (*mandated self-regulation*) que se presenta cuando un grupo, industria o profesión es requerida por el gobierno para formular y hacer efectivas normas que regulen las relaciones y comportamiento de sus miembros dentro del marco normativo definido previamente por el mismo Estado. [...]; ii. Autorregulación sancionada (*sanctioned self-regulation*) que se presenta cuando el mismo grupo, industria o profesión elabora una regulación que está sujeta al control previo y aprobación del Estado; iii. Autorregulación coercitiva (*coerced self-regulation*) que es aquella que se presenta cuando el grupo, industria o profesión elabora la regulación bajo el supuesto (amenaza) de que de no hacerlo el Estado emitirá normas imperativas, y; iv. Autorregulación voluntaria (*voluntary self-regulation*) que es aquella que se presenta cuando no existe intervención directa o indirecta del Estado en la promoción o elaboración de las normas creadas por el grupo, industria o profesión.<sup>7</sup>

Otros distinguen entre un enfoque “*top-down*” y uno “*bottom-up*”, como Eduard Best:

*A loose distinction is frequently made between more “top-down” and more “bottom-up” approaches. “Bottom-up” approaches consist of self-regulation which is initiated by stakeholders themselves (perhaps with a bit of prompting by the Commission) but which still takes place under the shadow of the law. The relationship can be simply one of Euro-acknowledgement of autonomous self-regulation in a particular sector or profession. So long as the resulting agreements do not conflict with European law or other policies, it may not seem necessary for anything at all to be done by the EU institutions, or indeed by national authorities. In other cases, it is more a case of the institutions and governments not being able to regulate alone, as in the case of consumer protection in electronic commerce, where self-regulation is understood more in terms of Codes of Conduct for Online Businesses, Trustmarks and Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms. More “top-down” approaches include the use of standards — that is, voluntary measures*

---

7 Maximiliano Rodríguez Fernández. *Concepto, alcance y estructura de la autorregulación en el mercado de valores colombiano*. REVISTA E-MERCATORIA 2. 2014. Pág. 6.

*which are adopted within the framework of legislative acts, in the spirit of the New Approach — and the implementation of Directives by voluntary agreements. The Commission's June 2002 Action Plan on Simplifying and Improving the Regulatory Environment is quite clear that what the Commission, at least, understands as "co-regulation" is essentially a means of implementation. This mechanism can offer advantages. It may "be appropriate in cases where flexible and/or urgent measures are necessary, provided that they do not require a uniform application in the Community and that they do not affect the conditions for competition"; and it can draw on the field experience of the parties concerned. However, it should only be used on the basis of a legislative act, and can be replaced by further legislation if necessary. This is not a view which is shared by everyone, and a lively debate can be expected.*<sup>8</sup>

Al no ser este el objeto del presente estudio, no se profundizará en todas esas clasificaciones, pero sí es preciso anotar que para efectos de este documento, la autorregulación partirá de la injerencia o participación que tengan las autoridades estatales en el desarrollo de los marcos normativos.

Lo anterior quiere decir que si en esa elaboración no hay participación alguna de entidades estatales, estaríamos hablando de una autorregulación voluntaria. Si por el contrario sí hay participación del Estado, así sea en un grado mínimo, estaríamos frente a lo que para algunos se conoce como corregulación, autorregulación obligatoria o parcialmente obligatoria.

## ***A. Autorregulación voluntaria***

En términos de J.-F. Lerouge, la autorregulación se centra en un conjunto de "normas voluntarias creadas por un grupo de personas o sus representantes para un ramo de actividades, conocidas por ellos y sujetas a sanción en caso de incumplimiento"<sup>9</sup>. En el marco institucional, la autorregulación comprendería la cooperación entre individuos, organizaciones o entidades privadas, con el fin de crear sus propias normas, sin presencia de autoridades del Estado<sup>10</sup>.

---

8 Edward Best. *Alternative Regulations or Complementary Methods? Evolving Options in European Governance*. EIPASCOPE 1. 2003. Pág. 2.

9 Jean-Francois Lerouge. *Internet Effective Rules: The Role of Self-Regulation*. KLUWER LAW INTERNATIONAL 8. 2001. Pág. 199.

10 Dimitrios Koukiadis, *supra*, nota 6.

Esta manifestación de la autorregulación es de gran importancia y ha sido acogida por varios instrumentos del derecho europeo comunitario, entre los cuales se destaca el acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación del año 2003, que definía la autorregulación en los siguientes términos:

22. Se entiende por autorregulación la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo (en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales).

Por regla general, estas iniciativas voluntarias no suponen una toma de posición por parte de las instituciones, en particular cuando se producen en ámbitos no regulados por los Tratados o en los que la Unión aún no ha legislado. En el marco de sus responsabilidades, la Comisión examinará las prácticas de autorregulación, con el fin de verificar su conformidad con las disposiciones del Tratado CE.<sup>11</sup>

Como se observa, la autorregulación hace parte de los llamados *mecanismos alternativos a la legislación convencional*, en los que las mismas partes son quienes activamente participan en la elaboración de marcos normativos por contar con los elementos necesarios que atañen al ramo de actividades de su desenvolvimiento.

La figura se ha empelado con mayor frecuencia en el ámbito económico. Como lo enseña Linda Senden, el European Advertising Standards Alliance (EASA) es un ejemplo de esta naturaleza y se trata de un código de conducta contentivo de unos principios generales relacionados con la publicidad en el espacio europeo.<sup>12</sup>

La efectividad que ha tenido este mecanismo sugiere la posibilidad de que no se descarte su adopción en otras ramas como la del derecho informático, pero el mayor inconveniente estaría dado por la fuerza vinculante que tendrían esas normas.

---

11 Cfr. Parlamento Europeo, *supra*, nota 5.

12 Linda Senden. *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?* ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 1. 2005. Pág. 17. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/discussions/Soft%20Law,%20Self-Regulation%20and%20Co-Regulation%20in%20European%20Law-Where%20do%20they%20meet.pdf>

## Clases

Esta modalidad de autorregulación puede adoptar varias formas, siendo las más comunes: los códigos de conducta y los contratos.

### *Códigos de conducta*

Los códigos de conducta son la mayor representación de la autorregulación. Mediante estos, organizaciones privadas en ciertas áreas cuentan con la competencia para expedir, monitorear y darles cumplimiento a las normas que regirán la conducta de los miembros dentro de esas organizaciones.

Como ejemplo de esta forma de autorregulación, se destacan los casos de asociaciones profesionales de médicos, donde es la misma entidad la que expide las normas y sanciona a sus miembros por supuestos incumplimientos.

### *Contratos*

En el enfoque contractual, las partes negocian los términos contractuales y crean sus propias normas conforme a sus intereses. Dentro de esa negociación, también se podrían integrar otros textos en el entramado contractual cuando las partes específicamente se refieran a él.

Esta modalidad es bastante amplia y coincide en su totalidad con la concepción genuina de la autorregulación.

## **B. Corregulación**

La corregulación podría decirse que es una "especie" de autorregulación. Sin embargo, se aparta del sentido originario de la noción en la medida en que en esta hay una participación activa del Estado y de los particulares en la creación de la legislación<sup>13</sup>.

El acuerdo interinstitucional del 2003 también consagra la corregulación y podría decirse que esta modalidad ha tenido mayor aplicación práctica que la

---

13 Frente a este punto, es preciso advertir que la intervención del Estado permite distinguir varios grados de corregulación. Si en esa intervención la autoridad Estatal les confiere a los particulares la competencia para legislar y darles cumplimiento las normas, se hablaría de una autorregulación completa obligatoria. Si por el contrario se confiere solamente una de esas dos competencias, la denominación sería autorregulación parcialmente obligatoria. *Cfr.* Neil Gunningham. INVESTIGATION OF INDUSTRY SELF-REGULATION IN WORKPLACE HEALTH AND SAFETY IN NEW ZELAND. OECD Publishing. (2013). Pág. 7. Disponible en: [http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/publications/attachments/2015-04/NG\\_investigation-industry-self-regulation-whss-nz\\_0.pdf](http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/publications/attachments/2015-04/NG_investigation-industry-self-regulation-whss-nz_0.pdf)

autorregulación. El acuerdo define la corregulación en los siguientes términos: “[...] una forma de regulación de las partes interesadas (*stakeholders*) promovida, orientada, dirigida o controlada por una tercera entidad, ya sea un organismo oficial o una entidad reguladora independiente, que usualmente dispone de competencias de supervisión y control y, en algunos casos, de la facultad de imponer sanciones”<sup>14</sup>.

Un sector de la doctrina afirma que la corregulación no sería propiamente un mecanismo alternativo a la regulación convencional, sino complementario<sup>15</sup>, porque supone la existencia de una habilitación legislativa que sería complementada posteriormente por otro órgano<sup>16</sup>.

La corregulación, como se mencionó, ha tenido mayor desarrollo que la autorregulación. En el derecho europeo ambiental, se destaca el caso de la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> en automotores de uso particular, caso en el que a través de directivas del Parlamento y del Consejo Europeo se trazaron unas pautas generales que más adelante fueron complementadas por particulares<sup>17</sup>.

No sobra decir que estos mecanismos podrían resultar idóneos para proponer estrategias normativas, tendientes a crear normas jurídicas que nutran la *lex informatica*.

### III. LA AUTORREGULACIÓN Y CORREGULACIÓN EN EL DERECHO INFORMÁTICO

Los mecanismos de regulación ya vistos permiten explorar varias estrategias tendientes a la creación de instituciones especializadas encargadas de sistematizar y elaborar marcos normativos internacionales aptos para el ciberespacio.

---

14 Parlamento Europeo, *supra*, nota 5.

15 Linda Senden, *supra*, nota 12. pág. 15.

16 Dimitrios Koukiadis, *supra*, nota 6, pág. 65. Esta modalidad es conocida por algunos como delegación normativa, que se caracteriza porque es el Estado, a través de una ley habilitante, el que le otorga la competencia a una entidad particular para que legisle, en razón a que esta posee los conocimientos necesarios en una materia que es de su experticia. Koukiadis señala dos ejemplos en los que se le ha dado aplicación a esta figura. El primero se consagra en el artículo 4 de la Directiva 2001/95, que hace alusión a la seguridad general de los productos, y el segundo se consagra en el artículo 12 de la Directiva 2003/6, que trata sobre el abuso en los mercados.

17 *Id.* Pág. 17.

La primera iniciativa proviene de las Naciones Unidas, a través de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (wsis) y el Grupo de Trabajo sobre el Gobierno de Internet (WGIG), liderada por el Departamento de Comercio de Estados Unidos<sup>18</sup>.

En concreto, esta iniciativa propone cuatro modelos que involucran la participación de Estados, entidades privadas y organizaciones no gubernamentales para reglamentar el internet:

- a) El primer modelo parte de la creación de un Consejo Global de Internet (Global Internet Council - GIC), integrado por miembros de los gobiernos con representación suficiente de todas las regiones. Este consejo asumiría las funciones que tiene el Departamento de Comercio de Estados Unidos sobre la ICANN<sup>19</sup> y sustituiría al Comité Asesor Gubernamental de la ICANN. El sector privado y la sociedad tan solo tendrían un papel asesor.
- b) En el segundo modelo, no hay necesidad de crear una nueva institución, sino que se le atribuirían mayores funciones y potestades al Comité Asesor Gubernamental de la ICANN, el cual interactuaría con un foro especializado, compuesto por organizaciones privadas, donde se tratarían aspectos relacionados con el desarrollo del internet.
- c) El tercer modelo propone la creación del Consejo Internacional de Internet (ICC) que se encargue de manejar todos los asuntos que son competencia de la ICANN y de la Agencia de Asignación de Número de Internet. En este modelo, el sector privado tendrá tan solo un papel secundario, pues serán los gobiernos quienes desempeñarán un papel activo en el establecimiento de esas políticas y asuntos del internet.
- d) Finalmente, el cuarto modelo se basa en la colaboración entre los Estados y las organizaciones privadas. Para ello, se crearían tres instituciones:
  - a) Consejo Global de Políticas del Internet (Global Internet Policy Council-GIPCP), encargado de elaborar las políticas públicas y las normas relativas al internet a escala internacional. Este consejo estaría dirigido por los gobiernos y el sector privado tan solo sería un espectador.

---

18 United Nations. REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTERNET GOVERNANCE. The United Nations Information and Communication Technologies Task Force. (2005). Disponible en: <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>

19 Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-INCANN).

- b) World Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (WICANN), responsable de las funciones que actualmente tiene la ICANN y liderado por el sector privado. Su función principal sería la de supervisar el funcionamiento técnico y operacional del internet.
- c) Global Internet Governance Forum (GIGF), el Foro Global de Gobernanza de Internet, tendría a su cargo la coordinación entre el sector privado, la sociedad civil y los gobiernos para garantizar igual participación política en el desarrollo del internet.

La iniciativa de la WGIG es de gran importancia. Como se aprecia, solo uno de estos cuatro modelos se inclinaría por el mecanismo de la autorregulación, los restantes parecieran responder más a la noción de la corregulación.

Pese a esta iniciativa, se resalta que en el fondo esta propuesta lo que hace es reproducir el modelo existente de la ICANN. Por tal razón, se propone que para consolidar una verdadera reglamentación del internet es necesario despojarse de la idea de que las organizaciones privadas se atribuyan unilateralmente el uso de potestades normativas, y sean los Estados quienes desempeñen un papel activo en la elaboración de esas normas, solo así se garantizaría que no haya una monopolización y un dominio del internet. Claro está, las organizaciones privadas no quedarían sin participación, solo que contribuirán en esa formación pero bajo otra modalidad<sup>20</sup>.

Dejando de lado la iniciativa de las Naciones Unidas, hay otras propuestas que pretenden superar esas críticas mediante la consolidación de una reglamentación que obedezca al esquema de la corregulación, en el que tanto los Estados como las organizaciones privadas tendrían un papel activo en el desarrollo de esa normatividad.

En esta corriente, se encuentra Dimitrios Koukiadis, quien reconoce la necesidad de que las normas relativas al internet provengan de una mixtura entre los gobiernos y las organizaciones privadas. De esa manera, se garantiza la perfecta combinación entre la flexibilidad que tiene el *soft law* con la legitimidad de los Estados *hard law*.

Para materializar esta propuesta, se parte de la creación de un tratado internacional en el que todos los sectores, es decir, los Estados, las organizaciones privadas

---

20 Dimitrios Koukiadis, *supra*, nota 6, pág. 296. "*In order to accomplish a truly new model of internet regulation, we need to free our thinking of having a private corporation which simply through private law contracts – with take or leave it- contractual terms exercises unilaterally public authority, we need to liberate our argumentation of the fact that we should have a private actor given the leading role of carrying out functions of public character, administering monarchically a common and public good, such as the access to internet, and interpreting on its own merit fundamental legal principles that serve the basic normative of society*".

y la sociedad, tengan igualdad de oportunidades para ser escuchados en el desarrollo de las normas que compondrían la *lex informática*.

La propuesta se concreta en tres fases cronológicas denominadas "antes", "durante" y "después"<sup>21</sup>. La primera fase requiere la participación activa de la sociedad civil y de las organizaciones privadas. Serán estas las que tendrán la labor de coordinar y crear un plan de acción que facilite la comunicación entre los distintos agentes que participarán en el proceso<sup>22</sup>.

La segunda fase se enfocará en las negociaciones entre los delegados de los Estados, las organizaciones privadas, la industria y la ciudadanía, es decir, de todos aquellos que están interesados en el desarrollo de las políticas relacionadas con el internet y que tendrán a su cargo la redacción de un documento preliminar que condense todas esas políticas<sup>23</sup>.

En la última fase<sup>24</sup>, serán los representantes de los Estados quienes ocuparán la participación central, pues deberán velar por la adopción del documento final. Los demás agentes tendrán una participación limitada que se centra en funciones de apoyo. La razón por la cual se limita la participación de otros agentes en la fase final no solo obedece a la legitimidad de las autoridades estatales, sino también es para evitar exagerados tecnicismos en los textos.

Logrado el acuerdo final, los Estados deberán adherirse a él y seguirá la etapa de implementación, que traerá consigo la creación de algunos órganos especializados,

---

21 *Id.* Pág. 309. "The roles and responsibilities of all the principal stakeholders in a treaty law-making sequence- states/governments, private sector, civil society-should be broken down into three phases, namely, 'before', 'during' and 'after'".

22 *Id.* "The 'before' phase is where all stakeholders have an active role. This phase consists of agenda setting, creation of a framework action, development of policy proposals, guidelines and tools for negotiations, facilitating network building, and mobilizing citizens in active participation".

23 *Id.* "The 'during' phase is the most important phase concerning the content of the potential regulatory regime, and the comprehensiveness of participation. In that phase negotiations themselves takes place among all the participants. State representatives as well as delegates of the epistemic community, technical standardization, organizations, technology experts, NGOs, industry delegates, interest groups of citizens, all participate in a discussion on national and international policy development and on the protection and balancing of fundamental rights such as freedom of speech, personality and privacy, negotiate on the adoption of laws, regulations and standards, and contribute to drafting a resolution concerning the normative framework of internet communication".

24 *Id.* Pág. 310. "The 'after' negotiation phase consists of the adoption of the final laws or regulations which will constitute the new internet's legal regime. In that phase, the state/government's representatives play the leading role while the delegates of all other entities acquire a supporting role. The final decision and final drafting of the prospective law is left, primarily, into the realm of state's representatives".

como una Corte Internacional de Internet<sup>25</sup> que velará por la aplicación del acuerdo y servirá de guía para árbitros internacionales y jueces nacionales en la materia.

En definitiva, de estas propuestas de regulación se estima más acertada aquella que acoge la corregulación e involucra la participación de todos los sectores en el desarrollo de la normatividad, ya que no solo los Estados estarían contribuyendo en la formación de esa reglamentación; también se tendrían en cuenta las inquietudes, observaciones y anotaciones de los distintos agentes del sector privado, que con su experticia enriquecerían los textos.

## IV. FUENTES DE LA LEY INFORMÁTICA

Como se ha observado, la "*lex informatica*" es de reciente creación y los modelos que se proponen para su regulación están en desarrollo. Por ello, la tarea de identificar sus fuentes presenta inconvenientes. En la mayoría de los casos, se trata de instrumentos que han sido proferidos por organizaciones internacionales de carácter privado y que no tienen efectos vinculantes. No obstante lo expresado, bien podrían señalarse las siguientes:

### A. Instrumentos internacionales

#### 1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Se ha dicho que las iniciativas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI) podrían ser fuentes potenciales de la *lex informatica*. Si bien estos documentos carecen de efectos vinculantes, sí podrían tenerlos si son adoptados internamente por los Estados. Los ejemplos más destacables de estas iniciativas en el ámbito informático los constituyen la ley modelo de comercio electrónico<sup>26</sup> y la ley modelo de firmas electrónicas<sup>27</sup>.

---

25 *Id.* Pág. 325. "An initial proposal, following the paradigm of the Court of the European Union, would be the creation of a new court, for example the Court of Internet Jurisprudence (CIJ), which would work as an international/transnational institution for judges, as well as, arbitrators to seek guidance from their peers through a preliminary question facility".

26 Actualmente, esta ley ha sido acogida por 67 Estados. *Cfr.* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO 1996. Naciones Unidas. (1999). Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf)

27 Se ha aprobado en 32 Estados. *Cfr.* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE FIRMAS ELECTRÓNICAS 2001. Naciones Unidas.

La primera de estas recoge, entre otros aspectos, los usos y costumbres que se han venido desarrollando en el ámbito informático. Por ejemplo, consagra definiciones generales de comercio electrónico, la formación del contrato electrónico, el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y su eficacia probatoria. La segunda complementa la ley modelo sobre comercio electrónico y formula técnicas encaminadas a mejorar la autenticación de los intervinientes en las transacciones electrónicas.

Otro instrumento de la CNUDMI que es de reciente creación, y que podría ser parte del marco normativo de la *lex informatica*, es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Este instrumento, acogido por siete países, contiene una serie de principios tendientes a eliminar los obstáculos que pueden presentarse en las comunicaciones electrónicas para la concreción de contratos internacionales que tengan un soporte telemático<sup>28</sup>.

Aunque estos instrumentos no tengan carácter de obligatoriedad, sí podrían llegar a considerarse como fuentes del derecho informático internacional. Su incorporación en las legislaciones internas no solo facilitaría la existencia de unos criterios homogéneos referentes a las operaciones electrónicas, sino que también reflejarían una expresión del derecho consuetudinario informático.

## 2. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers - Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (en adelante ICANN/UDRP)

También, se analiza la posibilidad de que a través de la UDRP de la ICANN se expidan normas que puedan ser parte de la *lex informatica*. No obstante, esta opinión no es del todo compartida. El argumento central de los detractores de esta posición estriba en el hecho de que esta organización es de carácter privado y, por tanto, las normas que sean producto de la UDRP tan solo serían "*soft law*"<sup>29</sup>.

Por su parte, quienes se inclinan por considerar que estas normas sí podrían ser parte de la *lex informatica* sustentan su posición en que las decisiones de la UDRP, al ser opiniones generalizadas, no solo contribuirían a la formación de reglas en el

---

(2002). Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elec-sig-s.pdf>

28 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES 2005. Naciones Unidas (2007). Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf)

29 Antonis Patrikios, *supra*, nota 2, pág. 20.

contexto negocial, sino que a su vez, por no ser fruto de una legislación en particular, podrían tener mayor reconocimiento en la comunidad internacional<sup>30</sup>.

Pese al carácter privado de esta organización y ante la negativa de algunos por considerar que sus normas no podrían tenerse en cuenta por los árbitros al momento de resolver una controversia, lo cierto es que la UDRP es bastante efectiva en la resolución de conflictos relacionados con los dominios de internet, y entre sus funciones está la de emitir normas que reflejen una práctica en particular.

## B. Instrumentos contractuales

Los instrumentos contractuales serían otra manifestación de lo que comentábamos a propósito de los mecanismos que estarían al servicio del derecho para crear normas jurídicas atinentes al ámbito informático, solo que en este caso serían la máxima expresión de la autorregulación.

### 1. Código de conducta

Teniendo en cuenta la definición de códigos de conducta que se expresó en la sección anterior, podría decirse que estos también serían parte de las fuentes de producción de la *lex informatica*. Sin embargo, debe aclararse que no todos los códigos de conducta tendrían esa naturaleza, sino solo aquellos que tracen principios concernientes al ciberespacio y particularmente a las transacciones internacionales.

El primer antecedente de esta práctica, y con relevancia en el derecho informático, lo viene a constituir la iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional del año 1987 mediante la elaboración del proyecto UNCID, relativo la transmisión de mensajes electrónicos<sup>31</sup>. Esta iniciativa se edificó como una herramienta eficaz para facilitar el intercambio de mensajes electrónicos cuando los intervinientes tuvieran su domicilio principal en distintos Estados.

Este antecedente fue la base para que en años posteriores se profirieran otros instrumentos de igual naturaleza pero más específicos. Así, se hallan, entre otros, las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Ocde) sobre protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico<sup>32</sup>.

---

30 *Id.*

31 *Id.* Pág. 25

32 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Recomendación del Consejo de la OCDE Relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico*. 1999. Disponible en: <https://www.oecd.org/sti/consumer/34023784.pdf>

## 2. Contratos estándar

Los contratos estándar son aquellos en los que el contenido ya está definido de manera uniforme, convergente y según un modelo único para todas las relaciones de su tipo. Estos contratos ostentan relevancia para el derecho informático cuando se desarrollan a través del intercambio electrónico de datos (en adelante EDI).

Los contratos estándar se implementan con frecuencia en el comercio internacional. En muchos de los casos, incorporan reglas de carácter internacional, como los principios UNIDROIT e ICONTERMS y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, entre otros.

En el ámbito de la *lex informatica*, varios instrumentos están al alcance de las partes y pueden ser incorporados en el contrato. Por nombrar algunos, están los siguientes:

### 2.1. *icc eTerms 2004*<sup>33</sup>

Se trata de un documento elaborado por la Cámara de Comercio Internacional, en el que se señalan unos principios básicos que buscan otorgarles seguridad jurídica a los contratos que concluyen a través de medios electrónicos.

La incorporación de estos términos puede darse por las partes mediante la utilización de los contratos-forma y sirve para cualquier tipo de contrato, incluso para aquellos que impliquen la venta o disposición de bienes, derechos o servicios.

### 2.2. *GUIDEC (General usage for international digitally ensured commerce)*

Al igual que los *eTerms*, la Cámara de Comercio Internacional redactó otro documento conocido como *GUIDEC*<sup>34</sup>. Este documento busca condensar principios de los sistemas del *common law* y el *civil law* en materia de contratación internacional electrónica.

A su vez, reconoce la importancia del intercambio de mensajes electrónicos y brinda unas pautas esenciales respecto a la seguridad que debe estar presente en este tipo de transacciones.

Sin duda alguna, los contratos estándar hacen parte de la *lex informatica* y son instrumentos idóneos que les otorgan flexibilidad a los contratantes a la hora de

---

33 Cfr. International Chamber of Commerce (icc). *icc guide for E-Contracting*. 2004. Disponible en: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>

34 Cfr. International Chamber of Commerce (icc). *General Usage for International Digitally Ensured Commerce*. 1997. Disponible en: <https://cryptome.org/jya/guidec2.htm>

disciplinar sus intereses. Estos instrumentos, al ser parte integral del texto contractual, cobrarían obligatoriedad y en caso de no atenerse a lo pactado generarían consecuencias legales que podrían ser exigibles a través de un tribunal de arbitramento internacional.

## C. Costumbre

La importancia de los usos y costumbres es vital para el derecho internacional. En efecto, gran cantidad de instituciones jurídicas han surgido de las costumbres y posteriormente han sido recogidas por instituciones internacionales.

En el ámbito del derecho internacional público, la costumbre se reconoce en importantes textos normativos como fuente del derecho. Así el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia preceptúa: "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho [...]"<sup>35</sup>.

En la esfera del derecho comercial internacional, la costumbre ha sido entendida como: "[...] aquellas prácticas comerciales, usos o estándares que son ampliamente conocidos y que los empresarios que se dedican al comercio internacional esperan que su contraparte las observe, con la característica de que estas son formuladas por agencias internacionales, como la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa u otras asociaciones comerciales internacionales"<sup>36</sup>.

Estas expresiones de costumbre en el derecho internacional permiten reafirmar su importancia como fuente del derecho y entenderla como una norma vinculante, siempre que se traduzca en una práctica generalizada y tenga aceptación dentro de la comunidad.

---

35 Corte Internacional de Justicia (CIJ). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/>

36 "According to Schmitthoff, international trade law is derived from two sources: International legislation and international custom. Describing international commercial custom, he stated: 'International custom consists of commercial practices, usages or standards, which are so widely used that businessmen engaged in international trade expect their contracting parties to conform with them and which are formulated by international agencies, such as International Chamber of Commerce, or United Nations Economic Commission for Europe, or international trade associations'". Cfr. Paul P. Polanski y Robert B. Johnston. *International Custom as a Source of Law in Global Electronic Commerce*. PROCEEDINGS OF THE 35TH ANNUAL HAWAII INTERNATIONAL CONFERENCE ON SYSTEM SCIENCES. Enero 7-10 de 2002. Big Island, Hawaii. Pág. 3. Disponible en: <https://www.computer.org/csdl/proceedings/hicss/2002/1435/07/14350166.pdf>

Trasladando esta noción al plano de la *lex informatica*, se ha sugerido que el concepto necesariamente deberá sufrir variaciones para poder adaptarse al contexto informático. Lo anterior, porque las transacciones que se efectúan vía internet son instantáneas y eso hace que algunos elementos que componen a la costumbre se desarrollen de una manera más expedita que en el comercio tradicional.

Una definición que responde a estas adaptaciones es la que presenta P. Polanski, quien estima que: "[...] una costumbre en el comercio electrónico internacional (*e-custom*) puede definirse como una práctica legalmente relevante que surge a través de las negociaciones electrónicas y que es suficientemente difundida como para justificar las expectativas de que se cumpla"<sup>37</sup>.

La definición de costumbre electrónica (*e-custom*), al igual que en otras disciplinas del derecho, lleva implícito que esas prácticas sean conocidas en el tiempo. Esto quiere decir que para que la costumbre vaya adquiriendo su firmeza es necesario que sea conocida por la comunidad. Para el caso de la *lex informatica*, la inmediatez con la que ocurren las transacciones electrónicas hace que los tiempos sean más cortos que en el comercio tradicional, por lo que las costumbres electrónicas podrían ser conocidas y tornarse vinculantes en menor tiempo.

La costumbre va acompañada de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo o material refiere a ese comportamiento reiterado en la comunidad, en general público y uniforme. Por su parte, el elemento subjetivo o psicológico es la convicción de ajustar la conducta a ese comportamiento por considerarlo vinculante.

El segundo elemento es objeto de discusiones en el plano informático. En efecto, se estima que ese componente es incompatible con las transacciones electrónicas, porque en muchos casos las respuestas en los servidores son automáticas y los usuarios finales podrían permanecer ocultos, lo cual hace difícil probar que el sujeto quería realmente ajustar su conducta a ese comportamiento. Por tal razón, se sugiere que únicamente se tenga en cuenta el elemento objetivo, entendiendo que son los usuarios con sus comportamientos los que van contribuyendo a la consolidación de las costumbres y que posteriormente podrían ser recogidas por instituciones internacionales.

---

37 *"An international electronic commerce custom (e-custom) can be defined as a legally relevant practice of trading on the internet, which is sufficiently widespread as to justify the expectations that it should be observed". Cfr. Antonis Patrikios, supra, nota 2, pág. 183.*

También, debe mencionarse que varios autores reconocen que los protocolos de seguridad y las confirmaciones de que una transacción se realizó son costumbres electrónicas que buscan proteger la confidencialidad e integridad del intercambio que ocurre vía internet<sup>38</sup>.

En ese orden de ideas, a medida que el comercio electrónico vaya operando, mayores serán las costumbres que se vayan creando, y las instituciones internacionales cumplirán una labor preponderante, pues serán las encargadas de recogerlas y otorgarles publicidad.

### *D. Los principios generales del derecho comercial internacional*

Sin importar de qué manera se aborde la noción de principio, ya sea como enunciado normativo o como verdad absoluta, lo cierto es que en el ámbito del derecho comercial internacional ocupa un papel preponderante al integrarse dentro de sus fuentes y complementar los vacíos normativos que puedan existir.

En la esfera de la *lex mercatoria*, varios son los principios propios con reconocimiento global y que pueden aplicarse a las relaciones electrónicas: entre otros, el de la "buena fe", "*pacta sunt servanda*" y "libertad contractual".

El principio de la "buena fe" se entiende no desde su esfera subjetiva sino objetiva como una "regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado"<sup>39</sup>.

El principio de la buena fe en el espacio cibernético no solo reforzaría la confianza de los sujetos contratantes, sino que además estaría presente en todas las fases contractuales, y en caso de no acatarse por los intervinientes de esa relación, se traduciría en una falta.

---

38 "It is the common practice nowadays that nearly all banking transactions on the Internet are secured, mainly through the use of cryptography. The permanent presence of computer hackers that browse the Internet in order to intercept valuable financial data made the e-commerce a highly risky and vulnerable environment. On the other hand there is no international regulation that would force IT developers to use cryptography or other security techniques in order to protect the flow of information over the Internet channel". Cfr. Paul P. Polanski y Robert B. Johnston, *supra*, nota 36, pág. 5.

39 Martha Lucía Neme. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales Conceptos. REVISTA DE DERECHO PRIVADO 17. 2009. Pág. 50. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/410>

Por su parte, el principio de "*pacta sunt servanda*" implica el sometimiento voluntario de las partes de atenerse a lo pactado. Esto quiere decir que las partes podrían introducir, en el entramado contractual, parámetros específicos para las relaciones electrónicas y en caso de que no sean observados podrían buscar su cumplimiento forzoso a través de instancias internacionales, como un tribunal de arbitramento.

Al lado de estos dos principios, la "libertad contractual" comprende la "libertad de formas", es decir, la posibilidad que tienen las partes de escoger libremente la forma del contrato, sin ningún tipo de rigorismos o formalismos que entorpezcan la disposición de sus intereses.

Al tratarse de la *lex informatica*, la libertad contractual autoriza a las partes a crear nuevos tipos contractuales cada vez más especializados, siempre que obedezcan a intereses dignos de reconocimiento y no confluyan en figuras carentes de utilidad. Por ejemplo, el *open software*<sup>40</sup> *podría ser uno de estos, pues les permite a los usuarios adaptar libremente el contenido de las licencias que les son otorgadas por el fabricante.*

*Si bien esos principios que surten a la lex mercatoria* podrían ser trasladados a la *lex informatica*, la especialidad de las transacciones electrónicas hace necesaria la creación de unos principios básicos que sean más acordes a su naturaleza.

Quizás el primer antecedente que busca consagrar unos principios neutrales de la *lex informatica* es la "*netiquette*"<sup>41</sup>, vocablo que surge de la combinación de "*internet*" con "*etiquette*". Se trata de un concepto que, además de recoger unos usos, alude a unos principios básicos aplicables a las transacciones electrónicas; se dio a conocer por Arlene Rinaldi, aproximadamente en 1994. Los principios que componen la *netiquette* son:

1. No se debe utilizar la red para dañar a nadie ni para causar perjuicios.
2. No se debe interferir el trabajo de otras personas que utilizan la red.

---

40 "El *software* abierto, también llamado de código abierto o en inglés *open source*, se basa en los programas cuyo código no es secreto ni está sujeto a ningún tipo de licencia. Esto implica que se puede usar, cambiar y distribuir del modo que uno desee, sin ningún tipo de trabas. Los programadores de una aplicación entregan el programa a los usuarios, pero además enseñan, por así decirlo, sus tripas, su código, para que otros programadores puedan ver cómo funciona, cómo han trabajado e incluso para que puedan cambiarlo, mejorarlo o distribuirlo entre más gente". *Cfr. Definición de software abierto*. BLOG MASTER MAGAZINE. 2020. Disponible en: <http://www.mastermagazine.info/termino/15434.php>

41 Miguel Zapata. *Las buenas maneras en Internet*. REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS FILOLÓGICOS 5. 2002. Disponible en: [http://www.um.es/tonosdigital/znum5/bm/buenas\\_maneras%20vers%20Nov.htm](http://www.um.es/tonosdigital/znum5/bm/buenas_maneras%20vers%20Nov.htm)

3. Se debe respetar la información de los otros, sus archivos, documentos, etc. No modificarlos ni destruirlos.
4. No se debe utilizar la red para robar.
5. No se debe utilizar la red para dar falso testimonio, difundir infundios, calumnias u otras informaciones que dañen el prestigio o la honra de la gente.
6. No se debe usar, copiar, ceder ni aceptar *software* por el que no se ha pagado o por el que no se cuenta con el permiso explícito, efectivo y detallado de sus autores o propietarios para hacerlo.
7. No se deben utilizar recursos de la red, de otras personas, sin su autorización.
8. Nadie debe apropiarse del trabajo intelectual ni de la creación de otras personas de la red.
9. Siempre hay que reflexionar sobre las consecuencias sociales, y sobre la comunidad, de lo que se escribe o de lo que se crea.
10. Siempre se ha de utilizar la red mostrando consideración y respeto hacia los demás.

A pesar de este importante antecedente, se duda acerca de su pertinencia para la *lex informatica*. En efecto, hay quienes sostienen que estos principios son muy informales y no responden con certeza a la necesidad del ciberespacio. A su vez, la introducción de los dominios informáticos no hace que estas normas se materialicen con facilidad<sup>42</sup>.

Por último, las iniciativas que han tenido los organismos internacionales en cuanto a la armonización del derecho internacional privado, como la CNDUMI, permiten identificar unos principios que son propios, aplicables a las transacciones electrónicas, *verbi gratia*, el de la "equivalencia funcional" y el de la "neutralidad tecnológica".

Conforme al principio de la equivalencia funcional, los actos que se ejecuten a través de plataformas virtuales tendrán la misma validez que aquellos que se realizan de manera tradicional, es decir, por escrito. Este principio es ampliamente recogido por las leyes modelos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, por ejemplo, la Ley Modelo sobre comercio electrónico de la CNUDMI lo consagra en el artículo 5<sup>43</sup>; la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional lo

---

42 Karim Benyekhelf, Vincent Gautrais y Guy Lefebvre, *supra*, nota 3, pág. 573.

43 "Artículo 5. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos". *Cfr.* Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, *supra*, nota 26.

hace en el artículo 7<sup>44</sup>; y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales lo hace en el artículo 8.1<sup>45</sup>.

Finalmente, la “neutralidad tecnológica” responde al concepto de *diacronía*, pues la legislación no solo debe tener en cuenta la tecnología que la inspiró, sino que además debe ajustarse a las tecnologías que continúan desarrollándose o están por hacerlo. En realidad, el trasfondo de este principio es un imperativo que obliga a que las normas estén en función de los avances tecnológicos con el fin de evitar que estas caigan en desuso.

En varios documentos de la CNUDMI, se hace mención a este principio. Por ejemplo, el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales lo desarrolla así:

47. El principio de neutralidad tecnológica significa que la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas pretende abarcar todas las situaciones de hecho en que la información se genera, archiva o transmite en forma de comunicaciones electrónicas, independientemente de la tecnología o del medio que se haya utilizado. A tal efecto, las reglas de la Convención son reglas “neutrales”; es decir, no dependen de la utilización de determinados tipos de tecnología ni la presuponen y podrían aplicarse a la comunicación y al archivo de cualquier tipo de información.

48. La neutralidad tecnológica es particularmente importante habida cuenta de la velocidad de la innovación y del desarrollo tecnológicos, y contribuye a asegurar que la ley dará cabida a las futuras novedades

---

44 “Opción 1. Art. 7.4, 4). El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por ‘comunicación electrónica’ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Cfr. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL 1985, CON LAS ENMIENDAS APROBADAS EN 2006. Naciones Unidas. (2008). Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

45 “Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas. 1. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica”. Cfr. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, *supra*, nota 27.

tecnológicas y evitar que caiga rápidamente en desuso. Una de las consecuencias del enfoque dado a la Convención, similar al que se adoptó en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que precedió a la Convención, fue la adopción de una terminología nueva, encaminada a evitar toda referencia a medios técnicos concretos de transmisión o archivo de información. En efecto, si el texto excluyera directa o indirectamente alguna forma o algún medio mediante una limitación del alcance de la Convención, iría en contra del objetivo de establecer reglas tecnológicas verdaderamente neutrales. Por último, la neutralidad tecnológica abarca también el concepto de “neutralidad de los medios”, pues la redacción de la Convención se ha concebido de manera tal que se faciliten los medios de comunicación “sin papel”, previendo criterios para que esos medios puedan equipararse a documentos sobre papel, pero la Convención no tiene la finalidad de alterar las reglas tradicionales que rigen las comunicaciones sobre papel ni de crear reglas sustantivas diferenciadas para las comunicaciones electrónicas.

49. El afán de promover la neutralidad de los medios suscita otras cuestiones importantes. En el mundo de los documentos sobre papel, es imposible garantizar la seguridad absoluta frente al fraude y los errores de transmisión. En principio existe el mismo riesgo en las comunicaciones electrónicas. Cabía concebir que la ley tratara de reflejar las estrictas medidas de seguridad que se utilizan en las comunicaciones entre computadoras. No obstante, podía resultar más apropiado graduar los requisitos de seguridad dividiéndolos en pasos, siguiendo un modelo similar a los grados de seguridad jurídica que se encuentran en el mundo del papel, y respetar la graduación del valor, por ejemplo, de las firmas manuscritas consignadas en los documentos de un simple contrato y de un acta notarial. De ahí el concepto flexible de fiabilidad “apropiada para los fines para los que se generó la comunicación electrónica”, tal como se establece en el artículo 9<sup>46</sup>.

Indiscutiblemente, los principios desempeñan un papel importante para la *lex informatica*. Además de complementar las transacciones electrónicas, su especificidad exigirá cada vez más la creación de otros que se ajusten a su naturaleza.

---

46 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, *supra*, nota 27, pág. 29-30.

## E. *Laudos internacionales*

Los laudos emitidos por paneles arbitrales internacionales que compilan los usos propios de las transacciones electrónicas transfronterizas y que reiteradamente reflejan la aplicación de estos, indudablemente, podrían contribuir en el proceso de formación de la *lex informatica*.

Sobre este particular, llama la atención que cada día es más común la creación de instituciones que buscan adelantar el arbitraje de manera virtual. Parte de estas instituciones están representadas por Virtual Courthouse, net-ARB y WebFile de la AAA.

Los procedimientos que se lleven a cabo por conducto de estas instituciones y que culminen en laudos que reflejen la aplicación de los principios que rigen las relaciones cibernéticas podrían ser considerados parte integral de la *lex informatica*. Sin embargo, al ser el comercio electrónico una creación muy reciente, debe esperarse a que se resuelvan más casos que permitan evidenciar la aplicación de estas prácticas, y por tanto, su difusión podrá tardar.

## F. *Hacia una “declaración universal de los derechos del ciberespacio”*

No puede dejarse de lado, en este breve recorrido por las fuentes de la *lex informatica*, el planteamiento que se efectuó en el aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 acerca de crear una “Declaración Universal de los Derechos del Ciberespacio”.

Esta propuesta inicialmente fue efectuada por Robert B. Gelman con el nombre “Declaración Universal de los Derechos del Ciberespacio”, el 12 de noviembre de 1997. Este primer intento condensó la importancia del internet junto con los principios de igualdad, intimidad, privacidad, seguridad y acceso a la información.

Esta primera aproximación serviría como sustento para que, posteriormente, otros doctos en el tema como el profesor Emilio Suñé Llinás redactaran su propia versión de la declaración en el año 2008. En esta nueva versión, se intenta enriquecer el texto inicial al proporcionar definiciones más puntuales. La convención inicia con unas declaraciones generales para luego consagrar, en diecisiete artículos, los siguientes principios: libertad de información, prohibición de monopolios, inviolabilidad de la información, protección a menores, habeas data, dignidad de la persona y protección al patrimonio<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. Emilio Suñé Llinás. *DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL CIBERESPACIO. INFORMÁTICA JURÍDICA Y DERECHO DE LA INFORMÁTICA*. Editorial Universidad Complutense de Madrid. (2009). Disponible en: <http://oiprodat.com/2013/04/22/constitucion-del-ciberespacio/>

Pese al esfuerzo de exaltar la importancia del ciberespacio y de enmarcar los derechos humanos bajo ese contexto, las respuestas en torno a la declaración han sido insatisfactorias. Por lo anterior, aún continúan los esfuerzos por materializar estas ideas y lograr su aceptación global.

## V. CONCLUSIONES

Las anotaciones anteriores permiten exaltar la importancia de contar con una reglamentación en el campo del derecho informático.

Las iniciativas actuales buscan, mediante mecanismos alternativos a las legislaciones internas de cada país, consolidar un texto normativo que no se centre en un solo Estado, sino que cobije la mayor cantidad de ellos. Con lo anterior, se busca que las reglamentaciones propias del internet no sean monopolizadas por un solo Estado, sino que sea producto de un consenso entre todos los agentes que se desenvuelven en el medio.

De todas las iniciativas de autorregulación, el modelo que mejor responde a esa colaboración entre todos los sectores es el de la corregulación. Este mecanismo no solo involucra a todos los agentes, sino que también permite otorgarles funciones propias que, sin duda alguna, contribuirían en la formación coordinada de políticas fundamentadas relativas al derecho informático.

Mientras se logra concretar estas estrategias, no puede desconocerse que la costumbre y los principios generales del derecho continuarán siendo las manifestaciones más palpables de la *lex informatica*. A su vez, las agencias internacionales del comercio internacional continuarán ocupando un papel fundamental en la compilación de las costumbres informáticas que rápidamente se vayan formando.

Así mismo, debe resaltarse que la "costumbre" en el ámbito informático necesariamente sufrirá unos cambios en cuanto a los elementos que la integran. En efecto, el entorno electrónico no permite visualizar con certeza la presencia del elemento subjetivo y dificulta su prueba en la mayoría de los casos. De ahí que se sugiera únicamente el elemento objetivo para su formación.

Por último, debe resaltarse que la especificidad de las transacciones electrónicas irá inspirando cada vez más la creación de figuras propias que obedezcan a su naturaleza. Esta circunstancia obliga a que el derecho esté en función de la tecnología para que, de esa forma, se evite la producción de normas jurídicas que en poco tiempo caerán en desuso.

## REFERENCIAS

Arnon Mefford. *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*. INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 1. 1997. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol5/iss1/11>

Antonis Patrikios. *Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica*. THE UNIVERSITY OF TOLEDO LAW REVIEW 1. 2006.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO 1996. Naciones Unidas. (1999). Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE FIRMAS ELECTRÓNICAS 2001. Naciones Unidas. (2002). Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES 2005. Naciones Unidas (2007). Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. LEY MODELO CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL 1985, CON LAS ENMIENDAS APROBADAS EN 2006. Naciones Unidas. (2008). Disponible en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

Corte Internacional de Justicia (CIJ). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/icjstatute/>

Daniel J. Ryan, Maeve Dion, Eneken Tikk y Julie J. C. H. Ryan. *International Cyberlaw: A Normative Approach*. GEORGETOWN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 42. 2011. Pág. 1161-1199.

Dimitrios Koukiadis. RECONSTITUTING INTERNET NORMATIVITY: THE ROLE OF STATE, PRIVATE ACTORS, GLOBAL ONLINE COMMUNITY IN THE PRODUCTION OF LEGAL NORMS. Nomos Verlagsgesellschaft. (2015).

Edward Best. *Alternative Regulations or Complementary Methods? Evolving Options in European Governance*. EIPASCOPE 1. 2003.

- Emilio Suñé Llinás. DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL CIBERESPACIO. INFORMÁTICA JURÍDICA Y DERECHO DE LA INFORMÁTICA. Editorial Universidad Complutense de Madrid. (2009). Disponible en: <http://oiiprodat.com/2013/04/22/constitucion-del-ciberespacio/>
- International Chamber of Commerce (icc). *General Usage for International Digitally Ensured Commerce*. 1997. Disponible en: <https://cryptome.org/jya/guidec2.htm>
- International Chamber of Commerce (icc). *icc guide for E-Contracting*. 2004. Disponible en: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>  
Jean-Francois Lerouge. *Internet Effective Rules: The Role of Self-Regulation*. KLUWER LAW INTERNATIONAL 8. 2001. Pág. 199.
- Karim Benyekhelf, Vincent Gautrais y Guy Lefebvre. *Droit du commerce électronique et normes Applicables: L'émergence de la Lex Electronica = Electronic Commerce Law and Applicable Norms: The Emergence of the Lex Electronica*. INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL 5. 1997.
- Linda Senden. *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?* ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 1. 2005. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/discussions/Soft%20Law,%20Self-Regulation%20and%20Co-Regulation%20in%20European%20Law-Where%20do%20they%20meet.pdf>
- Martha Lucía Neme. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales Conceptos*. REVISTA DE DERECHO PRIVADO 17. 2009. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/410>
- Miguel Zapata. *Las buenas maneras en Internet*. REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS FILOLÓGICOS 5. 2002. Disponible en: [http://www.um.es/tonosdigital/znum5/bm/buenas\\_maneras%20vers%20Nov.htm](http://www.um.es/tonosdigital/znum5/bm/buenas_maneras%20vers%20Nov.htm)  
Maximiliano Rodríguez Fernández. *Concepto, alcance y estructura de la autorregulación en el mercado de valores colombiano*. REVISTA E-MERCATORIA 2. 2014. Pág. 6.
- Neil Gunningham. INVESTIGATION OF INDUSTRY SELF-REGULATION IN WORKPLACE HEALTH AND SAFETY IN NEW ZELAND. OECD Publishing. (2013). Disponible en: [http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/publications/attachments/2015-04/NG\\_investigation-industry-self-regulation-whss-nz\\_0.pdf](http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/publications/attachments/2015-04/NG_investigation-industry-self-regulation-whss-nz_0.pdf)
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (ocde). *Recomendación del Consejo de la ocde Relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico*. 1999. Disponible en: <https://www.oecd.org/sti/consumer/34023784.pdf>

Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas. *Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación*. 2003. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003Q1231\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003Q1231(01))

Paul P. Polanski y Robert B. Johnston. *International Custom as a Source of Law in Global Electronic Commerce*. PROCEEDINGS OF THE 35TH ANNUAL HAWAII INTERNATIONAL CONFERENCE ON SYSTEM SCIENCES. Enero 7-10 de 2002. Big Island, Hawaii. Disponible en: <https://www.computer.org/csdl/proceedings/hicss/2002/1435/07/14350166.pdf>

United Nations. REPORT OF THE WORKING GROUP ON INTERNET GOVERNANCE. The United Nations Information and Communication Technologies Task Force. (2005). Disponible en: <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>