



Universidades Lusíada

Martino, António A., 1942-

Ejemplo italiano para no seguir en materia de conservación de documentos electrónicos

<http://hdl.handle.net/11067/5041>

<https://doi.org/10.34628/8eh3-2w50>

Metadados

Data de Publicação	1995
Palavras Chave	Documentos electrónicos
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 03 (1995)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-15T08:16:43Z com informação proveniente do Repositório

EJEMPLO ITALIANO PARA NO SEGUIR EN MATERIA DE CONSERVACION DE DOCUMENTOS ELECTRONICOS

1. El orden Jurídico

El conjunto de las leyes de un país es llamado sistema legislativo u orden legislativo. Las palabras «orden» y «sistema» no son casuales, el intérprete tiene frente a sí el conjunto de todas las leyes creadas (menos

(*) Professor de Ciências Políticas Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Pisa. Presidente da EDIFORUM (Itália). desde 1988 Representante italiano do CELIM (Comitato Europeo Lex Informatica Marcatoriaque) desde 1984.

Membro ordinário do ISLE (Institute for Legislative Studies and Documentation) desde 1990.

Membro associado do Center for Artificial Intelligence and Cognate learning of the University of Greswich, desde 1994.

Ex. membro da Comision de la Informatica del Consejo Nacional de las Investigaciones (1986-1993).

Membro do Conselho Científico das Revistas:

- Del derecho industrial, Buenos Aires;
- Computer/Law Series, Amsterdam;
- Artificial Intelligence and Law, Boston;
- Law and Information Technology, Oxford;
- Derecho de la alta tecnologia, Buenos Aires;

Editor da coleção: Logica, Informatica, Diritto del CEDAM.

Autor de numerosas obras, entre as quais:

- Temas para una filosofía jurídica, Buenos Aires, 1973;
- Le definizioni legislative, Torino 1975;
- Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information System, Amsterdam, 1982 (ed.);
- Automated Analysis of Legal Texts, Amsterdam, 1986 (ed.);
- Regime Giuridico del Software, Firenze, 1988 (ed.);
- Logic Without Truth, Oxford, 1990.
- Legal Expert System, New York, 1992 (ed.).
- Elezioni, democrazia e sistemi elettorali, Pisa, 1994.

todas las abrogadas) y de este conjunto ordenado deberá obtener una respuesta para cada pregunta. Crear una nueva ley es intervenir, modificándolo, en el orden jurídico de las leyes en vigor. Si el orden jurídico en vigor es caótico, las nuevas leyes, aunque perfectas, producirán consecuencias inesperadas dado que, el conjunto de leyes — al par de cualesquiera otro conjunto deductivo — está constituido no sólo por los enunciados explícitamente creados por el legislador sino también por todas las consecuencias que de ellos se deriven.

La teoría jurídica, desde antaño, se ha ocupado de estos problemas y ha elaborado estudios pluriseculares en materia de lógica jurídica y en materia de ciencia de la legislación. En alemán se ha acuñado un término para la ciencia de la legislación, que tiene status académico:

Gesetzgebungstheorie

y en la mayor parte de los países se han creado comisiones para estudiar el fenómeno de la legislación y adecuarla a nuestros tiempos.

En Italia se ha creado un Instituto para la ciencia de la Legislación, bajo el patrocinio del Presidente de la República y una comisión de expertos ha dado reglas para la redacción de las nuevas leyes.

Dicho esto parecería que la situación italiana es idílica. Nada más lejos de la verdad. La situación legislativa italiana es escandalosamente mala y por ello se empieza, recién ahora, a poner algún remedio. El ordenamiento jurídico italiano goza de mala salud no por la ausencia de grandes y calificados juristas, todo lo contrario!. La enfermedad es debida a los príncipes un poco apresurados y poco cuidadosos que se han sucedido en el tiempo.

En primer lugar, el número exagerado de leyes que han sido creadas: se han superado las cien mil, esto es tres veces más que en la Argentina!. Obviamente la legislación tan profusa es casual, desordenada y particularizada. En segundo lugar no existe una ley general sobre las fuentes normativas y dado que todas las creadas por el Parlamento tienen la formalmente el mismo valor no se puede poner orden mediante una ley ordinaria. En tercer lugar los códigos han caído bajo el peso de una miríada de leyes, leyes-citas, leyecuelas. En cuarto lugar la iniciativa parlamentaria es inexistente pues el Ejecutivo bloquea con sus decretos de necesidad y urgencia la tarea legislativa. En quinto lugar el legislador por desconocimiento interviene en cualquier parte de la cadena normativa de tal modo que se pierde el origen de la norma que ha sido modificada y aparecen excepciones de excepciones de excepciones...

El legislador italiano esta tan dominado por los pequenos problemas que las grandes cuestiones se resuelven solo cuando la Unión Europea ha resuelto el punto y emana una Directiva. El problema es que no resulta fácil absorber en un orden nacional las directivas construidas para sistemas muy diferentes entre sí, con lo cual el caos aumenta.

Cuando lo que se debe tratar es un fenómeno nuevo donde los juristas no han tenido suficiente tiempo para reflexionar entonces lo que sucede es catastrófico. Este es el caso que se quiere ilustrar brevemente en esta nota: las normas jurídicas sobre la conservación de documentos jurídicos.

2. La conservación de documentos

Decía MONTESQUIEU que es razonable que el derecho llegue después de los fenómenos sociales, el problema es acuánto después? La mayor parte de los empresarios utilizan hoy sistemas electrónicos para crear, transmitir y conservar la documentación comercial, pero todavía la ley y sobre todo los operadores jurídicos siguen pensando al documento como un conjunto de enunciados puestos sobre un papel.

El primer problema a afrontar es, entonces, el reconocimiento de la validez del documento electrónico. De este tema me he ocupado ya. (A. A. MARTINO, Derecho y nuevas tecnologías en "Revista del derecho industrial" n.º 42, Buenos Aires, 1992, p. 909).

El segundo problema es que aun en aquellas legislaciones donde es admitido el documento electrónico se plantean todavía problemas sobre su conservación, pues la mayor parte de los códigos de los países de sistema europeo continental tienen una norma parecida a la del C. Civil italiano, art. 2220.º sobre la obligatoriedad de los comerciantes de conservar durante 10 años, al menos toda la documentación comercial.

La expresión conservar es en castellano genérica; el diccionario de la Real Academia lo define como «mantener una cosa o cuidar de su permanencia» y solo tiene sentido jurídico «conservaduría» que está por «registro». «Archivar», en cambio, es mucho más específico pues se trata de hacer colección de documentos y conservarlos en un «archivo» que es el lugar «donde se custodian documentos públicos o particulares». Algo parecido sucede en italiano.

Según la conocida definición de CARNELUTTI un «documento es una cosa que hace conocer un acto». Correctísima la idea de «cosa» pues el

documento materializa la intención del acto, solo que por razones históricas esa cosa fue, durante siglos, el papel en el cual están impresos los caracteres representativos del acto y toda la disciplina en este campo ha tratado de dar normas sobre las características del papel (encuadrado en libros, p. ej.) y sobre cómo escribirlo (sin dejar espacios, p. Ej.).

Pero las cosas han ido cambiando: en el diccionario jurídico inglés los documentos incluyen «books, maps, plans, drawings and photographs». Los nuevos medios de registración: fotograffas, filmes, y sobre todo los medios electrónicos están cambiando el modo de producir, transmitir y conservar los documentos.

3. Estado actual de la legislación italiana al respecto

Al cambio de las cosas en el mundo es normal que corresponda el cambio también en la ley. El legislador italiano se ha apercebido del fenómeno y trata de regularlo. Esto es digno del mayor encomio. El problema es que si regula en modo parcial, apresurado, impreciso, agrega caos al caos, y lo que es peor con la convicción de haber resuelto el problema.

El primer reconocimiento de la validez del documento electrónico en Italia aparece en una ley de derecho administrativo, la 241 de 1990: «es considerado documento administrativo toda representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética o de cualquier otra especie del contenido de los actos, aun internos, emanados de las administraciones publicas o, de cualquier modo usados para la actividad administrativa».

Frente al happening representado por la total autonomía con la cual cada administración publica afronto en Italia el tema de la informatización fue creado un organismo que pusiese un poco de orden estableciendo estardares la Autoridad para la Informática en la Publica Administración (AIPA). En el decreto ley de creación n.º 39 de 1993, (art. 3) se dice que «los actos adoptados por todas las administraciones son creados a través de sistemas informativos automatizados».

Como se ve, falta una indicación mas específica y los sistemas informativos automatizados son no solo los electrónicos sino también los mecánicos.

La ley de presupuesto para 1994, n.º 537 de 1993, toca incidentalmente el tema en el art. 2.º, inciso 15 estableciendo que «las obligaciones de conservación y de exhibición de los documentos con funciones administrativas

o probatorias se entienden satisfechos si se realizaran mediante soporte óptico, siempre que los procedimientos utilizados sean conformes a las reglas técnicas que dictara la Autoridad para la informática». Un verdadero escándalo! En primer lugar porque la ley de presupuesto es usada prácticamente para todo, para regular las jubilaciones, la prueba... Vergonzoso! En segundo lugar porque tratar un tema tan delicado y complicado de una manera apurada crea más caos, y en definitiva qué son estos famosos sistemas ópticos??!, también el microfilm lo es? En tercer lugar es una chapuza que un tema tan complejo se lo deje librado a una autoridad de estandarización. En cuarto lugar, dado que se habla de fines financieros y administrativos y dado que la Autoridad es solo para la Administración Publica, cuando fuera toda la parte del derecho civil y comercial!!!

La Autoridad para la Administración Publica (AIPA) ha emitido una «deliberación», la n.º 15 del 94, pero no siendo una entidad con poder para dictar normas jurídicas, puede decirse solo que las pautas allí contenidas son reglas técnicas para aplicar el art. 2 de la ley de presupuestos (!)

Las reglas técnicas son buenas pues para todo los productos ópticos se remite a las normativas ISO. Las reglas tienen que ver con la estructura lógica de los archivos, las normas para memorizar los documentos y los mecanismos de lectura. En general se dictan para los discos ópticos que contienen gran cantidad de memoria.

Como si todo este caos fuese poco, la ley 489 de Agosto de 1994 dispone que durante el ejercicio del año en curso, los empresarios pueden llevar los registros contables en forma mecanografía (art. 7.º, párrafo IV ter) sin necesidad de transcribirla, sino bajo pedido de la autoridad o a fin de año. De nuevo una norma transitoria, improvisada y que además de usar terminología obsoleta como «mecanografico» que hace pensar en maquinas con tarjetas perforadas, sigue con la idea que el documento, ese verdadero, es de papel y se va a materializar o cuando lo pida una autoridad competente o a fin de año cuando se transcriba en el registro todo prolijo hecho sobre un folio continuo surgido de la impresora de la computadora!. Es la política del parche: el empresario puede tener la contabilidad en su computadora pero solo por un tiempo. Ridículo! Vale o no vale? Además qué sucede con la documentación emanada de terceros, como facturas, pedidos de ordenes y ordenes de pago? Dado que la ley no dice nada se supone que siguen teniendo las obligaciones de conservación que tenían en el pasado. Pero es que el legislador italiano ignora que hoy los pedidos de ordenes, las

facturas y las ordenes de pago se crean en la computadora y viajan por redes internacionales con sintaxis bien precisas.

Sin tediarse al lector este tendrá una idea de que es absolutamente necesario legislar en este campo para que, como decía MONTESQUIEU, los comerciantes no sean obligados a hacer cosas ilícitas simplemente porque se han prohibido las razonables y naturales, que el legislador italiano se ha dado cuenta de ello, pero que actuó con una impericia y una ligereza exasperantes.

Luego de la crítica entendemos presentar un proyecto de ley para sanar todas estas anomalías. Previamente algunas breves indicaciones técnicas.

4. Algunos datos técnicos

Los soportes para la memorización de documentos electrónicos pueden ser clasificados en a). Soportes magnéticos, como los *floppy disk*, las cintas y los cartuchos, así como los discos duros de las computadoras. b). Soportes ópticos, que son aquellos que se escriben con rayos láser como el CDRom y el Worm y c). Soportes magneto-ópticos, que son los que contienen ambas técnicas y que se denominan CCW.

Las ventajas de los soportes magnéticos son su gran facilidad de uso y la posibilidad de reescribir, pues en realidad lo que se organiza es un componente físico en forma magnética. El disco óptico es más caro pues debe ser creado con láser y su característica técnica es justamente la abrasión indeleble que el láser deja en la superficie del disco, por lo que no puede volverse a escribir.

En estos soportes se pueden conservar datos, imágenes, sonidos. El archivo de datos se entiende la memorización de las informaciones en forma de *bytes*, según algoritmos conocidos (el más famoso es el formato ASCII). Una imagen, en cambio, está formada por una serie de puntos luminosos, análogamente a lo que sucede en una telefoto. Aquí cada 0 o 1 no sirve para definir un byte sino para determinar si en un espacio hay blanco (0) o negro (1). De este modo un documento en formato dato ocupa normalmente la décima parte de lo que necesita el mismo documento en formato imagen. Si se recibe un documento en soporte de papel, a través de un scanner es posible transformarlo en imagen.

Quien usa computadoras para crear y recibir documentos electrónicos pueda almacenarlos provisoriamente o archivarlos. La noción de «original»

tan usada en el mundo del papel, aquí tiene menos valor, no hay algo así como un original y copias, todos los documentos electrónicos tienen las mismas características. Pero si de «original» es necesario hablar, entonces ese es el que se encuentra en el disco duro de la computadora donde el documento se perfecciono.

Para el archivo los documentos en forma de «datos» contienen todos los elementos para poder recuperarlos (fecha, autor, numero, palabras clave, etc.), para los documentos conservados en forma de imagen, debe ser previamente creada una etiqueta que se asocie al documento, algo así como conservar fotos y clasificarlas (p. Ej. Por la fecha que se le aplica en el dorso).

5. El proyecto de ley del grupo normativo de Ediforum Italia

Teniendo en cuenta la caótica situación legislativa y las exigencias de dictar normas al respecto, el Grupo normativo de Ediforum Italia ha presentado el siguiente proyecto:

“Artículo primero: A los efectos de la presente ley: a. El termino «archivo» designa la colección de datos efectuada en modo ordenado y sistemático garantizando su recuperación; b. El termino «conservación» designa el mantenimiento de los datos archivos, de los soportes relativos y de las tecnología de investigación y utilización de tales datos; c. La expresión «soporte electrónico indeleble» designa los medios de memorización de los datos cuya tecnología comporta la modificación irreversible del estado físico de tales medios.

Articulo segundo: Todos los documentos de cualquier tipo, incluyendo los libros contables y la documentación comercial obligatoria por ley, pueden ser archivados y conservados en soportes electrónicos indelebles, sea que se redactaron originariamente en forma electrónica, sea que fueran reproducción de soportes de tal tipo solo sucesivamente. En este ultimo caso los documentos que constituyeron el origen de la reproducción pueden ser destruidos luego que los datos en ellos contenidos hayan sido memorizados en los soportes electrónicos indelebles respetando lo dispuesto en el art. 3.º

Articulo tercero: A los efectos del precedente articulo segundo, la redacción o la reproducción de los documento sobre soporte electrónico indeleble deberá: *a)* corresponder fielmente a la información que constituye la base de la registracion, *b)* ser efectuada en modo sistemático y sin lagu-

nas, c) ser conservada cuidadosamente por todos el periodo de tiempo prescripto por las normas vigentes.

Con respecto a los libros y a la documentación contable para los cuales se prescribe la utilización de registro numerados y autenticados: 1. El soporte electrónico indeleble usado para su archivo y conservación deberá estar dotado de un código de identificación indeleble y legible externamente. 2. La modalidad en vigor con respecto al sellado de los libros y la documentación contables es substituída por la comunicación efectuada a la oficina de registro (o tribunal comercial) del lugar en el cual la empresa tiene su sede o a otro registro publico autorizado, del código de identificación indeleble, y legible externamente, así como del soporte electrónico indeleble en el quale libros y documentación contable son archivados y conservados.

Los eventuales impuestos de sellos u otros se liquidan en modo virtual.

Artículo cuarto: La búsqueda, visualización e impresión de los documentos archivados y conservados en soportes electrónicos indelebles y de los datos que los componen deben poder realizarse a través de sistemas informaticos oportunamente documentados que, garantizando la conformidad de los datos registrados con los originales, permitan una utilización directa por parte de todos los que tengan el derecho a acceder y a controlar tales documentos.

Artículo quinto: Lo documentos archivados y conservados en conformidad a cuanto dispone la presente ley tendrán la eficacia probatoria del art. 2712.º del Cod. Civil y satisfarán las obligaciones previstas por el art. 2220.º del mismo código y por las normas fiscales vigentes.”

Con esta brevisima ley se entiende afrontar de modo orgánico el problema del archivo de los documento electrónicos y su regulación en forma adecuadamente similar a los de papel ya previstos en la legislación, todo lo que se hace es adaptar el nuevo soporte a las medidas de seguridad, prueba y control que la técnica jurídica ha desarrollado sobre la conservación de los documentos de papel.