

Leyes y contratos: ¿son útiles frente a la inseguridad informática?

Rafael Hernando Gamboa B.



“Las cosas funcionan mientras funcionan...”.

Con el presente escrito pretendo hacer un breve barrido de dónde surgen y para qué existen las reglas que día a día “organizan” nuestra vida y nuestras actividades.

La pregunta latente es ¿como puedo vivir libremente y de acuerdo con mis necesidades, si la normatividad misma le pone un freno a mis intereses?

Ante la situación planteada surge ineludiblemente el interrogante de hasta

dónde puedo llegar sin contravenir ninguna normatividad o hasta dónde puedo llegar sin que me pase nada.

El administrador de cualquier empresa tiene entre sus funciones principales la de ser un “futurólogo” o mejor, un “analista”. Efectivamente, se puede afirmar que un administrador comercial, de sistemas o un abogado, tiene que conocer los potenciales riesgos del negocio mismo y del entorno, para poder prevenirlos y en caso de que sucedan, poder solucionarlos de la mejor manera.

El verdadero problema se da cuando las condiciones o las “reglas de juego” son contrarias o dificultan en gran

medida la eficiente administración; en este escenario el administrador se ve enfrentado a la difícil situación de evaluar riesgos, con la plena convicción que haya o no haya dificultades en el futuro; su decisión será evaluada y dependiendo de los resultados será elogiada o reprochada por “su falta de profesionalismo”.

En últimas, ¿qué tan útiles son las leyes y los contratos si nunca se va a llegar a una instancia judicial? ¿Para qué se hace un contrato, si nunca va a haber controversia? Estas y otras preguntas son las que debemos hacernos desde el momento mismo de la contratación y establecer las cosas de la mejor manera posible, para dejar siempre a salvo el 4% de las posibilidades de llegar a una instancia judicial.

A continuación, menciono parte de estas reglas para entender cuál es su origen y finalidad y bajo estos principios analizar cada situación en particular a la que nos veamos enfrentados.

El Estado

Su origen: Sin entrar en disquisiciones sociológicas o filosóficas innecesarias, podemos afirmar que el Estado es el resultado de lo que se denomina un Contrato Social. Este Contrato Social es el acuerdo a que llegamos todas las personas tenedoras de una serie de derechos y obligaciones, pero

que, en virtud de la decisión libre de cada una, ceden parte de estos derechos y obligaciones para que sean administrados por un tercero superior a todos y que denominamos estados.

Es así como en determinado momento de la vida del hombre se vio la necesidad de que alguien lo cuidara de la sociedad y cuidara a la sociedad de él, procurando siempre el bienestar del colectivo.

Conformación: La forma más efectiva encontrada para conformar esta nueva denominación de Estado, fue mediante la estructuración de las ramas del poder público, como consecuencia que este gran ente necesitaba: crear las reglas de juego que debían ser hechas por el colectivo; administrar el colectivo conforme a las reglas; y, poder sancionar el no cumplimiento de las reglas, de acuerdo con las que hayamos acordado.

**¿qué tan útiles son las leyes y los contratos si nunca se va a llegar a una instancia judicial?
¿Para qué se hace un contrato, si nunca va a haber controversia?**

Finalidad: Como se desprende de lo anterior los tres elementos transcritos creación de reglas, administración-aplicación de reglas y perseguir y sancionar el no acatamiento de las reglas, son derechos frente a los que cada persona tiene el poder de hacer lo que quiere, como lo quiere y, si no le parece, poder tomar solución por cuenta propia.

Al existir en la sociedad de manera permanente y cambiante personas o grupos más fuertes, buscamos delegar y que los otros lo hagan. Se puede entonces afirmar que la génesis de la sociedad y lo que mantiene al Estado funcionando es “el miedo”; el miedo a que no se respeten las instituciones por parte de quien yo temo o como es la situación actual, el temor al Estado quien tiene plenas facultades para mantener a la sociedad funcionando.

Las ramas del poder público

Origen: El Estado no es absoluto y unitario, se plasma desde el inicio la necesidad de que exista un control al interior del mismo, para que se auto regule y funcione de la mejor manera posible.

Funcionamiento: Se establecen entonces tres poderes dentro de un mismo poder, los cuales con funciones y orígenes distintos tendrán la misión

de administrar lo que se denomina Estado. Son estas ramas:

- *La Ejecutiva:* Formada por el Presidente y sus ministros; dirige y gerencia entre otras las relaciones con otros Estados y la concepción y aplicación de políticas nacionales en temas de salud, comunicaciones, agricultura, educación, etc.

- *La legislativa:* De origen social, busca ser la representación de las personas que hacen parte del Estado, por lo que se entiende que son verdaderos voceros de la población y hacen las “reglas de juego”.

- *La judicial:* Son las personas encargadas, con base en lo dicho por la legislativa, de sancionar los incumplimientos a las reglas que “todos” hemos hecho.

Finalidad: Como se ve cada una de las ramas tienen una finalidad específica y las partes de la rama se controlan una a otras. Es así como a la ejecutiva la sanciona la legislativa, a la legislativa la judicial y a la judicial la legislativa.

Las leyes

Origen: Se ha dicho que las leyes tienen su origen en la rama legislativa y que por ende se entiende que “todos” las hemos hecho por cuenta de la delegación de nuestros intereses en la persona que más se nos asemeja.

Funcionamiento: Hay diferentes tipos de leyes pero digamos que en esencia estas son hechas por el legislativo, sancionadas por el ejecutivo y revisadas por el judicial, haciendo que las leyes, máximas de funcionamiento sean aceptadas por cada una de las ramas.

Finalidad: Son entonces las leyes las verdaderas reglas de juego de la actividad social y aunque en principio estas son las decisiones de la sociedad, pueden ser contrarias o altamente perjudiciales a nuestra propia actividad.

Los contratos

Origen: Los contratos son las leyes particulares entre las partes, es por este motivo que los contratos no pueden ser contrarios a las leyes y si esta situación se genera, un juez podría declararlo nulo. Quiero hacer énfasis en la “posibilidad” de declaratoria de nulidad de un contrato, toda vez que este puede ser ilegal pero jamás reclamado entre las partes y existir y ser desarrollado sin ningún problema porque seguiría la premisa de “el papel aguanta todo”.]

Funcionamiento: Es importante recordar que siempre que haya una relación entre personas habrá un contrato, este puede ser expreso, tácito, escrito o verbal; lo verdaderamente

importante es que queden plasmadas todas las intenciones de las partes, así como de las obligaciones y derechos que les confiere el contrato.

Partes del Contrato: Las partes más importantes del contrato son el objeto, las partes mismas, los derechos y obligaciones y la forma en que se solucionarían las diferencias.

Finalidad: La finalidad del contrato busca que cada parte tenga un documento donde aparezcan las reglas de juego.

Utilidad: Claridad para las partes.

Materialización de la inseguridad informática

Hecha la relación anterior de los orígenes, causas y las finalidades del Estado, las leyes y los contratos, nos adentramos en un análisis mucho más complicado, como es el del acaecimiento de una situación que va, en principio, a poner a prueba la verdadera utilidad de las leyes y los contratos.

Es importante tener presente que el hecho de una situación de “inseguridad informática”, no acarreará necesariamente el movimiento de la maquinaria jurídica o judicial; muchas veces las situaciones se arreglan entre

las partes sin necesidad de acudir a lo que llegase a decir el contrato o mucho menos a una decisión judicial. Aunque no es la situación ideal, es una realidad de los negocios y de la vida misma.

Otro escenario es que se analice el contenido del contrato y finalmente se lleve la controversia a una instancia judicial que allí sí, se pondrá a prueba lo que se escribió y que tan útil o no fue.

Con lo anterior en mente se sugieren unas medidas que se deben seguir en caso de que se presente un evento de “seguridad informática”, para así poder evaluar jurídicamente qué tan insegura es la seguridad.

Identificación de causas: Por superfluo que parezca lo primero es poder identificar y saber “qué pasó” y de allí derivar las acciones a tomar. Esta determinación es de suma importancia, porque dependerá de un buen análisis, el camino correcto que se tome, así como las acciones a adelantar.

Organización al interior: Identificada la causa, se deben iniciar las gestiones para poder determinar la forma en que se venían adelantando las actuaciones al interior de la organización y así poder identificar las fortalezas y debilidades, ya que las unas o las otras serán nuestros criterios objeti-

vos, dentro de una controversia contractual o judicial.

Hermetismo: Este aspecto es muy importante; se debe procurar que en caso de una inseguridad, se involucren el menor número de personas posibles para de esta manera poder manejar la situación y tener un control de la información misma.

Plan de choque: El plan de choque debe responder a un plan de acción preconcebido que toda organización debe tener y que busca, entre otros asuntos, establecer procedimientos técnicos, jurídicos y sobre todo probatorios de eventuales problemas que se presenten.

Acciones: El tema de las acciones es también bien importante ya que estas determinarán, en el plano tecnológico, qué tan correctas o no fueron las decisiones adoptadas bajo específicas circunstancias.

A manera de conclusiones se puede advertir que dentro de una relación comercial o en el momento de una situación de seguridad, hay que analizar tres momentos: Antes de que suceda el hecho; posterior a la ejecución del hecho; y, durante el proceso judicial.

Si se tiene en cuenta la necesidad de asistencia de un abogado y los costos en tiempo y dinero que implica un proceso judicial, se puede afirmar que la tercera etapa de materialización, es muy poco probable que se de.

En cuanto a la preparación de los hechos se decía que el papel aguanta todo, quiere decir esto que se puede poner lo que se nos ocurra, legal o no y el impacto inmediato será generar un temor a lo acordado. Si se optó por ser temerario en lo escrito, con toda seguridad no aguantará un examen dentro de un proceso judicial.

La segundo son las acciones que se tomen una vez haya ocurrido el suceso, lo que es de vital importancia porque si los procedimientos no son correctos se deja un vacío que puede generar problemas a la hora de analizar las pruebas.

La tercera etapa es la judicial donde ya hay un tercero, el juez, quien con base en lo que haya escrito (contratos) y a las pruebas recolectadas deberá decidir.

Si se tiene en cuenta la necesidad de asistencia de un abogado y los costos en tiempo y dinero que implica un proceso judicial, se puede afirmar que la tercera etapa de materialización, es muy poco probable que se de.

En resumen, para efecto de una eficiente gestión administrativa y tecnológica hay que buscar mecanismos que, dentro del marco legal, mantengan una solución día a día. En tecnología, lo legal no es la respuesta, lo es la tecnología misma.

Rafael Hernando Gamboa B. Abogado Pontificia Universidad Javeriana. Maestría (LL.M.) en Propiedad Intelectual, The John Marshall Law School, Chicago, Illinois. Maestría (LL.M.) en Tecnología de la Información, The John Marshall Law School, Chicago, Illinois. Profesor de postgrado en la Universidad de los Andes, Sergio Arboleda, Externado, Antioquia y Bolivariana de Bucaramanga. Co-autor del libro "Derecho de Internet & Telecomunicaciones". Abogado del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Abogado del Consorcio Canales Nacionales Privados de Televisión (CARACOL TELEVISIÓN y RCN TELEVISIÓN). Consultor del Consejo Superior de la Judicatura para un proyecto del Banco Mundial. Asociado en Bernate & Gamboa.