

DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL TACHIRA

14/2013

Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado



Universidad Católica del Táchira
San Cristóbal - Venezuela

Derecho y Tecnología

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías
Editada por el Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado
Universidad Católica del Táchira

Editor-Director

Mariliana Rico Carrillo

Consejo de Redacción

Rafael ILLESCAS ORTÍZ (Universidad Carlos III de Madrid); Isabel RAMOS HERRANZ (Universidad Carlos III de Madrid); Apolonia MARTÍNEZ NADAL (Universidad de las Islas Baleares); Leopoldo BRANDT GRATEROL (Universidad Católica Andrés Bello); Antonio SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (Universidad Carlos III de Madrid); José Ovidio SALGUEIRO (Universidad Católica Andrés Bello); Miguel ARRIETA ZINGUER (Universidad Católica del Táchira); David LÓPEZ JIMÉNEZ (Universidad Autónoma de Chile); María PÉREZ PEREIRA (Universidad Carlos III de Madrid). Emilio SUÑÉ (Universidad Complutense de Madrid). José Luis BARZALLO (Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador).

Diseño Gráfico

Nina Gabriela Vásquez

Montaje

Edy Marleni Lozano

Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209

ISSN: 1317-9306

Periodicidad: Anual

Publicación registrada en el *Catálogo Latindex*
www.latindex.org

Revista indizada en REVENCYT: Índice y Biblioteca Electrónica de Revistas Venezolanas de Ciencia y Tecnología. Código RVD012

Revista Derecho y Tecnología

Número 14

Edición 2013

Dirección:
Carrera 14 con calle 14
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela

Teléfonos:
(58) (0276) 344.75.72 -90.83
Fax:
(058) (0276) 344.61.83
E-mail:
derechoytecnologia@ucatan.edu.ve
mrco@ucatan.edu.ve

Distribución:
Universidad Católica
del Táchira
Apartado 366
San Cristóbal
Estado Táchira
Venezuela

Derecho y Tecnología

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías
Editada por el Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado
Universidad Católica del Táchira

Misión

Derecho y Tecnología es una revista científica con periodicidad anual que tiene como misión difundir los trabajos de expertos nacionales e internacionales dedicados al estudio de los avances tecnológicos y jurídicos en general, con especial énfasis en las modificaciones que produce la aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en el campo del Derecho, fenómeno que ha dado origen al nacimiento de una nueva área de investigación jurídica.

En cada número se ofrece una publicación que contiene artículos doctrinales, recopilación de legislación nacional e internacional y la jurisprudencia nacional más destacada en la materia. La revista está dirigida a abogados, ingenieros, académicos, estudiantes y otros profesionales interesados en el estudio del impacto de las TIC en el ámbito jurídico.

A través de esta iniciativa editorial, la Universidad Católica del Táchira abre una vez más sus puertas a la investigación, con la finalidad de proporcionar un medio adecuado de difusión en esta área.



ÍNDICE

Editorial	7
-----------------	---

Artículos

Gladys Stella RODRÍGUEZ: Principios jurídicos del contrato electrónico en el marco del comercio B2B: especial referencia a las PYMEs de los países en el desarrollo	11
María Inés ARIAS DE RINCÓN: La alternativa de la conciliación por vía electrónica en los conflictos de consumo	37
Ana Isabel BERROCAL LANZAROT: La defensa de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad en Internet	55

Sección Monográfica: Las implicaciones jurídicas de las redes sociales en Internet

Mariliana RICO CARRILLO y David LÓPEZ JIMÉNEZ: Las redes sociales en Internet: consideraciones generales y problemática jurídica ..	101
Mariliana RICO CARRILLO: El ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas a través de <i>Facebook</i>	113
Miguel ARRIETA ZINGUER: El impacto de las redes sociales en el comercio electrónico con consumidores	135
David LÓPEZ JIMÉNEZ: Las redes sociales como espacios publicitarios: el papel de la autorregulación	165
Sulmer Paola RAMÍREZ: Los contenidos publicados por el trabajador en <i>Facebook</i> y sus consecuencias jurídico laborales	187
Nayibe CHACÓN GÓMEZ: La responsabilidad de los proveedores de servicio en las redes sociales	207

Jurisprudencia

Gustavo Adolfo AMONI REVERÓN: La citación electrónica	233
Sentencia de la Sala Político Administrativa. Juzgado de Sustanciación del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de agosto de 2012	247
Mónica LASTIRI SANTIAGO: El contrato de licencia y los nombres de dominio	249
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), 19 de julio de 2012	253
Sulmer Paola RAMÍREZ: Valor jurídico probatorio del correo electrónico promovido en formato impreso	265
Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de mayo de 2013	271
Miguel ARRIETA ZINGÜER: Consideraciones acerca de las redes sociales en Internet como elemento de convicción en la radicación de juicios penales en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia	295
Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de abril de 2013	305
Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de abril de 2012	313
Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de abril de 2011	325
Índice acumulado	333

Editorial

El desarrollo y crecimiento de las redes sociales en Internet ha sido notable en los últimos años, como también han sido los problemas jurídicos que se presentan en ese ámbito. Conscientes de la nueva realidad social, en esta edición de *Derecho y Tecnología* introducimos una sección monográfica dedicada al estudio de las distintas implicaciones jurídicas que se derivan de la actividad que tiene lugar en este tipo de espacios.

La utilidad de las redes sociales ha traspasado su propósito original, orientado a facilitar la interrelación social, hasta transformarse en instrumentos aptos para la divulgación de información, promoción de empresas, productos, servicios profesionales, desarrollo de campañas electorales, y un sinfín de actividades con importantes consecuencias en el campo del Derecho. Si bien algunas de ellas son positivas, hay que destacar que la participación de los usuarios en este entorno también acarrea consecuencias negativas, relacionadas principalmente con la violación indiscriminada de los derechos fundamentales y la protección de los menores de edad. Esta situación ha sido objeto de preocupación en el seno de diversos organismos internacionales, donde destacan los documentos emanados de la Unión Europea sobre protección de datos, menores y consumidores en las redes sociales en Internet.

Todos estos aspectos son objeto de análisis en la sección monográfica que hoy se presenta, donde se incluye un estudio sistemático del funcionamiento de las redes sociales, las implicaciones que acarrea el ejercicio de los derechos fundamentales en estos espacios y la necesidad de protección de los menores de edad, el impacto de las redes sociales en la publicidad y las operaciones comerciales, la publicación de contenidos por parte de los trabajadores frente al poder de control del patrono, y la responsabilidad de los proveedores de servicios de este tipo de plataformas electrónicas.

En la sección de jurisprudencia se destaca igualmente la trascendencia de estos mecanismos de interacción social, con el comentario a tres decisiones emanadas de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, donde se ha tomado en consideración la información publicada en las redes

sociales en Internet, como elemento de convicción para la radicación de juicios penales en circunscripciones judiciales distintas de aquéllas donde se cometieron los hechos punibles, en los casos de delitos de gran impacto mediático. Las circunstancias expuestas reflejan la importancia del estudio de la problemática jurídica que se suscita con motivo de la participación de los usuarios en el nuevo entorno social electrónico y justifican su tratamiento en una sección especializada.

Mariliana Rico Carrillo

DOCTRINA

Principios jurídicos del contrato electrónico en el marco del comercio B2B: especial referencia a las PYMEs de los países en desarrollo*

Gladys Stella Rodríguez**

SUMARIO: I. Generalidades. II. La contratación electrónica. Definición. III. Elementos del Derecho de la contratación electrónica. IV. Principios jurídicos de la contratación electrónica en el marco del comercio electrónico. V. Algunos instrumentos internacionales con impacto para el comercio electrónico en Venezuela y España. VI. Conclusiones

Resumen

Este artículo estudia el contrato electrónico, sus elementos, los principios jurídicos y se resaltan dos instrumentos para la comprensión de esta institución jurídica: el Acuerdo de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y, un Documento preparado por la Secretaría de la OMC sobre Comercio electrónico, Desarrollo y las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMEs). El estudio se realiza sobre la base de la perspectiva legal venezolana y la legislación española, incluyendo algunas referencias de organismos o entidades internacionales especializadas en la materia.

Palabras Claves: Contrato Electrónico. Principios Jurídicos. PYMEs. Comercio electrónico. B2B.

Recibido: 30/4/2013 • Aceptado: 15/5/2013

* Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del proyecto de Investigación intitulado: Estudio Comparativo sobre la formación de los contratos en los mercados electrónicos entre empresas. Caso Venezuela y España, financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico adscrito al Vicerrectorado Académico de la Universidad del Zulia, bajo el No. VAC-CONDES-CH-0199-12

** Abogada, Magister en Planificación y Gerencia de Ciencia y Tecnología, Doctora en Derecho, Postdoctora en Gerencia en las Organizaciones. Profesora Titular de la Universidad del Zulia. Investigadora adscrita al Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de L.U.Z. Correo electrónico: gr1970ve@gmail.com

Abstract

This paper studies the electronic contract, its elements and legal principles, and highlights two instruments for understanding this legal institution: the United Nations Agreement for the International Sale of Goods of 1980 and a document prepared by the WTO Secretariat on electronic Commerce Development and Small and Medium Enterprises (SMEs). The study is done on the basis of the legal perspective Venezuelan and Spanish legislation, including some references to international organizations or agencies specializing in this field.

Key Words: Electronic Contract. Legal Principles. SMEs. E-commerce. B2B.

I. Generalidades

La actividad en la Red es indiscutible, pero es momento de mirar cómo se desenvuelve esa dinámica a nivel de los países en desarrollo y de lo que ha denominado las Naciones Unidas los países menos adelantados y, algunos datos dan muestra de tal afirmación, por ejemplo, en 2011, del total de usuarios de Internet, 1.300 millones se encontraban en las regiones de Asia y el Pacífico, el Oriente Medio, África o América Latina y Sudamérica, lo que pone de manifiesto una nueva tendencia en cuanto a las regiones con mayor número de personas conectadas en línea¹. No obstante, a pesar de esta tendencia del uso creciente de Internet, los países desarrollados siguen superando a los países en desarrollo en número de conexiones². Ello se evidencia cuando la estadística refleja que de cada cien habitantes, la tasa de penetración o acceso a Internet, en el caso de África es de tan sólo el 12,4%, mientras que en Europa, el grado de penetración es de 68,4 por cada 100 europeos.

En consecuencia, no está en discusión que el creciente número de usuarios de la Red y la penetración de Internet ha seguido aumentando en todo el mundo. Aunque en 2006 la mayoría de sus usuarios seguían perteneciendo a economías desarrolladas y éstas continúan estando muy por delante en lo que respecta a la tasa de penetración de Internet, las economías en desarrollo están recuperando rápidamente su retraso. En algún momento de 2010, el número de usuarios de países en desarrollo superó efectivamente al de usuarios de países desarrollados³. De hecho, el progreso tecnológico se ha dejado sentir con fuerza tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados y se prevé que esta tendencia se

¹ Disponible en <http://www.pwc.com/gx/en/technology/publications/assets/the-new-digital-economy.pdf>. (Consultada 03-10-2012)

² Disponible en <http://www.bbc.com/news/technology-11576486>. (03-10-2012)

³ Datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Disponible en: <http://www.uit.int> (Consultada 08-04-2013)

mantenga a medida que el sector atraiga más fondos para investigación y más inversiones.

Principalmente el uso de Internet responde a la realización de operaciones de comercio, por tanto, estos datos reflejan que el comercio electrónico ha experimentado un rápido crecimiento desde que los primeros usuarios comenzaron a navegar por la Web en busca de bienes y servicios. Actualmente, las ventas realizadas a través de Internet representan una proporción considerable de las ventas comerciales totales. En 1991, Internet tenía menos de 3 millones de usuarios en todo el mundo y la aplicación de Internet al comercio electrónico era nula. Casi un decenio después, en 1999, se estima que tenían acceso a Internet 300 millones de usuarios, una cuarta parte de los cuales realizaron compras en línea en sitios de comercio electrónico por un valor aproximado de 110.000 millones de dólares. El comercio electrónico de empresa a consumidor superarán los 1,25 billones de dólares norteamericanos⁴. No obstante, aquel comercio electrónico que se lleva a cabo entre empresas entre sí, por ejemplo entre un fabricante y un mayorista, o entre un mayorista y un minorista, conocidas como *Business to Business* (en adelante B2B), son transacciones mundiales que representan el 90% de todo el comercio electrónico. Según investigaciones realizadas por la *Internacional Data Corporation* (en adelante IDC), radicada en los Estados Unidos, se estima que el comercio electrónico B2B mundial, dentro del que destaca el comercio entre mayoristas y distribuidores, alcanzó un valor de 12,4 billones de dólares norteamericanos, a fines de 2012. Si, como se prevé, el comercio electrónico sigue creciendo a este rápido ritmo en los mercados desarrollados, las transacciones de comercio electrónico B2B y *Business to Consumers* (en adelante B2C) representarán en 2017 el 5% aproximadamente del total de las transacciones entre empresas y ventas al por menor⁵. Aunque se ha prestado gran atención al comercio electrónico B2C, el ámbito de las transacciones B2B es mucho más amplio que el de las transacciones B2C. Según la IDC, se estima que las transacciones B2C mundiales alcanzaron a fines de 2012 un valor de 1,2 billones de dólares norteamericanos, 10 veces menor que el de las transacciones B2B.

De lo anterior, se proyecta que desde el 2010 al 2020, en los países desarrollados el despliegue comercial de tecnologías y aparatos de nueva generación dará lugar al aumento de la utilización de servicios móviles avanzados, lo que a su vez abrirá un gran número de nuevas posibilidades de comercio

⁴ Disponible en: <http://www.internetretailer.com/2012/06/14/global-e-commerce-sales-will-top-125-trillion-2013>.(Consultado 08-04-2013)

⁵ OCDE, *Economic Outlook 67 e Internacional Data Corporation (IDC)*. La IDC es el primer proveedor mundial de información sobre los mercados y de servicios de asesoría y organización de eventos en los mercados de la tecnología de la información, las telecomunicaciones y las tecnologías de consumo. La IDC ayuda a los profesionales de la tecnología de la información, los directivos de empresas y los inversores a adoptar decisiones basadas en los hechos en materia de adquisición de tecnología y estrategia empresarial.

electrónico, especialmente en los países en desarrollo⁶. En estos últimos se utilizan ya habitualmente más aplicaciones de datos para hacer negocios (comercio móvil), realizar operaciones bancarias comerciales o minoristas (banca móvil) o encontrar trabajo (contratación laboral móvil).

Por tanto, la presente investigación definirá la contratación electrónica que se desarrolla en el marco del comercio electrónico entre proveedores entre sí y haciendo un contraste entre la legislación de España y Venezuela, en segundo lugar, se hará referencia a los elementos tanto objetivos como subjetivos de la contratación electrónica y, finalmente, se describirán cuáles son los principios jurídicos aplicables al comercio electrónico y por ende a la contratación en línea, con especial referencia al principio de armonización normativa, destacándose la Convención de Viena de 1980 de la ONU⁷ sobre Compraventa de Mercaderías⁸ y el Documento de la Secretaría de la OMC⁹, con relación a las perspectivas de desarrollo en las Pequeñas y Medianas Empresas (en adelante PYMEs) en el entorno del comercio electrónico B2B.

II. La contratación electrónica. Definición

Este tipo de acuerdo constituye, según Madrid (1996:2913)¹⁰, “una modalidad cuya perfección se produce mediante la transmisión de datos a través de redes de telecomunicación y que se celebra sin la presencia física de las partes, lo que determina que resulten de aplicación las normas sobre compraventa a distancia, protección al consumidor y condiciones generales de la contratación”. Esto en función de los principios del *Derecho Informático*¹¹, como son el principio de equivalencia funcional¹² y el de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos¹³.

6 Disponible en: <http://blog.euromonitor.com/2011/05/qa-the-importance-and-prospects-of-mobile-telephony.html>. (Consultado 03-04-2013)

7 Organización de Naciones Unidas

8 Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 1980, Viena, Austria

9 Organización Mundial de Comercio. Comité de Comercio y Desarrollo. Documento: El Comercio Electrónico, el Desarrollo y las Pequeñas y Medianas Empresas (WT/COMTD/W/193) de fecha 14 de febrero de 2013

10 MADRID PARRA, A. (1996) Contratación electrónica. Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Menéndez, A T. IV, Civitas, Madrid, pp. 2913-2957

11 Según Pérez Luño (1996:18), es aquella materia jurídica conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos, integrado por el conjunto de disposiciones dirigidas a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática.

12 De acuerdo con los postulados de este principio, los efectos que produce un documento contenido en un soporte de papel, con la firma autógrafa de su emisor, los producirá su homólogo en soporte informático, firmado electrónicamente. La equivalencia funcional, asegura Rico, permite aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de

Las expresiones contratos electrónicos o telemáticos son sinónimos por referirse a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual. Según Lorenzetti (2001)¹⁴, el contrato telemático se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas referidas en forma total o parcial. El medio incide en la etapa de formación y transmisión de la voluntad contractual y en el modo de celebración.

Cuando se hace referencia a la expresión telemático o telemática, puede ser entendida como la “aplicación de las técnicas de la telecomunicación y la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada”¹⁵. Es decir, se centra en el estudio, diseño y gestión de las redes de ordenadores a varios niveles, desde el nivel físico (redes de acceso, redes inalámbricas, redes ópticas) hasta niveles más lógicos (protocolos; arquitecturas de red; medidas, análisis y control de tráfico).

Ahora bien, se debe diferenciar dos categorías de acuerdos o formas de contratar, por una parte, el contrato¹⁶ informático apunta a que su objeto está referido a un bien o servicio informático, pero por otra parte si ese mismo acuerdo, es celebrado mediante un medio electrónico se denomina contrato electrónico o telemático. Se puede decir que este tipo de contrato es una especie dentro del contrato informático. En este sentido, el medio electrónico no es sino una nueva modalidad para la formación del consentimiento, requisito esencial para la validez de los contratos. Así también lo explica Dávora Rodríguez (2001)¹⁷, al referirse al contrato electrónico como aquél contrato que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo de la interpretación futura.

En el caso de Venezuela no hay una definición legal de contrato electrónico o telemático, lo que se define es qué entender por comercio electrónico, lo cual está consagrado en la ley para la defensa de las personas en el acceso a los

voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas. RICO CARRILLO, Mariliana. (2005) Comercio Electrónico Internet y Derecho. Bogotá Colombia. Legis Editores, SA, Segunda edición, p.66/

¹³ Según este principio, los elementos esenciales del negocio jurídico no debe modificarse cuando el contrato se perfecciona por la vía electrónica, ya que se trata sólo de un nuevo medio de representación de la voluntad negocial.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo (2001) *Los contratos electrónicos*. Buenos Aires, Edit. Abeledo.

¹⁵ Disponible en <http://www.rae.es> (Consultada 10-04-2013)

¹⁶ Artículo 1133 del Código Civil Venezolano Gaceta Oficial Extraordinaria No. 2990 de fecha 26-07-1982, en su Capítulo de las Obligaciones define al contrato así: «El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico»

¹⁷ DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2001) *Manual del derecho informático*, Navarra, Edit. Aranzadi, S.A. p.165

bienes y servicios venezolana¹⁸, pero haciéndose referencia a una de las modalidades del comercio electrónico aquella desarrollada entre proveedores y consumidores o B2C.

Por su parte, la Ley 34/2002 de 11 de julio, denominada Ley de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico española (en adelante LSSICE), si define el contrato electrónico o contrato celebrado por vía electrónica, como: “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.

Según la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (2005: 06)¹⁹, para entender un contrato como contrato electrónico, es necesario que cumpla dos requerimientos y, ello es aplicable para cualquier contrato electrónico independientemente de los sujetos que intervengan en la actividad de comercio electrónico. Estos requerimientos son:

- a) Contratos a distancia, sin presencia física de las partes contratantes, lo que implica que la oferta y la aceptación se manifiestan a través de medios electrónicos. Por lo tanto, no se entenderá como contrato electrónico aquél en el que sólo la oferta o sólo la aceptación tengan lugar por medios electrónicos.
- b) Contratos celebrados a través de redes telemáticas. Una vez atendidas las características básicas que la LSSICE, no obstante, esta misma disposición legal en su Art. 23.4, establece una excepción a la anterior definición. Y así los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones no tendrán el carácter de contratación telemática aunque cumpla los requerimientos de distancia y realización a través de redes telemáticas.

En consecuencia, la particularidad distintiva de los contratos concluidos por medios electrónicos o telemáticos, a través del envío de mensajes recíprocos entre las partes, se encuentra precisamente en el vehículo utilizado para la emisión de las correspondientes declaraciones de voluntad, circunstancia de la que derivan los condicionamientos para su admisión y las peculiaridades de su régimen. Sabido es que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, rige el principio de libertad de forma, bastando el mero acuerdo de voluntades para la perfección del contrato.

¹⁸ A los fines de esta Ley, se entenderá como comercio electrónico, cualquier forma de negocio, transacción comercial o intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de cualquier naturaleza. Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas, sin perjuicio de las leyes especiales (Art. 31). Asamblea Nacional. Ley para la Defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.358 de fecha 01-02-2010.

¹⁹ Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (2005) Contratación Electrónica. Capítulo 3 Contratación Telemática. España.

En la contratación electrónica o telemática, comenta Noblia (2005)²⁰ en su estudio de los contratos en el comercio electrónico, inciden dos de los elementos característicos del Derecho Informático: *transversalidad* con respecto al resto de las ramas del Derecho y *carácter predominantemente internacional*, por lo que las reglas que regulan estos contratos se encuentran en todas las ramas del Derecho y en especial en el Derecho Internacional sea Privado o Público; por ello, una de las principales tareas es lograr en materia regulatoria una armonización de criterios.

Sobre tal marco jurídico se volverá a hacer referencia más adelante, con especial referencia a los contratos electrónicos entre proveedores entre sí o B2B.

Para los fines de la investigación, también resulta necesario definir aunque someramente, el escenario donde se desarrolla con mayor fuerza estas operaciones electrónicas, es decir, el denominado comercio electrónico. Por ello, quizás el legislador patrio se concentra en definir la actividad de comercio electrónico pero haciendo hincapié en el caso de que uno de sus actores sea el consumidor, como se indicara anteriormente. En este sentido, siguiendo a la Comisión Europea, también hay una definición del comercio electrónico como sigue:

“cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la Administración. Se incluye el pedido y pago electrónico y *on-line* de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío *on-line* de servicios como publicaciones, software e información. Asimismo, se incluyen actividades como diseño e ingeniería cooperativa, Marketing, comercio compartido (*Trade Sharing*), subastas y servicios post-venta”²¹

Se observa que esta definición a diferencia de la definición que tiene el legislador venezolano, es una definición amplia de comercio electrónico, comprende el comercio electrónico entre proveedores y consumidores, pero también incluye el comercio electrónico entre proveedores entre sí y de éstos con la Administración pública.

Otra definición es calificar al comercio electrónico como “cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compraventa electrónica de bienes, información o

20 NOBLIA, A. (2005) Uruguay: “Perfeccionamiento de los Contratos en el Comercio Electrónico”. En: *Revista de Derecho informático*. No. 83, Año 2005.

21 Disponible en: http://europa.eu/pol/index_es.htm (Consultado 12-11-2012)

servicios, sino también el uso de la Red para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.”²²

Dentro de este escenario, entonces se debe concluir que son tres los principales actores: las empresas, los consumidores y las administraciones, los cuales han dado lugar a tres tipos básicos de comercio electrónico:

- a. Entre empresas o B2B (business to business)
- b. Entre empresas y consumidor o B2C (business to consumers)
- c. Entre empresas y Administración o B2A (business to Administrations)

III. Elementos del Derecho de la contratación electrónica

Puede distinguirse dos grupos de elementos: los objetivos, que son susceptibles de empleo por los sujetos involucrados en el tráfico mercantil con la finalidad de llevarlo a término por vía electrónica (mensaje de datos, norma técnica de estructuración del mensaje de datos, firma electrónica, sistemas de información y redes de transmisión de datos), y los subjetivos, que son los sujetos destinatarios de los mandatos y privilegios legales, así como de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos mediante contratación electrónica (iniciador del mensaje de datos, destinatario del mismo, intermediarios y el proveedor de servicios de certificación electrónica).

1. Elementos objetivos

a. Mensaje de datos, o *data message*

La definición se encuentra recogida en la Ley Modelo de Comercio Electrónico²³, art. 2 a): “Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI)²⁴, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

En Venezuela, el Decreto-ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas²⁵ define en su art. 2 el mensaje de datos como “toda información

22 NEWMAN RODRÍGUEZ, Silvana, “Aproximación a la formación del contrato electrónico en la Legislación Española”. En: http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm Consultado 03-03-2013.

23 Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Ley Modelo de Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al Derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5bis aprobado en 1998, Naciones Unidas 1999.

24 Intercambio electrónico de datos EDI (en inglés, *Electronic Data Interchange*).

25 Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, No. 1.204, de fecha 10 de febrero de 2001, Gaceta Oficial No. 37.148 de fecha 28 de febrero de 2001, Venezuela

inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”.

De lo cual se infiere que un mensaje de datos es principalmente información. Dicha información constituirá una declaración de voluntad o de ciencia en función de su contenido y de la intención de quién la genera y firma. Además la información se caracteriza por ser objeto de tratamiento por medios electrónicos, ópticos o similares, y sólo en la medida en que dicho tratamiento tenga lugar en la declaración de voluntad del emisor adquiere la categoría de mensaje de datos. Si dicho tratamiento no tiene lugar, la comunicación no adquiere la categoría de mensaje de datos.

La bilateralidad del mensaje de datos excluye la condición de tal a toda información carente inicialmente de soporte electrónico, el cual es adquirido posteriormente a su configuración inicial verbal o manual como consecuencia de una actuación unilateral de su emisor o destinatario con fines distintos a la transmisión. Por tanto, no es mensaje de datos la *electronificación*²⁶ de una carta o el *back-up* de un documento, que constituye tan sólo mera copia de los mismos.

La libertad de configuración del mensaje por parte del iniciador es nula, ya que su libertad se restringe a la determinación del contenido de los huecos que presenta el mensaje en cuestión, requiriéndose que aquellos sean completados para que el EDI adquiera integridad. Esta estructura tiene su fundamento en que la frecuencia de su empleo en el tráfico negocial y la importancia de su contenido hace conveniente someter a una forma o formato electrónico riguroso, preciso y fácilmente utilizable por los sujetos, lo que evita errores innecesarios. Además, los mensajes de datos sólo generan derechos y obligaciones entre las partes si constituyen perfectos EDI. A estos efectos, la convención para el uso de la norma técnica específica ha de existir antes de la emisión del mensaje y obliga a sus contratantes a su uso con forma de mensaje de datos, por lo que las partes que la vayan a utilizar han de conocer su existencia, características y empleo, así como deberán dotarse del equipo necesario para llevarlo a cabo (hardware y software).

²⁶ Término acuñado principalmente por la doctrina española, para referirse a la sustitución del papel, comúnmente utilizado para documentar los actos jurídicos, por soportes electrónicos. Ver En este sentido, Recalde Castel e Illescas Ortiz. Vid., Illescas Ortiz, Rafael, *Obra. citada.* y RECALDÉ CASTELLS, Andrés. “La electronificación del título valor”, en *Revista de la Contratación Electrónica*, N° 19, Madrid, septiembre (2001) pp. 61-108 e ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid, Editorial Civitas (2001) en diversas secciones de esta obra el autor utiliza el término “electronificación”.

b. La firma electrónica

Es uno de los elementos más importantes. Está regulado en España por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica²⁷ y en el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica²⁸. En el caso de Venezuela, el referido Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, define en su art. 2 la firma electrónica como “información creada o utilizada por el signatario asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado”.

La firma electrónica es una pieza fundamental en la seguridad del comercio electrónico y por ende de la contratación electrónica o telemática. Es un medio electrónico mediante el cual se atribuye origen personal cierto a un mensaje de datos y atribuye la conformidad del firmante con el contenido de lo firmado. Según Berning (2008)²⁹, las funciones que ejerce son:

- Identificación y atribución del mensaje y la información contenida en él (origen y voluntad del autor).
- Función de privacidad (cifrado del mensaje y nombre del firmante).
- Función de seguridad e integridad (evidencia de la apertura o alteración del mensaje entre el momento de su emisión firmada y la llegada a su destinatario).

En España a través de la Ley 59/2003 y el Real Decreto Ley 14/1999, así como en la legislación venezolana, se hace patente la preeminencia de los principios de equivalencia funcional y no discriminación, de inalterabilidad del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados y de neutralidad tecnológica³⁰. Además se reconoce la libre competencia de los operadores de mercado en la prestación de servicios de certificación de firma electrónica, así como la libre prestación dentro de la Unión Europea de estos servicios (Directiva 2000/31)³¹, la responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Certificación (PSC), recogida también en la Directiva 1999/93³².

²⁷ Agencia Estatal Boletín oficial del estado No. 304 del 20 de diciembre de 2003 Ley 59/2003 de firma electrónica, Madrid, España.

²⁸ Agencia Estatal Boletín Oficial de estado No. 224 de fecha 18 de septiembre de 1999. Real Decreto 14/1999 sobre firma electrónica de fecha 17-09-1999. Madrid España.

²⁹ BERNING, Antonio (2008) Comercio electrónico Disponible en: www.noticias.juridicas.com/articulos/20 (Consultado 10 de abril de 2013).

³⁰ Principios que serán objeto de estudio más adelante

³¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) *Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000*

³² Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por lo que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. *Diario Oficial n° L13/12 de 19-01-2000*

c. Sistemas de información

Es todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos. La ley española distingue en esta materia entre “equipo terminal” y “redes”, en la parte vigente de la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, de 24 de abril, parcialmente derogada por la Ley 32/2003 en la materia. En este caso, el sistema de información no es tan relevante, con base al principio de neutralidad tecnológica, citando simplemente al agente electrónico como el sistema que contrata automáticamente tras constatar una necesidad de ello, sin necesidad de que el empresario deba expresamente exigirlo cada vez. En Venezuela, el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas mencionado considera en su art. 2, que el sistema de información es “aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma mensajes de datos”.

d. Redes de transmisión de datos

Son los equipos electrónicos bajo el control de las partes contratantes que se comunican entre sí haciendo llegar a las partes las voluntades negociales desde el oferente al aceptante o viceversa, conduciendo a la perfección electrónica del contrato. En la Ley General de Telecomunicaciones española³³ se distingue entre red de telecomunicaciones (telefónica, Internet,...), red pública (directorio bibliotecario, por ejemplo) o red privada (Intranet). Internet es el sistema de contratación electrónica por antonomasia, ya que es creciente el uso de transacciones operadas mediante correo electrónico o directamente de las páginas Web en la red. Aparecen además en el tráfico terceras personas distintas de los contratantes, que contribuyen a la seguridad y secreto de los mensajes de datos que circulan a través de redes públicas y cuya configuración es semejante a la de las redes privadas.

En el caso de Venezuela, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones³⁴ en su artículo 130 establece: “Los operadores de redes de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. La interconexión se hará de acuerdo con los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores...”

³³ Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado nº 99 de 25 de abril de 1998. Ley 11/98 General de telecomunicaciones de 24-04-1998. Derogada parcialmente por la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones 3-11-2003. Boletín Oficial de Estado nº 264 de fecha 4 de noviembre de 2003,

³⁴ Comisión Legislativa Nacional. Ley orgánica de Telecomunicaciones de fecha 1-06-2000.

2. Elementos subjetivos

Poseen máximo exponente en la materia, al concebir los elementos más importantes, sin menoscabo de los demás.

a. El iniciador –signatario- del mensaje de datos

Es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica que representa. Esto requiere que no sea un intermediario.

- Es la persona física o jurídica que envía o genera un mensaje de datos.
- La identidad del iniciador debe encontrarse en el texto del mensaje de datos, no en un documento electrónico o no electrónico distinto del mensaje de datos generado o enviado.
- Exigencia de que en el mensaje de datos conste una firma electrónica avanzada o no avanzada, ya que no existe ningún otro medio para lograr que en el mensaje de datos quede identificado su iniciador. La identificación es un factor determinante de la atribución de su contenido a persona concreta y con fuerza probatoria: sin identificación no es válido el mensaje de datos como prueba en juicio.
- El mensaje de datos es equiparable a la correspondencia, facturas y demás documentos (contables...) mercantiles.
- El iniciador debe actuar por cuenta propia, con independencia de que se trate de persona física o jurídica. También se considerará jurídicamente iniciador al tercero por cuya cuenta actúa quién materialmente lleva a cabo la expedición de los mensajes, con independencia de que ostente o no su representación.

La legislación española que desarrolla el contenido de la Directiva 1999/93 en su artículo 8.3 permite la identificación del iniciador de modo parcial e incompleto tanto en el mensaje de datos como en el certificado de firma electrónica avanzada, cuya finalidad es mantener la privacidad del contratante en un entorno abierto, sin perjuicio de que posteriormente, en caso de incumplimiento o reclamación, se requiera a dicho contratante electrónico para ser completamente identificado. En Venezuela, el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas consagra en su art. 2 que el signatario “es la persona titular de una firma electrónica o certificado electrónico”.

- Se puede hablar de iniciador incluso cuando el acto o archivo electrónico no tenga destinatario externo ajeno a la esfera de control de dicho iniciador. Esto se debe a la existencia de actos electrónicos internos que actúan sólo en entorno cerrado e intranets. Se recoge la posibilidad

de que las anotaciones contables electrónicas sean transformadas en datos electrónicos.

- Debemos concluir destacando que el simple archivo de un mensaje de datos no convierte en iniciador al individuo, sino que lo es el que genera o envía el mensaje para su posterior archivo.

b. El destinatario

Satisface las funciones clásicas de la contraparte en un contrato bilateral. Dos son los factores que configuran al destinatario del mensaje de datos.

- Factor positivo: el destinatario debe ser la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, por lo que es éste el que posee la absoluta facultad de designar a su destinatario, y como consecuencia, quién conozca y reciba un mensaje de datos sin ser designado en su contenido como destinatario del mismo no adquirirá derecho ni obligación alguna derivada del mismo. Venezuela en su Decreto-Ley art. 2 ratifica que el destinatario “es la persona a quien va dirigido el mensaje de datos”.
- Factor negativo: el art. 2 d) de la Ley Modelo de comercio electrónico establece que el destinatario no puede ser nadie designado a título de intermediario respecto al mensaje de datos.
- Existen algunas excepciones, como cuando se expiden mensajes de datos destinados a la generalidad o que son ofertas “*ad incertam personam*”, lo que se conoce como correo basura o *spam*, que son invitaciones a ofertar, no simple publicidad que carece de destinatario designado. En cada caso habrá que fijar el alcance legal según su contenido y sentido literal de sus cláusulas.

Es una cuestión importante concretar que es obligatorio exigir que el iniciador se identifique de modo electrónico a su destinatario, implicando que éste posea dirección electrónica y que la misma esté dotada de un sistema de información adecuado para la recepción de mensajes. Hay por tanto íntima conexión del destinatario con su equipo y dirección. Cualquier mensaje de datos que carezca de dirección electrónica de su destinatario no producirá efectos.

Por otra parte, de los mandatos del art. 1137 del Código Civil venezolano en conjunto con el art. 112 del Código de Comercio nacional³⁵ y así también lo contempla el Código de Comercio español³⁶ en su art. 54, se puede extraer que

³⁵ Congreso de la República de Venezuela Código de Comercio con la Ley de Reforma parcial del Código de comercio, sancionado por el Congreso en 1955 (Gaceta oficial Extraordinaria no. 475, de fecha 23-07-1955).

³⁶ Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado nº 1885-6627, Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

la contestación o aceptación de la oferta es determinante para la perfección del contrato, y además que la voluntad de la contestación sea recepticia. Es decir, el destinatario también está llamado a observar un mínimo de diligencia, que se basa en:

- El destinatario debe determinar por un sistema fiable la procedencia del mensaje, siendo la firma electrónica el método más usado.
- El destinatario ha de mantener el equipo y la dirección facilitada al iniciador en estado operativo con la finalidad de que la recepción de los mensajes de datos no sean frustrados por culpa imputable a él.
- Al no existir inconveniente para que a lo largo del tracto precontractual o contractual se pueda alternar el medio electrónico con el soporte de papel, se deberán tomar las precauciones necesarias para evitar que se produzca una doble emisión de voluntad sobre un mismo objeto contractual.
- Enviar acuse de recibo al iniciador (emisor) en caso de que éste se lo hubiera solicitado. Se denota en los contratos electrónicos una alternancia de las partes en su papel: en este caso el destinatario se vuelve emisor del documento confirmatorio.

Todo destinatario diligente de buena fe que observa esta conducta descrita tiene la facultad de atribuir al iniciador del mensaje de datos su contenido, y, por tanto, ejecutar el contrato convenido adecuándose a los términos y condiciones que en él se detallan, siempre que el mensaje contenga una oferta firme de contrato. Otra posibilidad es lanzar una contraoferta o hacer uso del silencio.

c. Intermediarios

Se debe inicialmente diferenciar dos tipos de intermediarios para lograr una definición perfecta. Por un lado se encuentran los intermediarios cerrados, que son aquellos cuyo acceso potencial por los usuarios con fines negociales está limitado a un acuerdo previo con él mismo. Los abiertos son aquellos con accesibilidad general por todo usuario o futuro contratante con terceros.

Además, existen varias funciones que cumplen los distintos intermediarios:

- Transporte de los mensajes de datos del emisor al destinatario.
- Acceso a las redes para llevar a cabo dicho transporte.
- Servicios relacionados directamente con el transporte de los mensajes de datos.
- Servicios de certificación de firma electrónica.

Pero jurídicamente no se establecen contratos de intermediación. Los intermediarios se obligan a prestar servicios relacionados con el mensaje de

datos de forma continua (acceso Web, Internet, e-mail,...), y se prestan simultánea y de forma acumulativa.

Por todo ello es difícil establecer responsabilidad en Internet, sobre todo por la dificultad de prueba que ello acarrea. No obstante, si la prueba se practica, la responsabilidad del operador que produjo la pérdida o error del mensaje de datos se concreta en indemnización por daños y perjuicios que deberá ser declarada judicialmente.

En este tipo de interviniente de la contratación electrónica se incluyen también los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica, con una normativa positivada más exigente con el prestador de servicios, siendo tal regulación la Directiva comunitaria 1999/93 y el Real Decreto Ley 14/1999. Venezuela no tiene un régimen de responsabilidad específica para el Proveedor de Servicios de Certificación, pero es perfectamente válida la aplicación de la teoría de la responsabilidad en materia de obligaciones, dado el principio de Inalterabilidad del Derecho preexistente de obligaciones y contratos

IV. Principios jurídicos de la contratación electrónica en el marco del comercio electrónico

1. Principio de la armonización de la legislación en la materia

Tal principio puede inferirse de lo señalado por González (2004: 54)³⁷.

“el régimen jurídico de los contratos electrónicos coincide sustancialmente con el de aquellos en los que su conclusión tiene lugar fuera de la Red. Sin embargo en estos casos los participantes son heterogéneos, con frecuencia desconocidos, figurando tanto consumidores o usuarios, como empresarios o profesionales e incluso Administraciones públicas, resultando necesario una cierta adaptación del ordenamiento jurídico ante los conflictos sobrevenidos”

Precisamente es la amplia y dispersa normativa aplicable al comercio electrónico, la que ha impulsado a considerar en el ámbito mercantil, desde hace ya varios años, la aplicación de normas y principios de manera armónica, pues de lo contrario sería muy difícil el desarrollo de actividades comerciales a nivel mundial. Por ello, a continuación se describirán brevemente regulaciones internas e iniciativas de organizaciones internacionales, tanto en el caso de España como de Venezuela, pero también comunitarias y otras de carácter internacional aplicables a la materia del comercio electrónico y en lo particular a la contratación que en dicho escenario se desarrolla.

³⁷ GONZALEZ MALAVIA, Sergio (2004) *Tutela Judicial del comercio electrónico*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 54.

1.1. Instrumentos normativos del Derecho español y venezolano

a. El Código Civil: establece la regulación básica de Derecho Civil, con condiciones básicas para la contratación. Por tanto, en este marco regulatorio rigen los principios de libertad y autonomía de la voluntad, con unas exigencias mínimas de estructura del contrato: consentimiento (oferta y aceptación), objeto y causa. Se incluye la forma cuando funciona en su vertiente “*ad solemnitatem*” (obligatoria). Y así se ha evidenciado tanto en el código español como en el Código Civil venezolano ambos referenciados.

b. El Código de Comercio contiene algunas normas preceptivas cuando se trata de contratación mercantil, entre comerciantes. Y por ello, resulta sumamente oportuno citarlo para el caso de la contratación electrónica y, así se ha señalado en sus respectivas oportunidades el código de comercio español y venezolano.

c. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³⁸. Contiene un marco normativo protector de esta clase de receptores de bienes o servicios, cuyas normas de obligado cumplimiento se destinan a la información del consumidor, redacción de las cláusulas en el contrato, régimen de garantías y responsabilidades y determinación de cláusulas abusivas. Es de aplicación plena a la contratación electrónica. En el caso de Venezuela, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso para los Bienes y Servicios, Gaceta Oficial No. 39.358 de fecha 1º de febrero de 2010, que tiene algunas disposiciones aplicables a la problemática planteada.

d. Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica, con su par en el caso de la legislación nacional con el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas No. 1.024 de fecha 10 de febrero de 2001, ambas disposiciones, bajo el marco de la Ley Modelo de Firma Electrónica de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), establecen y regulan la validez de la firma electrónica en el escenario español y venezolano respectivamente y, las condiciones para que sean efectivas jurídicamente y la regulación de las entidades que ofrecen tal soporte electrónico, como los servicios de certificación y verificación de la misma. Es un método muy útil, al proteger los mensajes de datos del tráfico comercial mercantil, garantizando el consentimiento válidamente expresado y eliminando errores de identificación.

³⁸ Agencia Estatal Boletín oficial del Estado nº 287 de 30 de noviembre de 2007 Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

1.2. Instrumentos normativos del Derecho español

a. La Ley 7/1998, de 14 de abril, de Condiciones Generales de la contratación³⁹. Establece el régimen jurídico de las cláusulas predispuestas en los contratos, denominados contratos de adhesión al imponerse por una de las partes a la otra, sin negociación. Son aplicables a la contratación electrónica, al ser este sistema el más extendido en Internet.

b. La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista⁴⁰. Establece el régimen general del comercio minorista, regulándose la venta a distancia, de especial aplicación en el comercio electrónico, en sede de B2C ya que no se contempla la modalidad B2B (de empresario a empresario).

c. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

d. El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación⁴¹.

1.3. Instrumentos normativos de la Comunidad Europea

- a. Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados con Consumidores⁴². Aproxima y armoniza las legislaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea, de aplicación en cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente (contratos de adhesión). Establece una norma general para la Unión, a la que se puede recurrir en caso de existir lagunas en el ordenamiento de alguno de los Estados Miembros.
- b. Directiva 97/7, de 20 de mayo, de Protección de los Consumidores en Materia de Contratos a Distancia⁴³. Su objetivo es establecer un marco común en la UE, es decir, establece los requisitos mínimos

³⁹ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado nº 89 de 14 de abril de 1998, Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación de fecha 13 de abril de 1998.

⁴⁰ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado nº 15 de 17 de enero de 1996. Ley 7/1996 de 15 de enero de ordenación del comercio de minoristas

⁴¹ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado nº 313 de 31 de diciembre de 1999, Real Decreto 1906/1999 por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación

⁴² Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores *Diario Oficial nº L 095 de 21/04/1993*

⁴³ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia - Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6 - Declaración de la Comisión sobre el primer guión del apartado 1 del artículo 3 *Diario Oficial nº L 144 de 04/06/1997*

- que deben tener las transacciones a distancia, incluyendo Internet. Se regula la información previa, la confirmación escrita del mensaje, cumplimiento contractual, regulación del pago con tarjeta, y limitaciones del empleo de técnicas de comunicación como el fax.
- c. Directiva 99/93, de 13 de diciembre, por el que se establece un Marco Comunitario para la Firma Electrónica⁴⁴. Su finalidad es facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico, así como algunos servicios de certificación. Su importancia radica en la equiparación de la firma electrónica a la manuscrita.
 - d. Directiva 2000/31, de 8 de junio, de Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior⁴⁵. Son servicios prestados normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios (libro digital, audio o video, catálogo en línea de páginas).

1.4. Iniciativas comunitarias de la región de América Latina

- a. Proyecto Mercosur Digital Apoyando a la Sociedad de la Información del Mercosur⁴⁶: es un proyecto que busca crear las condiciones para que exista un fluido comercio electrónico entre los propios países del Mercosur y con la Unión Europea a través de la armonización regulatoria, la implementación de infraestructura técnica, el intercambio de conocimientos y la capacitación que diseminará los contenidos sobre Tecnologías de la información, PYMEs y temas de Sociedad de la Información en general
- b. Los Grupos de Trabajo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI): Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico creado de acuerdo a lo resuelto en la 763a. Sesión del Comité de Representantes (ALADI/CR/Acta 763), reunido el 7 de marzo de 2001. Y el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico y Tecnologías de las Informaciones y Comunicaciones, Grupo de Trabajo creado de acuerdo a lo resuelto en la 837a. Sesión del Comité

44 Directiva 2004/86/CE de la Comisión, de 5 de julio de 2004, por la que se modifica para adaptarla al progreso técnico la Directiva 93/93/CEE del Consejo, relativa a las masas y dimensiones de los vehículos de motor de dos o tres ruedas *Diario Oficial n° L 236 de 07/07/2004*

45 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) *Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000*

46 PEÑA, Margarita (2010) Proyecto Mercosur Digital Apoyando a la Sociedad de la Información del Mercosur SELA. *II Encuentro Regional Latinoamericano y del Caribe sobre Ventanillas Únicas de Comercio Exterior: Avances y retos pendientes Valparaíso, Chile 1 y 2 de diciembre de 2010 SP/SNA-CHILE/II-ERLC-VUCE:arp/Di N° 9-10*

de Representantes (ALADI/CR/Acta 837), reunido el 25 de junio de 2003.

- c. La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR): En Brasilia, el 29 de noviembre de 2011 los Ministros de Comunicaciones de los países miembros de la UNASUR se reunieron dentro del Consejo Suramericano de Infraestructura y Planeamiento (COSIPLAN) con el objetivo de estructurar la creación de una directriz que estimule el uso intensivo de Tecnologías de Información y de Comunicaciones (TICs), superando las barreras geográficas y operativas en América del Sur.

El Consejo promoverá proyectos para la integración suramericana mediante el uso de TICs con responsabilidad ambiental y participación social. Se esforzará para acelerar el actual nivel de desarrollo de la infraestructura de comunicaciones en el territorio de UNASUR y de esta manera poder implementar de manera asertiva políticas públicas en materia de salud, empleo, educación, seguridad, y Administración pública, entre otros, a través de un uso democrático y asequible de Internet de banda ancha.

Entre los puntos más relevantes en materia de inversión en infraestructura de TICs, está el proyecto para expandir las interconexiones entre los países suramericanos, construir un Anillo Óptico Suramericano, las salidas internacionales por cables submarinos y la integración de las redes nacionales de investigación y educación en el contexto intra-regional y global.

1.5. Instrumentos normativos internacionales aplicables tanto para Venezuela como para España

Como bien afirma González (2004)⁴⁷, numerosas son las organizaciones intergubernamentales (la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en sus siglas en español –CNUDMI–, la Organización Mundial de Comercio en su siglas en español –OMC) o privadas como la Cámara de Comercio Internacional, que se han ocupado de la contratación electrónica a nivel internacional. La principal crítica a este tipo de acuerdos o convenciones se debe a su carácter rígido, que no se corresponde con las necesidades del tráfico, con la rápida transformación tecnológica ni con el carácter descentralizado de Internet, lo cual ha llevado al uso preferido de los denominados usos comerciales o principios generales en materia contractual. Sin embargo, a los fines de que los gobiernos se vean cada vez más comprometidos para elaborar políticas propulsoras para el desarrollo, estos instrumentos

47 GONZALEZ MALABIA, Sergio (2004) *Obra Citada*

resultan supremamente útiles. Por ello, se hará una descripción mayor de los dos últimos documentos, que se señalan a continuación:

- a. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de fecha 23 de noviembre de 2005⁴⁸. Esta convención tiene por objeto facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional garantizando que los contratos concertados electrónicamente y las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel
- b. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico. Es un texto adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 29º periodo de sesiones, de 28 de mayo a 14 de junio de 1996, en Nueva York.
- c. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Su aplicación se da en el marco del comercio electrónico entre empresas, por ello se hará una referencia especial en este trabajo.
- d. De igual modo merece especial atención el documento preparado por la Secretaría de la OMC en el seno de su Comité de Comercio y Desarrollo como parte de su Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico. El documento intitulado: El Comercio Electrónico, el Desarrollo y las Pequeñas y Medianas Empresas bajo la nomenclatura WT/COMTD/W/193 de fecha 14 de febrero de 2013, será objeto de descripción un poco más detallada.

Como se puede observar, son numerosos los textos reguladores y los documentos e informes que sobre la temática existen, que requieren de un proceso integrador para ser aplicados y garantizar seguridad jurídica en las diferentes regiones.

Siguiendo a Morales (2007)⁴⁹, otros principios jurídicos serían:

⁴⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de fecha 23 de noviembre de 2005.

⁴⁹ MORALES NEIRA; María de los Ángeles (2007) "Especificidades del contrato electrónico en la normativa ecuatoriana vigente". Tesis de Maestría en Derecho, Mención Derecho del Mercado, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

2. *Principio de la autonomía de la voluntad*

Se respetará en toda forma contractual la voluntad de las partes. Entendido como la amplia libertad reconocida por el ordenamiento jurídico que poseen los contratantes

3. *Principio de la libertad contractual*

La aplicación de la autonomía de la voluntad, consiste en la libertad que gozan los particulares para celebrar los contratos que acordasen, respetando la ley y las buenas costumbres

4. *Principio de la fuerza obligatoria de los contratos y negocios jurídicos*

Se funda en el aforismo *pacta sun servanda*, que quiere decir que los pactos deben observarse, las palabras cumplirse tal como se acordaron.

5. *Principio de la buena fe y la lealtad negocial*

Obliga a las partes intervinientes a no actuar de una forma desleal en el proceso de negociación mediante medios electrónicos hasta la conclusión del acuerdo.

6. *Principio de no discriminación*

Las partes son libres de utilizar cualquier instrumento, el principio jurídico aplicable es el de “no discriminación” o conocido también como de equivalencia funcional⁵⁰, de manera que el documento escrito tiene igual valor o equivalencia que el documento realizado a través de medios electrónicos

7. *Principio de protección de confidencialidad y privacidad*

Significa que toda persona tendrá derecho a la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia, guardándose el secreto de los asuntos ajenos al hecho que se motive su examen, el mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación, en este caso la información a través de medios electrónicos⁵¹.

⁵⁰ Al cual ya se hizo referencia al inicio del trabajo

⁵¹ Art. 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial No. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

8. Principio de la independencia del soporte

El contenido electrónico del contrato es independiente del soporte técnico utilizado en la transmisión de la voluntad⁵².

V. Algunos instrumentos internacionales con impacto para el comercio electrónico B2B en Venezuela y España

Se han escogido dos: la Convención de Viena de 1980 y el Documento emitido por la Secretaría de la OMC, por su flexibilidad y en consecuencia fácil aplicabilidad y adopción.

1. La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

Las ventas celebradas en Internet, pueden adquirir una dimensión nacional cuando el comprador y el vendedor son sujetos a una misma legislación o un carácter internacional, cuando se trata de sujetos sometidos a distintas legislaciones. En estos casos, en el marco del comercio electrónico entre empresas, se considera de aplicación la normativa contenida en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Resalta Rico (2005)⁵³ El ámbito de aplicación de la Convención de Viena se encuentra establecido en los artículos 1 y 2..., ésta se considera aplicable cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados contratantes diferentes, esto es independiente de la nacionalidad de las partes, el lugar de conclusión del contrato o el lugar donde estén situadas las mercancías.

Agrega Rico (2005:157) que “el principal problema que se presentaría en el momento de determinar la aplicación de la Convención en una venta celebrada a través de Internet, está referido a la determinación del concepto de *establecimiento*, en los casos de empresas totalmente virtuales que carecen de establecimiento físico”⁵⁴. Sin embargo, la propia Convención regula el supuesto de la falta de establecimiento de una de las partes, entendiéndose que en estos casos se tendrá en cuenta su residencia habitual (Art. 10), de manera que si se hace imposible la determinación del lugar del establecimiento de una tienda virtual, se acudirá a la residencia habitual de las partes para determinar la ubicación de su establecimiento mercantil.

⁵² Efraín TORRES CHAVEZ, *Breves Comentarios a la Ley de comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*, Quito-Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones 2002, p. 67

⁵³ RICO CARRILLO, Mariliana, *Ob. Cit.*

⁵⁴ RICO, *Ob. Cit.* pp.157

Ahora bien, se debe acotar que Venezuela suscribió la referida Convención de Viena en el año 1981, pero aún no la ha ratificado⁵⁵ y, aunque ello implica que tal acuerdo no forma parte de su Derecho interno, la falta de tal incorporación al Derecho interno no representa un obstáculo para su aplicación, ya que las partes pueden acordar someterse a sus disposiciones libremente en virtud del principio de libertad de pacto. En estos casos, sus normas serían de obligatorio cumplimiento bajo la premisa establecida del contrato es ley entre las partes, de ahí el estudiarla.

En el caso de España se adhirió a la Convención por instrumento de 17 de julio de 1990, publicado en el Boletín Oficial del Estado, No.26 de fecha 30 de enero de 1991, que entró en vigor el día 1 de agosto de 1991.

2. Documento de la OMC: El comercio electrónico, el desarrollo y las pequeñas y medianas empresas

Del documento en descripción se pueden extraer algunos aspectos relevantes para la investigación, tales como:

- Al describir la contratación electrónica en el marco del comercio electrónico B2B, es necesario establecer que los actores en este tipo de comercio son las empresas mayoristas, medianas o pequeñas. El documento de la OMC, hace especial referencia a las pequeñas y medianas empresas (en adelante PYMEs), definiéndolas a partir de su activo neto, el número de trabajadores, las cifras de ventas y el nivel de las inversiones, pero el más habitualmente usado es el número total de trabajadores. Por ejemplo, un determinado país puede entender que son PYMEs las empresas que tienen menos de 500 trabajadores, y otro establecer la línea divisoria en 250⁵⁶.
- Adquieren especial interés las denominadas PYMEs, dado a que un estudio de la UNCTAD⁵⁷ ha puesto de manifiesto que las mismas, aunque generalmente a la zaga en lo que respecta a las TICs, son las que más pueden beneficiarse del aumento de la productividad gracias al comercio electrónico. No obstante, las PYMEs corren realmente el riesgo de perder oportunidades en cuanto a la productividad y a la rentabilidad al no realizar operaciones de comercio electrónico⁵⁸. Corresponde además a las PYMEs un importante papel en las economías de los países en

⁵⁵ Este es el dato consolidado a abril de 2013. Es recomendable revisar de forma permanente el estado de la Convención en www.uncitral.org

⁵⁶ Disponible en: http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/84797-1114437274304/SME_globe.pdf. (Consultado en 12-11-2012)

⁵⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) Disponible en <http://www.unctad.org> (Consultado 08-04-2013)

⁵⁸ Disponible <http://www.unctad.org> UNCTAD, *IER 2004*.(Consultado 30-11-2012)

desarrollo, por cuanto es en esos países en donde tienen mayores posibilidades de beneficiarse del comercio electrónico⁵⁹. La medida en que las PYMEs usan las TICs depende del sector a que pertenecen y del tamaño de la empresa. En general, las PYMEs orientadas a la exportación o la importación y las que desarrollan actividades en el sector turístico tienen mayores incentivos para invertir en la utilización de TICs.⁶⁰

- De igual manera, la creciente interacción de las PYMEs con proveedores y clientes extranjeros está llevando a la mayoría de las empresas de los países en desarrollo a conectarse a Internet para utilizar el correo electrónico. La adopción de TICs por las PYMEs en los países en desarrollo constituye en gran medida un proceso impulsado por el mercado y se espera que la competencia acabe por hacer las TICs más asequibles y permita una mayor participación de las PYMEs en el comercio electrónico. La competencia mundial es un importante motor de este proceso, especialmente en el caso de las empresas orientadas a la exportación. Muchos compradores de los países desarrollados que desean adquirir productos agrícolas o artículos de artesanía de países en desarrollo esperan que sus proveedores, normalmente PYMEs de países en desarrollo, se conecten a la cadena de la oferta mundial en línea⁶¹.
- Aunque las investigaciones han puesto de manifiesto que son sobre todo las grandes empresas multinacionales las que más se han beneficiado del comercio electrónico, se ha constatado que son las PYMEs las que tienen mayores posibilidades de incrementar su productividad gracias a ese tipo de comercio. No obstante, en la mayoría de las PYMEs el uso de Internet está limitado a su utilización por los directivos, para la comunicación por correo electrónico y para realizar búsquedas sencillas en la red, sobre todo en los países en desarrollo en los que los modos de acceso son lentos. Incluso en los pocos casos en los que las PYMEs cuentan con sitios Web, éstos se limitan por lo general a presentar los productos y servicios ofrecidos. Es poco frecuente que esas empresas proporcionen un medio de comprar sus productos o servicios en línea⁶². A pesar de que varios estudios han demostrado que existe una correlación entre la adopción de TICs y la rentabilidad de la empresa, una de las principales razones por las que muchas empresas no han integrado las TICs y el comercio electrónico en su estrategia empresarial es la idea de que su repercusión en la rentabilidad de la empresa es limitada, unida frecuentemente al argumento de que son pocos los proveedores y clientes

59 Disponible [http:// www.unctad.org](http://www.unctad.org) UNCTAD, *IER 2004*.(Consultado 30-11-2012)

60 Disponible [http:// www.unctad.org](http://www.unctad.org) UNCTAD, *IER 2011*. (Consultado 30-11-2012)

61 Disponible [http:// www.unctad.org](http://www.unctad.org) UNCTAD, *IER 2004*. (Consultado 30-11-2012)

62 Disponible [http:// www.unctad.org](http://www.unctad.org) UNCTAD, *Report 2005*.(Consultado 30-11-2012)

que están de hecho conectados en línea⁶³. En cambio, cuando pueden comprobar las ventajas complementarias del uso de las TICs, las PYMEs se muestran más dispuestas a adaptar sus estrategias comerciales⁶⁴.

- Otro aspecto a destacar es que el comercio electrónico ofrece una serie de oportunidades a las PYMEs, debido fundamentalmente a que puede tener un efecto nivelador, ya que brinda a las PYMEs de países en desarrollo las mismas posibilidades que a las de países desarrollados. Dada la coexistencia de todos los sitios en Internet las pequeñas empresas tienen acceso al mismo espacio en Internet que las grandes empresas multinacionales⁶⁵.
- Otro medio de comunicación que facilita el comercio, es el celular o teléfono móvil, pues brinda actualmente más oportunidades a las PYMEs, especialmente en las zonas rurales, lo cual se traduce en desarrollo del comercio en línea. Las estadísticas indican que la tecnología móvil avanza actualmente en las zonas rurales a ritmo rápido. Según la UIT, en 2003 no había cobertura de señal de telefonía celular móvil en el 39% del mundo. En 2010 ese porcentaje había disminuido al 10%⁶⁶.

En consecuencia, existe todo un abanico de posibilidades de desarrollo para las PYMEs a partir del uso de las TICs, en consonancia a la práctica del comercio electrónico B2B, que incidirá positivamente en el desarrollo de los países menos desarrollados donde este tipo de empresa es característica.

VI. Conclusiones

No está en discusión el importante papel de Internet en el comercio electrónico, y el número de usuarios de la red y la penetración de Internet han seguido aumentando en todo el mundo. Aunque en 2006 la mayoría de sus usuarios seguían perteneciendo a economías desarrolladas y éstas continúan estando muy por delante en lo que respecta a la tasa de penetración de Internet, las economías en desarrollo están recuperando rápidamente su retraso. En algún momento de 2010, el número de usuarios de países en desarrollo superó efectivamente al de usuarios de países desarrollados. De hecho, el progreso tecnológico se ha dejado sentir con fuerza tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados y se prevé que esta tendencia se mantenga a medida que el sector atraiga más fondos para investigación y más inversiones.

Se proyecta que desde el 2010 al 2020, en los países desarrollados el despliegue comercial de tecnologías y aparatos de nueva generación dará lugar

63 Disponible [http:// www.unctad.org](http://www.unctad.org) UNCTAD, *IER 2004*. (Consultado 30-11-2012)

64 Disponible [http:// www.unctad.org](http://www.unctad.org) UNCTAD, *IER 2004*. (Consultado 30-11-2012)

65 «E-Commerce: The next global frontier for small businesses», *The Journal of Applied Business Research*. Volumen 17, Número 1.

66 <http://www.itu.int/ITU-D/ict/statistics/index.html>. (Consultado 03-10-2012)

al aumento de la utilización de servicios móviles avanzados, lo que a su vez abrirá un gran número de nuevas posibilidades de comercio electrónico, especialmente en los países en desarrollo. En estos últimos se utilizan ya habitualmente más aplicaciones de datos para hacer negocios (comercio móvil), realizar operaciones bancarias comerciales o minoristas (banca móvil) o encontrar trabajo (contratación laboral móvil).

El contrato electrónico es una especie dentro del contrato informático. En este sentido, el medio electrónico no es sino una nueva modalidad para la formación del consentimiento, requisito esencial para la validez de los contratos. En el caso de Venezuela no hay una definición legal de contrato electrónico o telemático, lo que se define es qué entender por comercio electrónico. Por su parte, la Ley 34/2002 de 11 de julio, denominada Ley de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico española (en adelante LSSSICE), si define el contrato electrónico o contrato celebrado por vía electrónica, como: “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.

En cuanto a qué es el comercio electrónico puede decirse que es cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, incluyendo además de la operación de compraventa electrónica, también el uso de la Red para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc. Dentro de este escenario, entonces concluimos que son tres los principales actores: las empresas, los consumidores y las administraciones, los cuales han dado lugar a tres tipos básicos de comercio electrónico.

La contratación electrónica tiene dos grupos de elementos: los objetivos, que son susceptibles de empleo por los sujetos involucrados en el tráfico mercantil con la finalidad de llevarlo a término por vía electrónica (mensaje de datos, norma técnica de estructuración del mensaje de datos, firma electrónica, sistemas de información y redes de transmisión de datos), y los subjetivos, que son los sujetos destinatarios de los mandatos y privilegios legales, así como de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos mediante contratación electrónica (iniciador del mensaje de datos, destinatario del mismo, intermediarios y el proveedor de servicios de certificación electrónica).

Es necesario la observancia de los principio jurídicos de la contratación electrónica tales como: principio de armonización, autonomía de la voluntad, libertad contractual, principio de la fuerza obligatoria de los contratos y negocios jurídicos, de buena fe y lealtad comercial, no discriminación o equivalencia funcional, principio de protección de confidencialidad y privacidad y el principio de independencia del soporte.

Se han escogido para hacer una referencia especial dos instrumentos: la Convención de Viena de 1980 de las Naciones Unidas sobre Compraventa de Mercaderías y el documento emitido por la Secretaría de la OMC, por su flexibilidad y en consecuencia fácil aplicabilidad y adopción en lo referente al incremento potencial del comercio electrónico desarrollado por las PYMEs.

La alternativa de la conciliación por vía electrónica en los conflictos de consumo

María Inés Arias de Rincón*

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición de conciliación de consumo electrónica. III. Sujetos de la conciliación de consumo electrónica. IV. Principios aplicables en la tramitación del procedimiento conciliatorio por vía electrónica. V. Condiciones previas para la tramitación del procedimiento conciliatorio por vía electrónica. VI. La adhesión pública de los proveedores al procedimiento conciliatorio de consumo por vía electrónica. VII. La necesidad de un certificado electrónico y firma electrónica. VIII. Servicio de notificaciones electrónicas. IX. Tramitación del procedimiento conciliatorio por vía electrónica. X. Conclusiones. XI. Recomendaciones.

Resumen

El objetivo principal de esta investigación se centra en establecer la posibilidad legal de realizar los procedimientos de conciliación con consumidores por medios electrónicos. La investigación es tipo documental y el método utilizado es el deductivo. Se aplica la técnica de recolección de datos en doctrina, legislación y jurisprudencia, a fin de demostrar la viabilidad del trámite electrónico a partir de la normativa vigente en el Derecho venezolano.

Palabras claves: Comercio electrónico. Consumidores. Medios alternos de resolución de conflictos. Conciliación electrónica.

Abstract

The main goal of this research is focused on establishing the legal possibility of using the consumer conciliation procedures by electronic means. The research is of documentary nature and the method used is deductive. The data collection technique

Recibido: 28/6/2013 • Aceptado: 14/7/2013

* Profesora Titular de Informática Jurídica y Derecho Informático Universidad del Zulia, Venezuela. Doctora en Derecho por la Universidad del Zulia, Venezuela. Magíster Scientiarum en Derecho Procesal Civil. Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, España. mariasderincon@gmail.com

in doctrine, legislation, and case law are applied in order to demonstrate the feasibility of electronic procedure from current regulation under Venezuelan law.

Keywords: E-commerce. Consumers. Alternative Means of Dispute Resolution. Electronic Conciliation.

I. Introducción

Para resolver los posibles conflictos entre las personas y el proveedor la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso para los Bienes y Servicios¹, en adelante LDPABIS, establece tres tipos de procedimientos administrativos, a saber:

- Fiscalización

El artículo 110 de la LDPABIS establece que las funcionarias o los funcionarios autorizados por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, dispondrán de amplias facultades de fiscalización para comprobar y exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones previstos en la Ley.

- Medidas preventivas

Los funcionarios autorizados del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, dispondrán de amplias facultades para proceder a dictar y ejecutar las medidas preventivas, cuando exista el peligro del daño, como requisito para adoptar la medida preventiva, dado por el interés individual o colectivo para satisfacer las necesidades en la disposición de bienes y servicios de calidad de manera oportuna, especialmente aquellos inherentes al derecho a la vida, a la salud y a la vivienda.

- Mecanismos alternos de resolución de conflictos

Con la eliminación del procedimiento de arbitraje previsto en la antigua Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la LDPABIS regula la conciliación como único mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

El artículo 114 de la LDPABIS establece que el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, de oficio o a solicitud del denunciante, podrá practicar conciliaciones en la sede del denunciado o en las Oficinas del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, con la presencia del denunciante y denunciado.

¹ Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.358 del 01 de Febrero de 2010.

El artículo 6 de la Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos² (en adelante, LOSTA) establece que los órganos y entes de la Administración Pública en el ámbito de sus competencias, deberán simplificar los trámites administrativos³ que se realicen ante los mismos. A tales fines, elaborarán sus respectivos planes de simplificación de trámites administrativos con fundamento en las bases y principios establecidos en esa Ley y de conformidad con ciertos lineamientos, entre ellos, simplificar y mejorar los trámites administrativos, lo cual supone, rediseñar el trámite utilizando al máximo los elementos tecnológicos.

Por mandato legal, el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios debe impulsar la utilización de las tecnologías para tramitar las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan las personas ante sus oficinas, principalmente en el marco del Comercio Electrónico. En función de ello, se concibe un procedimiento conciliatorio en línea, que abarca desde la presentación de la solicitud del denunciante hasta el levantamiento del acta que pone fin al procedimiento, interactuando la persona denunciante y el proveedor en audiencias virtuales de conciliación con la actuación de un funcionario del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

II. Definición de conciliación de consumo electrónica

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador, que puede ser el juez, otro funcionario público o un particular a fin de que se llegue a un acuerdo que podrá tener efectos de cosas juzgada y prestará mérito ejecutivo.

En disputas de consumo, conciliación es la primera etapa en la que un tercero, en este caso un técnico de consumo, asiste y asesora al consumidor y al comerciante para intentar que lleguen a un acuerdo y den solución a la controversia que se haya suscitado.

El conciliador no impone su decisión sino que ofrece su opinión y trata de favorecer el entendimiento entre las partes para que lleguen a una solución negociada satisfactoria para ambas. Si el consumidor o usuario no está de acuerdo con la opción ofrecida, entonces puede intentar el procedimiento administrativo.

La conciliación de consumo es electrónica cuando se sustancia íntegramente, desde la solicitud de conciliación (denuncia) hasta la terminación del

² Decreto N° 6.265 del 22 de julio de 2008. Publicado en la Gaceta Oficial N° 38.984 del 31 de julio del 2008.

³ Artículo 3° de la LOSTA. A los efectos de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se entiende por trámites administrativos las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan las personas ante los órganos y entes de la Administración Pública.

procedimiento (acta conciliatoria), incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación del procedimiento conciliatorio deba practicarse por medios tradicionales.

Entre las características más resaltantes de la conciliación electrónica encontramos las siguientes:

- Voluntariedad como rasgo general pero no exclusivo pues el acceso al procedimiento conciliatorio es voluntario, deberá constar expresamente por escrito, (aunque puede venir impuesto por la Ley o de oficio).
- Gratuidad.
- Rapidez y simplicidad por cuanto se desarrolla el procedimiento sin formalidades especiales y tramitándose en un corto espacio de tiempo.
- La conciliación busca eludir el procedimiento administrativo
- La conciliación es un medio persuasivo para solucionar el conflicto

III. Sujetos de la conciliación de consumo electrónica

En primer lugar, consumidor o usuario, llamados en la LDPABIS personas.

En el Derecho venezolano la LDPABIS aporta una definición de “personas”, la cual parece regir sólo para el ámbito de la propia Ley, salvo que una Ley remita expresamente a ella.

El artículo 4 LDEPABIS, establece que para los efectos de dicha ley se denominará:

Personas a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final.

La LDPABIS considera personas tanto la persona física como jurídica, habiendo de cumplir esta última las mismas condiciones previstas para las personas físicas: que sean destinatarios finales y no integren los servicios adquiridos en procesos de producción, transformación y comercialización.

La inclusión de las personas jurídicas en igualdad de condiciones que las personas naturales en la noción de “personas” no se explica en la contradicción de la Ley, esta referencia inclusiva a las personas físicas y jurídicas en la definición se presenta como una oposición a lo que es una constante en las legislaciones de avanzada en materia de consumo y el legislador patrio las incluye en sentido contrario con esta tendencia.

Otro elemento de la definición legal de personas es el término «destinatario final»; éste no equivale a “consumidor” o “usuario” y, en este sentido, todos los consumidores y usuarios han de ser destinatarios finales pero no todos los destinatarios finales serán consumidores y usuarios. El término destinatario final forma parte de la noción de consumidor o usuario: consumidores y usuarios son los destinatarios finales de bienes y servicios de cualquier naturaleza. El “destinatario final” representa el último eslabón de la cadena comercial y, cuando

se vincula a consumidor o usuario sugiere que el bien o servicio se recibe para no ser reintegrado en los procesos de producción, transformación y comercialización.

Cuando el legislador vincula el término “destinatario final” a consumo significa que el destino del bien o servicio es ser consumido, lo que en términos económicos quiere decir acabar el proceso económico en un ámbito privado, ajeno a la actividad empresarial⁴.

El último párrafo del artículo 4 LDPABIS establece una delimitación negativa de la noción de consumidor, al establecer quienes no son consumidores o usuarios, al cumplir dos requisitos: Primero, no tener la condición de destinatario final y segundo, adquirir, almacenar, usar o consumir bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización. Como consecuencia quienes adquieran, usen o consuman bienes o servicios con fines comerciales no son consumidores ni usuarios; el consumidor y usuario definido por la LDPABIS es aquel que adquiere bienes o servicios fuera del ámbito de su actividad comercial.

El consumidor y usuario (las personas) definido por la Ley es aquél que cuando adquiere, utilice o disfrute bienes o servicios en el mercado no tiene intención de reintroducirlos en él; sino de quedárselos para su ámbito privado, ajeno al mercado. Esta referencia al “mercado” no está contenida de manera expresa en la definición de la LDPABIS pero es el contexto lógico en que debe interpretarse la norma y como consecuencia tampoco es consumidor o usuario a los efectos de la Ley un particular frente a otro particular; aún cuando se cumplieran los demás requisitos establecidos en el artículo 4 LDPABIS. La noción de consumidor debe ser necesariamente entendida con relación al proveedor (también definido en la Ley): personas frente a proveedores; lo que en definitiva distingue el ámbito privado del ámbito empresarial, comercial o profesional.

En segundo lugar, el proveedor. El artículo 4 de LDPABIS los define como toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades en la cadena de distribución, producción y consumo, sean estos importadora o importador, productoras o productores, fabricantes, distribuidoras o distribuidores, comercializadoras o comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestadora o prestador de servicios.

Se entiende como cadena de distribución, producción y consumo el conjunto de eslabones del proceso productivo desde la importadora o el importador, el almacenador, el transportista, la productora o productor, fabricante, distribuidora o distribuidor y comercializadora o comercializador, mayorista y detallista de bienes y servicios.

⁴ Alicia ARROYO APARICIO. *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Madrid, Aranzadi, 2003, p.150.

En tercer lugar, el funcionario conciliador que actúa, habilitado por la Ley y por las partes, facilitando el diálogo entre ellas y promoviendo formulas de acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para ambas partes.

Entre las competencias del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, el artículo 102, numeral 3° establece la facultad de dicho organismo para sustanciar, tramitar y decidir los procedimientos iniciados de oficio, por denuncia o por solicitud de parte, de conformidad con su competencia para determinar la comisión de hechos violatorios de la presente Ley o de las disposiciones dictadas en su ejecución y aplicar las sanciones administrativas que correspondan, así como las medidas correctivas y preventivas.

De tal manera que el organismo competente para desarrollar el procedimiento conciliatorio es el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Sin embargo la extensión del servicio conciliador del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios queda limitado en la propia Ley a los acuerdos siguientes:

1. La reposición del producto o servicio al valor actual.
2. La reparación de producto o servicio al valor actual.
3. La devolución del precio o la contraprestación pagada por Ley para la defensa de las personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.
4. Que la proveedora o proveedor cumpla con la prestación ofrecida en una relación de consumo, siempre que la misma conste por escrito.
5. Que la proveedora o proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por la persona, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
6. Que la proveedora o proveedor pague las coberturas o prestaciones previstas en las pólizas de seguros, en los contratos de servicios prepagados, así como en cualesquiera otros de naturaleza semejante.
7. La elección por parte de la persona, de la forma de pago que más le convenga dentro de las posibilidades ofrecidas por el vendedor o prestador del servicio.
8. La entrega de facturas en las ventas realizadas o en los servicios prestados, debidamente desglosadas, según el caso.
9. Cualquier otro acuerdo que restituya el derecho infringido dentro del marco legal de la presente Ley.

En ningún caso procederá la conciliación en disputas de consumo sobre la protección de la salud y la seguridad (supuestos previstos en el Título II Capítulo II de la Ley).

IV. Principios aplicables en la tramitación del procedimiento conciliatorio por vía electrónica

En el ámbito del Derecho de consumo son aplicables los principios generales establecidos en el artículo 108 de la LDPABIS, a saber:

1. Publicidad: las interesadas o interesados y sus representantes tienen el derecho a transcribir, leer o fotocopiar, cualquier documento contenido en el expediente, así como solicitar certificación del mismo.
2. Dirección e impulso de oficio: la funcionaria o el funcionario que sustancia y dirige el proceso debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión.
3. Primacía de la realidad: la funcionaria o el funcionario debe orientar su actividad en la búsqueda de la verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance. En sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias.
4. Libertad probatoria: en el procedimiento pueden emplearse cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley o que resulte manifiestamente impertinente.
5. Notificación única: realizada la notificación del interesado o interesada queda a derecho, sin necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del procedimiento, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

En materia de comercio electrónico, resulta aplicable el principio de equivalencia funcional del mensaje de datos respecto del documento en soporte papel, piedra angular del comercio electrónico, contemplado en los artículos 4 y 8 de la Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica⁵, en adelante LMDFE.

La equivalencia funcional entre el mensaje de datos y el documento escrito solo podrá producirse cuando los mensajes de datos reúnan características que permitan su intercambio físico (no jurídico) con el papel⁶. El artículo 8 LMDFE establece expresamente que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta, requisito que quedara satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, bajo tres condiciones específicas, a saber:

- a. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente. Tal condición hace alusión a lo que en doctrina se llama recuperabilidad del mensaje de datos. La recuperabilidad es una condición física del mensaje, en virtud del cual éste debe permanecer accesible para su ulterior consulta por las

⁵ Decreto N° 1.181 del 17 de enero de 2001. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

⁶ Rafael ILLESCAS ORTÍZ. *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid: La Ley, 2000.

partes involucradas, después de haber sido enviado y recibido. Esta recuperabilidad del mensaje depende también de la capacidad del sistema de información utilizado, el cual necesariamente debe estar capacitado para ello. Por ejemplo, un mensaje de datos firmado electrónicamente, debe aplicarse la correspondiente clave pública por el destinatario, y es a partir de dicho momento, si se archiva el mensaje, que este podrá ser consultado y recuperado posteriormente cuantas veces se desee por el iniciador, por el destinatario o por un tercero.

b. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.

Esto significa que para que el mensaje de datos resulte funcionalmente equivalente a los documentos escritos, la información recuperada por el Sistema de Información debe necesariamente concordar con la totalidad del mensaje de datos a consultar; si falta algo o está alterado su contenido, el mensaje de datos afectado no será equivalente a un documento escrito. Tal condición alude a la integridad del mensaje de datos; la Ley considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación (artículo 7 de la LMDFE).

c. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje de datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido. Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo.

Bajo el amparo del principio de equivalencia funcional podemos entender que en la tramitación del procedimiento conciliatorio de consumo tenga el mismo valor jurídico el trámite presencial que el virtual. Esto significa, que el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios podrá practicar conciliaciones presenciales (en la sede del proveedor denunciado o en sus Oficinas) pero también podrá llevar a cabo conciliaciones virtuales (en el sitio Web del Instituto o del proveedor), sin que ello sea violatorio de lo establecido en el artículo 114 de la LDPABIS, en concordancia con lo establecido en los artículos 4 y 8 de la LMDFE y en el artículo 6.2.2 de la LOSTA.

Esta última, la LOSTA en su artículo 5 establece que la simplificación de trámites administrativos, que es fundamento de la tramitación por vía electrónica de la conciliación de consumo, se rige por once principios básicos, ellos son: simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado o interesada, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas.

V. Condiciones previas para la tramitación del procedimiento conciliatorio por vía electrónica

Para ejecutar por vía electrónica el acuerdo conciliatorio entre personas y proveedores establecido en el artículo 114 de la LDPABIS es necesario establecer ciertas cuestiones previas, sin las cuales la tramitación por vía electrónica no sería posible.

Por parte del proveedor:

- a. Adhesión voluntaria al procedimiento conciliatorio por vía electrónica.
- b. Disponer de un certificado electrónico y firma electrónica con validez legal en la República Bolivariana de Venezuela.
- c. Estar inscrito en el servicio de notificaciones del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.
- d. Portal de Internet.

Por parte del consumidor o usuario:

- a. Disponer de un certificado electrónico y firma electrónica con validez legal en la República Bolivariana de Venezuela.
- b. Estar inscrito en el servicio de notificaciones del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.
- c. Acceso a Internet.

Por parte del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios:

- a. Disponer de un certificado electrónico y firma electrónica con validez legal en la República Bolivariana de Venezuela.

VI. La adhesión pública de los proveedores al procedimiento conciliatorio de consumo por vía electrónica

El Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios debe implementar un método para adherir voluntariamente al proveedor al procedimiento conciliatorio de consumo por vía electrónica. La idea es elaborar un documento⁷ en el que el proveedor comunique al Instituto que aceptará que

⁷ Presentamos un modelo de oferta pública de adhesión al procedimiento conciliatorio.
ESTABLECIMIENTO, RIF
DOMICILIO SOCIAL
ESTADO, MUNICIPIO, PARROQUIA, LOCALIDAD, CALLE O AVENIDA, PUNTO DE REFERENCIA
TELÉFONO, FAX, CORREO ELECTRÓNICO
PÁGINA DE INTERNET
REPRESENTANTE LEGAL, CI. CARGO

tramite cualquier procedimiento conciliatorio que las personas planteen sin necesidad de preguntarle si acepta o no. Este acto voluntario de aceptación tiene limitaciones legales, establecidas en el Título II Capítulo II de la LDPABIS y las limitaciones que el propio proveedor pueda manifestar.

Esta adhesión voluntaria y permanente al procedimiento conciliatorio del artículo 114 de la LDPABIS dará derecho al proveedor de utilizar un distintivo oficial en sus sitios Web, comunicaciones por vía tradicional o por vía electrónica e incluso, derecho de ser incorporado a un Registro Público de establecimientos adheridos al procedimiento conciliatorio de consumo por vía electrónica.

El uso de este distintivo oficial es elemento adicional de calidad, que el proveedor ofrece a las personas (consumidores o usuarios) que intercambien con él: La posibilidad de resolver las reclamaciones a través de un procedimiento rápido, eficaz, gratuito y beneficioso para ambas partes.

VII. La necesidad de un certificado electrónico y firma electrónica

La firma electrónica proporciona seguridad a los mensajes de datos por cuanto al suscribir electrónicamente cualquier declaración de voluntad queda especificado la identidad física de la persona que la emitió, su voluntad de verse atribuido el contenido de ese mensaje en cuestión y se produce el mantenimiento de la integridad del mensaje desde que sale del sistema informático del emisor hasta que llega al de su destinatario.

Los certificados electrónicos están reconocidos legalmente en los artículos 38 y siguientes de la LMDFE, y específicamente el artículo 16 de la LMDFE permite sustituir la firma autógrafa por la electrónica, previo cumplimiento de los requisitos allí establecidos y con los mismos efectos legales.

DECLARA

1°. Que mediante la firma de este documento se formula oferta pública unilateral de adhesión al procedimiento conciliatorio de consumo regulado en el artículo 114 de la LDPABIS.

2°. Que conoce la regulación de la conciliación como medio alterno de resolución de conflictos regulada en el artículo 114 de la LDPABIS, y acepta que los conflictos que puedan surgir con sus consumidores y usuarios sean resueltos a través del procedimiento previsto en dicha norma, por el INDEPABIS actuando como organismo competente conforme a lo previsto en el artículo 102.3 de la citada ley y por vía electrónica a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6.2.2 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos.

3°. Que este compromiso de adhesión al procedimiento conciliatorio de consumo se formula optando por:

a. Que la conciliación sea resuelta:

- En sala.
- En sitio.
- Por vía electrónica.

b. Que esta oferta pública de adhesión tenga carácter indefinido, salvo denuncia de la oferta con... meses de antelación o se realiza por el período de... prorrogable por

En el caso de que no complete una o alguna de las opciones anteriores, se entenderá, que realiza su oferta pública de adhesión sistema conciliatorio, por tiempo indefinido.

La firma electrónica, según la definición aportada por el artículo 2 de la LMDFE, es toda información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

Para que los certificados electrónicos y firmas electrónicas puedan ser utilizados para firmar documentos con validez legal en la República Bolivariana de Venezuela es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos de validez.

En primer lugar, en relación a los certificados se requiere la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación que expidan dichos certificados. En el año 2007, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), ente competente para acreditar, supervisar y controlar, en los términos previstos en la LMDFE, a los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados, creó la Autoridad Certificadora Raíz del Estado Venezolano, la cual es la encargada de acreditar a todo Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica (PSC), que se encuentre jurídica y técnicamente apto para operar en el esquema jerarquizado de la cadena de confianza de la República Bolivariana de Venezuela.

En la actualidad existen dos PSC, uno de carácter público (Fundación Instituto de Ingeniería para Investigación y Desarrollo Tecnológico -FIIDT-) y el otro de carácter privado (Procert C.A.), ambos acreditados por SUSCERTE, rector en materia de Certificación Electrónica del Estado y ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias. Para que un certificado tenga validez es necesario que esté firmado por un PSC que esté acreditado por SUSCERTE y que el certificado no haya expirado.

En segundo lugar, se exige el cumplimiento de tres requisitos respecto al dispositivo de creación de firmas (artículo 16 de la LMDFE), a saber:

- a. Dispositivo que garantice que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad.
- b. Dispositivo que ofrezca seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
- c. Dispositivo que no altere la integridad del mensaje de datos.

En la Providencia Administrativa N° 004-10⁸, SUSCERTE exhorta a todos los entes, órganos y demás Instituciones de la Administración Pública, a propiciar el uso de certificados electrónicos y firmas electrónicas en la emisión de actos administrativos de efectos particulares, así como en la recepción de solicitudes y procesos ante la Administración Pública, efectuados a través de Tecnologías de Información y Comunicación, de conformidad con la legislación venezolana que rige la materia.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.432 de fecha 26 de mayo de 2010.

VIII. Servicio de notificaciones electrónicas

La notificación electrónica es uno de los métodos de notificación establecidos en la LDPABIS⁹. La notificación se efectuará por los medios electrónicos de los cuales disponga la autoridad competente, o aquellos que estén adscritos a este. A efectos de la certificación de la notificación, se debe proceder de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y su reglamento en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios procesales de la presente Ley (artículo 121 de la LDPABIS).

Establece la norma citada que para la certificación de la notificación debe procederse de acuerdo a lo dispuesto en la LMDFE, lo que significa contar el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios con un certificado electrónico y firma electrónica que permita dar veracidad a la recepción de la notificación que se pretende practicar¹⁰ (artículos 4, 7, 8, 16 y 38 de la LMDFE).

⁹ La legislación venezolana tiene reconocida la notificación electrónica. Puede verse: Artículo 459 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente y artículo 126 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, entre otras.

¹⁰ En este sentido pueden verse múltiples decisiones en los Juzgados venezolanos, por ejemplo, sentencia del 28 de marzo de 2011 del Juzgado Tercero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución de la Coordinación Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas Barinas, N° EP11-L-2010-000274 del 28/03/2011, <http://barinas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/marzo/1653-28-EP11-L-2010-000274-18-03-2011.html> (Consulta: 2013, junio 29). “Si bien es cierto que la Ley consagra la figura de la notificación por medios electrónicos, no es menos cierto que para que la misma se materialice esta sujeta al cumplimiento de requisitos que influyen en su validez; y es que se pueda verificar la certificación de la notificación tal y como lo dispone la ley, que es el acto que realiza el secretario por medio del cual se da certeza a partir de cuando comienza a correr el lapso para la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar ; se debe proceder de conformidad con lo establecido en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en todo cuanto le sea aplicable, tal como lo establece el mismo texto del artículo y es así que al revisar el del Decreto con Rango y fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, que en su artículo 8 establece: «Constancia por escrito del Mensaje de Datos. Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecha con relación a un Mensaje de Datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta. Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservando o archivado por un periodo determinado o en forma permanente, estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1.- Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
- 2.- Que se conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.
- 3.- Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

De la normativa antes transcrita se evidencia que se deben dar ciertas condiciones para que pueda existir la constancia por escrito de mensajes de datos, para lo cual todos los entes, órganos y demás instituciones de la Administración Pública deben estar inscritos en el Superintendencia

Lo recomendable, en atención a la autorización expresa de notificaciones electrónicas del artículo 121 de la LDPABIS, es habilitar un servicio de notificaciones electrónicas en el sitio Web del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Las personas y proveedores para acceder al servicio rellenan un formulario, básicamente con los datos de su certificado electrónico y firma electrónica, una dirección de correo electrónico y opcionalmente un número de teléfono celular, para recibir los correos o SMS cada vez que se produzca una notificación por el INDEPABIS; aceptaran las condiciones del servicio y se les habilitará una dirección electrónica para aceptar y leer las notificaciones por vía electrónica.

de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), adscrita al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, según exhorto realizado a través de providencia Administrativa N° 004-10 del 12 de Marzo de 2010, a los fines del uso de Certificados Electrónicos y Firmas Electrónicas, en la emisión de actos administrativos de efectos particulares, así como en la recepción de solicitudes y procesos ante la Administración Pública, efectuados a través de Tecnologías de Información y Comunicación de conformidad con la legislación venezolana que rige la materia.

En tal sentido la providencia señala que a los fines de garantizar el cumplimiento de lo establecido en los artículos 1, 4, 5, 7 y 8 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas; se hace imperante que toda firma Electrónica, Mensaje de Datos e Información inteligible en formato electrónico, emitidos en portales y Sistemas de información de Instituciones Públicas o Privadas, que ameriten eficacia, valor jurídico, protección de la integridad de la información y garantizar su autoría, deberán estar en la cadena de confianza de certificación electrónica, avalada por un Proveedor de Servicios de Certificación debidamente acreditado ante esta Superintendencia; que los trámites y procedimientos administrativos efectuados con el uso de Certificación Electrónica, Firmas Electrónicas y toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de sus soportes físicos, estarán regidos por los principios, preceptos y normas establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas; la Ley orgánica Procedimientos Administrativos y las demás normas aplicables a la materia. En consecuencia los actos administrativos firmados digitalmente tendrán pleno valor como documento público.

Igualmente dispone que las Firmas Electrónicas validadas por Certificados Electrónicos obtenidos a través del Sistema Nacional de Certificación Electrónica, cumplirán con todos los requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. A tal efecto, contarán con la misma validez y eficacia probatoria que la legislación Venezolana otorga a la firma autógrafa.

En razón de los argumentos anteriormente expuestos y por cuanto este órgano jurisdiccional (Coordinación Laboral) no cuenta aún con la suscripción a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), a los fines del uso de Certificados Electrónicos y Firmas Electrónicas, tal y como lo dispone la Ley sobre Mensajes de Datos y firmas Electrónicas, este Tribunal niega lo solicitado, al no ser procedente la notificación del demandado por medios electrónicos tal y como lo dispone el artículo 126 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por no contar con los medios para la emisión de certificado electrónico que permita dar veracidad a la recepción de la notificación que se pretende practicar y de esta manera garantizar el derecho a la defensa, el debido proceso y una tutela judicial efectiva, garantías estas que deben imperar en todo proceso judicial”.

IX. Tramitación del procedimiento conciliatorio por vía electrónica

Solicitud

El trámite conciliatorio se inicia con la formalización de una denuncia de la persona interesada o de oficio, que puede presentarse por vía electrónica a través de un formulario relleno en línea por medio de la página Web o por correo electrónico (artículo 114 de la LDPABIS); en ambos casos, deberá disponerse de un Certificado Electrónico y Firma Electrónica generado por un PSC debidamente acreditado por el Estado venezolano.

La LOSTA en su artículo 44 establece el deber para cada órgano o ente de la Administración Pública de habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos con el objeto que las personas interesadas envíen o reciban la información requerida en sus actuaciones frente a la Administración Pública. Esta obligación del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios favorece la tramitación por vía electrónica de la conciliación.

Antes de enviar una denuncia es recomendable el contacto previo por escrito con el proveedor, por cualquier medio del que quede constancia (correo electrónico, formulario de reclamación, fax), así como un tiempo prudencial de espera de una respuesta favorable.

La denuncia debe contener la dirección de correo electrónico, domicilio geográfico y número telefónico del denunciante; el nombre exacto del sujeto de la cadena de producción, distribución y consumo (proveedor) a denunciar, la dirección electrónica y geográfica exacta del local comercial a denunciar y, los soportes que sustenten la denuncia, por ejemplo; facturas, contratos, recibos o cualquier otro documento que considere pertinente. Tanto las personas como los proveedores deben tener la posibilidad de incorporar nueva documentación a las solicitudes hasta tanto no se haya efectuado el acto conciliatorio, para lo cual el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios debe ofrecer la opción de anexar documentos (copias digitalizadas) a la denuncia.

Los documentos requeridos en la solicitud pueden anexarse en copias digitalizadas y enviarse al Instituto, solicitando después a las personas la exhibición del documento o de la información original, salvo la posibilidad de poder garantizar la fidelidad de la copia digitalizada con el original mediante la utilización de la firma electrónica. En cuanto a la privacidad y confidencialidad de los documentos, la autoridad competente está legalmente autorizada en el ejercicio de sus funciones (artículo 37 de la LDPABIS) para solicitar la información que considere necesaria y practicar las investigaciones correspondientes.

Cuando se trata de un formulario electrónico, una vez llenado y enviado correctamente, éste debe llegar de forma automática a la base de datos del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios,

sin necesidad de imprimirlo (salvo que quiera quedarse una copia) o enviarlo por otro medio.

Iniciada la denuncia, ésta será revisada y procesada por el funcionario designado, quien hará la remisión a la Sala de Conciliación. Si el proveedor denunciado está adherido al procedimiento conciliatorio por vía electrónica, el Jefe de la Sala de Conciliación ordenará la iniciación del mismo por esta vía. Si el proveedor no está adherido al procedimiento, éste se llevará a cabo en la Sala de Conciliación o en la sede del proveedor.

En ambos casos, deben librarse las notificaciones. Debe usarse la notificación electrónica para lo cual deberá estar inscrito en un sistema de notificaciones electrónicas llevado por el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios que le asigne una dirección electrónica única.

Si en la reclamación se observan indicios de infracción en materia de consumo, se podrá iniciar una fiscalización (artículo 110 LDPABIS) para comprobar la existencia de dicha infracción, en cuyo caso se podría iniciar un procedimiento administrativo (artículo 114 LDPABIS) y adoptar las medidas preventivas que consideren necesarias (artículo 111 LDPABIS).

La persona que presenta la denuncia tiene derecho a recibir un acuse de recibo de la misma (por ejemplo, un código de referencia numérico) y de cualquier trámite que realice por ante el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, firmado electrónicamente, para tener constancia de que éste ha llegado correctamente. El Instituto tiene la obligación de llevar y conservar los registros de los trámites que realicen por ante ellos, consumidores o usuarios y proveedores.

Es necesario, el establecimiento de parámetros de compatibilidad de las aplicaciones y el aseguramiento de la igualdad tecnológica en el acceso y en el proceso entre las personas y los proveedores, cualquiera que sea el lugar de residencia del denunciante y del proveedor que aceptan someter sus conflictos al procedimiento conciliatorio por vía electrónica y cualquiera que sea la oficina del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios competente para gestionar la conciliación.

Notificación electrónica

Las notificaciones se realizarán en esta dirección electrónica única solicitada por las partes a tales efectos, entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquél en que conste el acceso al contenido de la notificación, información proporcionada por el PSC.

No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la notificación, se procederá a realizar la misma mediante cartel en el domicilio electrónico del establecimiento relacionado con la cadena de distribución, producción y consumo, o de servicio, en el que se indicará el día que deberá

comparecer el presunto infractor, acompañado de copia certificada de la denuncia.

Acto conciliatorio

Una vez notificadas las partes, se realiza el acto conciliatorio. El acto conciliatorio es una reunión a la que comparecen vía Internet tanto el proveedor como la persona (consumidor o usuario) denunciante, además de un funcionario conciliador del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios para llevar a cabo la conciliación.

Ambas partes deben estar presentes en la Sala de conciliación virtual el día y hora previamente señalados para su audiencia. El proveedor denunciado puede alegar lo que crea oportuno sobre el contenido de la denuncia, manifestando su conformidad o disconformidad con las pretensiones contenidas en la reclamación, pudiendo presentar la documentación que estime conveniente en defensa de sus derechos, así como una solución amistosa a la controversia planteada.

El funcionario actuante, deberá mediar y conciliar las posiciones instando a las partes a la conciliación, dándoles un lapso prudencial, para que éstos realicen las deliberaciones y diligencias pertinentes sobre el caso; vencido este término, deberán de forma escrita (cumpliendo con los supuestos del artículo 8 de la LMDFE) expresar si concilian o no.

Lograda la conciliación, se levanta un acta suscrita por las partes, donde se hace constar, entre otros extremos, la solución que voluntariamente ambos aceptan sobre cada uno de los puntos controvertidos y el plazo para cumplir lo acordado, poniendo fin al procedimiento, una vez homologada por la Sala de Sustanciación.

Sí no hay acuerdo el expediente se remite a la Sala de Sustanciación del Instituto.

El incumplimiento del acuerdo conciliatorio por alguna de las partes acarreará el inicio del procedimiento previsto en la Ley.

X. Conclusiones

a. La conciliación es el único mecanismo alternativo de Resolución de conflictos de consumo establecido en la LDPABIS. El procedimiento conciliatorio busca eludir el procedimiento administrativo, no sustituirlo, por ello, en caso de incumplimiento total o parcial de lo acordado, por parte de uno de los conciliantes, se dará inicio al procedimiento administrativo sancionatorio.

b. El trámite conciliatorio establecido en el artículo 114 de la LDPABIS no está expresamente regulado por vía electrónica, pero puede instaurarse a partir de la aplicación de la LOSTA y de la LMDFE, convirtiéndose en un mecanismo rápido y simple para la solución de las controversias que surjan con ocasión del

ejercicio de las operaciones y actividades propias del comercio electrónico con consumidores y usuarios.

c. Para sustanciar íntegramente por medios electrónicos el procedimiento conciliatorio de consumo, esto es, tramitar y resolver el procedimiento, se requiere emplear certificados electrónicos y firma electrónica, establecer un sistema de notificaciones electrónicas en el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y fijar parámetros de compatibilidad de las aplicaciones, que aseguren la igualdad tecnológica en el acceso y en el proceso de las partes, cualquiera que sea su domicilio.

d. La conciliación es un medio persuasivo para solucionar el conflicto, no coactivo. El acta conciliatoria debidamente homologada por Sala de Sustanciación del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios no tiene eficacia de cosa juzgada ni presta mérito ejecutivo, será únicamente de voluntario cumplimiento para la parte que se imponga alguna obligación.

XI. Recomendaciones

a. Promover la conciliación como un mecanismo alternativo de resolución de los conflictos que surjan con ocasión del comercio electrónico, reconociéndolo al acuerdo conciliatorio efecto de cosa juzgada y mérito ejecutivo.

b. Difundir a mayor escala los derechos del consumidor y usuario por vía electrónica.

c. No dejar de lado, al momento de establecer los mecanismos de resolución de conflictos, las transacciones entre proveedores, lo que es lo mismo, establecer mecanismos alternos para la resolución de los conflictos que nazcan de los contratos privados, con independencia de la actividad de los sujetos contratantes.

La defensa de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad en Internet

Ana Isabel Berrocal Lanzarot*

SUMARIO. I. Consideraciones previas. II. Marco legal de protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. III. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad. IV. La delimitación legal del ámbito de protección: las intromisiones ilegítimas y legítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el consentimiento del titular del derecho. V. Reflexiones finales.

Resumen

El acceso masivo de menores a las nuevas tecnologías, servicios, y productos relacionados con la sociedad de la información y los medios de comunicación social, puede ser fuente de posibles abusos causados por las actuaciones ilícitas de determinadas personas, aprovechando la falta de control y la facilidad de acceso a este medio; de ahí que surja la necesidad de garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales -tales como el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen- de las personas en general, y, muy especialmente, de los menores de edad, intensificando la protección como personas vulnerables en proceso de información de todos aquellos que, pretenden causarles perjuicio en todos los niveles.

Palabras clave: Menores. Internet. Derecho al honor. Intimidad. Propia imagen.

Abstract

The massive access of minors to new technologies, services, and products related to the Information Society and social media, can be a source of possible abuses due to illegal actions of certain people, taking advantage of the lack of control, and the easy

Recibido: 30/6/2013 • Aceptado: 15/8/2013

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. aiberrocalanzarot@der.ucm.es

access. As a result, there arises the need to guarantee, in an effective way, the fundamental rights - such as the right honor, personal and familiar privacy and self image - of the people in general, and especially, of minors, intensifying the protection as vulnerable people in process of information of all those who seek to harm them at all levels.

Keywords: Minors, Internet. Right to Honor. Privacy. Self Image

I. Consideraciones previas

Internet es hoy una herramienta presente en la vida de la mayoría de los ciudadanos. Hay que destacar los índices de penetración crecientes de las diversas aplicaciones, soportes y formas que lo conforman y el incremento del uso de la red no sólo en ordenadores, sino también en los terminales móviles. Solamente la crisis económica que estamos padeciendo, puede ralentizar temporalmente la evolución que el sector de las nuevas tecnologías tiene y seguirá teniendo en el futuro ante una disminución de la inversión en I+D+I. En todo caso, no podemos negar que Internet ha supuesto un cambio en la percepción y concepción de la realidad y viene a constituir una nueva forma de gestionar la información y el conocimiento. Lo cierto es que, como cualquier otro instrumento, su empleo conlleva efectos positivos y negativos. Dentro de estos últimos, hay que señalar la utilización inadecuada de la información que puede afectar a bienes jurídicos, en concreto, a determinados derechos de la persona, como el honor, intimidad y propia imagen. Nadie duda que Internet es una fuente de conocimiento y de información, y que, en muchas ocasiones esa información afecta a la persona, bien porque directamente se proporciona por el interesado, o por terceros, y que puede ser utilizada por cualquiera que tenga acceso a Internet, no sólo contra la voluntad del afectado, sino también sin su conocimiento. Resulta más grave y peligroso el hecho que esa información provenga de menores de edad, y que, por tanto, puedan verse afectados por su mala utilización. Estamos ante un sector de la población que poseen mayores conocimientos y dominio de Internet, de sus aplicaciones, medios y soportes respecto al que puede tener otro grupo de individuos. No hay menor de edad que no disponga de algún dispositivo que le permita conectarse a la red, ya sea una tableta, ordenador o móvil, si bien para su empleo no se preocupan estos menores de dotarlos de ciertas medidas de seguridad ya sean cortafuegos, antivirus, y, asimismo, suelen navegar a través de ellos de forma totalmente despreocupada, aportando datos personales como de su entorno familiar y círculo de amistades, en algunas ocasiones especialmente sensibles, sin percatarse de quien puede estar recibiendo esa información y cómo la va a utilizar. Igualmente, no debemos olvidar que se trata de personas con una limitada capacidad de obrar, a la que el ordenamiento jurídico debe procurar la máxima protección de

sus derechos e intereses mediante la exigencia de un complemento de su capacidad cuando lo necesiten, o impidiendo su actuación en algunos otros casos. Tanto los padres como representantes legales de sus hijos menores de edad, como los tutores, en su caso, tienen la obligación de velar por los hijos (artículo 154 del Código Civil) o por el tutelado (artículo 267 del Código Civil), asimismo, los poderes públicos en su concreta esfera de actuación, deben procurar la defensa de la privacidad, intimidad y honor de quienes son menores de edad.

En este sentido, la Instrucción Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 marzo, señala en su Exposición de Motivos que: “los artículos 12 y 39.2 y 3 de la Constitución española contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que, se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (artículo 154 del Código Civil) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal)”. Y, añade “la condición del menor como persona en situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación de numerosas instituciones, en las que el ordenamiento trata de reforzar su protección. Esta idea-fuerza aparece con claridad cuando el Código Penal protege la intimidad, la libertad sexual o cuando la legislación civil protege la intimidad y la propia imagen de los menores: en estos casos se les tutela frente a los ataques actuales y simultáneamente se les protege para hacer factible el desarrollo de su personalidad y en definitiva, para que puedan ejercer con plenitud sus derechos en el futuro. La necesidad de velar por el desarrollo integral del menor, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez, hace que el ordenamiento le otorgue una protección de especial intensidad”.

Actualmente, es preocupante el empleo de las redes sociales por menores cada vez a una más temprana edad como vehículo de intercambio de ideas, opiniones y de todo tipo de información, y cómo el mal uso y abuso que, se están haciendo por determinadas personas de edad adulta, e, incluso, por los propios menores compañeros de colegio de los datos personales que, se aportan a la red, pueden inevitablemente derivar en que el menor se convierta en la víctima de un delito, o en el suicidio del propio menor ante una situación de *cyberbullying*. Se da la paradoja que quienes más dominan el medio, son las principales víctimas, pues, la inocencia, confianza y despreocupación en aportar información personal, incrementa el peligro de su inadecuada utilización por terceros con fines no precisamente lícitos¹.

¹ En España, se han extendido los Informers son páginas anónimas de Facebook donde los estudiantes pueden enviar al administrador sus cotilleos y deseos más íntimos, y aquél lo cuelga en la home para que sea leído por todo el mundo. El primer Informers se creó por estudiantes de

Como hemos señalado, se han de garantizar los derechos fundamentales de la persona en general, y, de los menores en particular, como titulares del derecho al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, esencialmente en un entorno no libre de peligros y abusos como es Internet. De ahí que, el presente estudio se centre en el tratamiento y protección jurídica de tales derechos cuando afecta a menores de edad, determinando en primer lugar, el marco legal de protección existente, para luego analizar cuando se produce una intromisión ilegítima de tales derechos en la red; en tercer lugar, fijar propuestas de resolución a determinados problemas que la propia legislación no ha previsto al ser las nuevas tecnologías un campo nuevo en continuo desarrollo; y, por último, determinaremos la responsabilidad de todos los implicados y las posibles exigencias de reparación del daño.

En todo caso, debe reconocerse que ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos al honor, la intimidad y la imagen de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que, asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que, puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico. Hay que tener presente que en el caso de los menores un eventual ataque a su honor, su intimidad o su imagen va más allá, incidiendo poderosa y gravemente en su desarrollo intelectual, mental y moral, impidiendo el libre desarrollo de su personalidad, derecho consagrado igualmente en el artículo 10 de la Constitución española, fundamento del orden político y la paz social².

la Universidad Autónoma de Barcelona con un total de 11.000 seguidores, también tiene cuenta en *Twitter*. Se ha generalizado su uso y crecido de forma exponencial en colegios e institutos, y, a la par que también han aumentado los contenidos o mensajes ofensivos y el acoso. De ahí que, en numerosos institutos del Cataluña se ha enviado carta a los padres sobre este asunto, advirtiéndoles que contenidos ofensivos y atentarios de derechos fundamentales se comunicarán a la Fiscalía y también a los que animan desde redes sociales.

² JORDÁ CAPITÁN, E., “La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red; aspectos legales y la praxis judicial”, *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, directoras Eva Jordá Capitán y Verónica de Priego Fernández, y coordinadores Jesús Alberto Messía de la Cerda Ballesteros y Jesús Flores Rodríguez, El Derecho, Madrid 2012, p. 75.

II. Marco legal de protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

La Constitución española reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad y el derecho a la propia imagen en su artículo 18 en armónica consonancia con los artículos 20.4 y 39.4. El artículo 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y “especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. El apartado 4º del artículo 18 prevé la limitación por medio de Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el artículo 105, b) de la Constitución española a la vez que prevé que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento “lo que afecte a la intimidad de las personas”. Debe también tenerse presente que el artículo 39 de la Constitución española asume como principio rector de la política social y económica, la protección integral de los hijos.

En desarrollo de tales derechos fundamentales se dictó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, aborda las peculiaridades del ejercicio y protección de los derechos de los menores al regular el consentimiento ante los actos de intromisión, estableciendo dos reglas: el consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su intimidad o propia imagen deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (apartado primero del artículo 3) En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez (apartado segundo del artículo 3).

Con posterioridad, en aras de lograr una protección reforzada de tales derechos respecto de los menores de edad y de los mecanismos de garantía previstos en la citada Ley Orgánica 1/1982, se orientan los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil³ por tratarse de seres en proceso de formación, y especialmente vulnerables ante los ataques de sus derechos, a la vez que se opta por priorizar el interés del menor frente a cualquier otro interés en juego. Así se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación, cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del

3 BOE, núm. 15, de 17 de enero de 1996, pp. 1225 a 1238.

menor. Por su parte, el artículo 13.3 de esta Ley contiene una auténtica cláusula general para la defensa de la intimidad en el ámbito de las actuaciones de protección de menores, estableciéndose que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso, actuarán con la debida reserva.

Asimismo, conviene referirse a la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo que regula el derecho de rectificación; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos; la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la Comunicación Audiovisual en cuyo artículo 4.4 dispone que “la comunicación audiovisual debe respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizar los derechos de rectificación y réplica. Todo ello en los términos previstos por la normativa vigente”; y, añade el artículo 7.2, modificado por la Ley 6/2012, de 1 de agosto que, “*está prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual deberá mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos. Cuando este tipo de contenidos se emita mediante un sistema de acceso condicional, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual deberán incorporar sistemas de control parental*”. Asimismo, en esta línea, ante la vertiginosa irrupción de apuestas y juegos en Internet como su fácil acceso, la Ley 13/2011, de 27 de mayo de regulación del juego dispone en su artículo 6.1 que: “*Queda prohibida toda actividad relacionada con la organización, explotación y desarrollo de los juegos objeto de esta Ley que, por su naturaleza o por razón del objeto sobre el que versen: a. Atenten contra la dignidad de las personas, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra los derechos de la juventud y de la infancia o contra cualquier derecho o libertad reconocido constitucionalmente. b. Se fundamenten en la comisión de delitos, faltas o infracciones administrativas. c. Recaigan sobre eventos prohibidos por la legislación vigente. Y, desde un punto de vista subjetivo, señala en el párrafo segundo del citado artículo que, se prohíbe la participación en los juegos objeto de esta Ley a “los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil*”.

Por su parte, el artículo 8.1 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁴ (en adelante, LSSICE)

4 BOE, núm. 166, de 12 de julio de 2002, pp. 25388 a 25403.

dispone que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que la Ley recoge, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Entre tales principios en la letra d) se incluye el de la protección de la juventud y de la infancia. Aparte de la responsabilidad propia del autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, deberán tener presente la autoridad judicial y, el Ministerio Fiscal que, la LSSICE establece también las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando (artículos 11 y 14 a 16 LSSICE). La LSSICE parte del principio de no imponer a los prestadores de servicios la obligación de realizar actividades de control y supervisión de los datos que se transmiten o se almacenan, teniendo en cuenta que, cuantitativamente son ingentes. Como contrapeso, simultáneamente se les impone a estos prestadores un deber de colaboración para evitar la comisión de delitos o actividades ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando el acceso de aquella información que, sea así calificada con la debida diligencia. Estos principios ya se contenían en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. Esta misma Directiva también establecía como objetivo prioritario el garantizar un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, en especial, la protección de los menores y la dignidad humana.

En el ámbito del proceso civil, los artículos 138.2 y 754 Ley de Enjuiciamiento Civil introducen disposiciones tendentes a preservar la intimidad de los menores. En idéntica dirección el artículo 35 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), dispone que: “... *en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación*”. Esta Ley también quiere preservar a toda costa la intimidad de los menores sometidos a medida de reforma. Así el art. 56.2 c) LORPM contiene una cláusula específica de protección de los menores internados en un centro de reforma al reconocérseles el derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros. El desarrollo reglamentario de la LORPM llevado a cabo por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, configura como principio general el de la confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen (artículo 6.2.i). Este principio general se concreta

en un haz de normas: el artículo 12 al abordar el expediente personal del menor en la ejecución de la medida establece un acceso restringido y una obligación general de reserva; el artículo 30, en cuanto a la normativa de funcionamiento interno de los centros; el artículo 32 en cuanto a trámites después del ingreso; el artículo 34 sobre el internamiento de madres con hijos menores; el artículo 35, respecto de los traslados; el artículo 37, respecto de la asistencia escolar y formativa; el artículo 40.8 en cuanto a las comunicaciones y visitas de familiares y de otras personas; el artículo 41 en relación con las comunicaciones con el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado y con otros profesionales y autoridades; el artículo 54 en cuanto a vigilancia y seguridad y cacheos. Del mismo modo, el artículo 2.4 del Real Decreto 1774/2004 en relación con los registros de menores, se inspira en la protección a ultranza de la intimidad del menor infractor.

También debe mencionarse la contundente legislación penal que castiga el más grave de los ataques contra la intimidad y propia imagen de los menores: la pornografía infantil. Del mismo modo, el propio Código Penal, al regular los tipos de delitos contra la intimidad, estructura como tipo agravado la lesión a la intimidad del menor (artículo 197.5), asimilando estos ataques por razón de la edad del sujeto pasivo a los secretos que afectan al núcleo duro de la privacidad (datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual).

La preocupación de los poderes públicos por la protección de estos derechos de los menores ha llevado a que la mayoría de los legisladores autonómicos hayan promulgado sus propias disposiciones, en esencia reiterando lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, e imponiendo además a las Administraciones autonómicas la obligación de dar cuenta al Ministerio Fiscal de cuantas actuaciones lesionen el honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen de los menores. Asimismo, estas disposiciones autonómicas también generan obligaciones para las respectivas Administraciones en relación con la salvaguarda de estos derechos de los menores.

Así, en el ámbito autonómico merecen especial consideración la Ley 3/2005, de 18 de febrero de Atención y Protección a la Infancia del País Vasco (modificada por la Ley 3/2009, de 23 de diciembre), en cuyo artículo 10 dispone que *“de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: a. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quedando comprendidos en este derecho la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. b. En los casos en que los derechos recogidos en la letra anterior queden vulnerados por la difusión de información o la utilización de imágenes o nombres de niños, niñas y adolescentes en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, el ministerio fiscal*

deberá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Tales actuaciones procederán incluso si consta el consentimiento del niño, niña o adolescente o de sus representantes legales. c. En los casos a que se refiere la letra anterior, y sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del niño, niña o adolescente, el ministerio fiscal podrá actuar de oficio o a instancia del propio niño, niña o adolescente o de cualquier persona interesada, física o jurídica, o entidad pública. d. Los padres y madres, tutores o guardadores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”; asimismo, el artículo 17 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección la Infancia y Adolescencia de Navarra; el artículo 27 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; los artículos 72 y 73 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad Valenciana que, regulan la protección del menor frente al uso de servicios telefónicos, Internet y publicidad en la Comunidad valenciana; el artículo 17 de la Ley 8/2010, de 23 de diciembre de garantía de derechos y atención a la infancia y adolescencia de Cantabria; y, el artículo 36 de la Ley 14/2010, de 23 de mayo de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña.

En un plano internacional, es de destacar el artículo 8.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 –Reglas de Beijing- en el que se establece que, para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de diciembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, en su artículo 12 manifiesta que, “1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”;* y refuerza el artículo 13 al disponer que “1. *El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”. Si bien, añade su párrafo segundo que, el ejercicio de tal derecho podrá*

estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas. Asimismo, el artículo 16 proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias”. También el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) declara que “todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor”, y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. En la misma línea, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos revisado de conformidad con el Protocolo nº 11 y entrada en vigor el día 1 de noviembre de 1998, alude en su artículo 10 al derecho de toda persona a la libertad de expresión que, alcanza tanto a la libertad de opinión, como la libertad de recibir y comunicar información o ideas, reconociendo, asimismo, su ejercicio limitado en orden a la reputación y derecho de terceros. Por su parte, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de diciembre de 1996, en cuyo último inciso declara que, toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública excepto en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a tutela de menores. Asimismo, hay que destacar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, concretamente el artículo 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el Estado; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, que, en su artículo 10.3 obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales; la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas “Un mundo apropiado para los niños” de 10 de mayo de 2002; y, la Resolución de esta misma Asamblea sobre Derechos del Niño de 19 de diciembre de 2006.

En Europa, se ha producido un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ratificado por España el 10 de octubre de 1979, que regula en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y en el artículo 10 el derecho a la libertad de expresión. Actualmente, el Tratado de la Unión Europea en su artículo 6 dispone que: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados

en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados...”. También señala que: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Y, añade que: “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión dispone en su artículo 67 que: “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”.

En relación a las políticas de actuación en el seno de la Unión Europea, el 16 de octubre de 1996 la Comisión presentó el Libro Verde sobre la protección de los menores y la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información que trataba básicamente de los contenidos nocivos. A tal fin en el Capítulo I centrado en poner de manifiesto los problemas que se pueden derivar de los contenidos de los servicios audiovisuales y de información en relación con la protección de menores y dignidad de la persona, señala que, cualquiera que sea el alcance que se dé a la libertad de expresión, siempre la protección de los menores y la dignidad humana representa una prioridad en la regulación de los medios de comunicación, sin que la aparición de otros nuevos, cuestione la necesidad de tal protección, es por ello que para la Comisión, hay que centrar la protección en servicios descentralizados, como Internet, y ante la enorme expansión y desarrollo transnacional de tal servicio, se han de ofrecer soluciones globales y comunes para su operatividad y aplicación en el seno de la Unión. En el año 2005, el Parlamento y el Consejo adoptaron la Decisión nº 854/2005/CE de 11 de mayo de 2006⁵ por la que se crea un Programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea, centrado en la lucha contra los contenidos ilícitos, el tratamiento de los contenidos no deseados y nocivos, el fomento de un entorno más seguro y la sensibilización. En la actualidad, está en marcha el Programa plurianual sobre la protección de los menores en el uso de Internet y de otras tecnología de la comunicación, fruto de la Decisión nº 1351/2008/CE de 16 de diciembre de 2008⁶, en cuyo considerando primero se dice que “el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación tales como el teléfono móvil sigue experimentando un crecimiento considerable en la Unión Europea, y brinda a todos los ciudadanos oportunidades importantes, tales como la participación, la interactividad y la

⁵ DO L 149/1, de 11 de junio de 2005.

⁶ DO L 348/118, de 24 de diciembre de 2008.

creatividad. No obstante, los riesgos para los niños y el abuso de estas tecnologías también siguen existiendo y, con la evolución de la tecnología y de los comportamientos sociales, aparecen nuevos riesgos y abusos. Deben adoptarse medidas a escala de la Unión Europea dirigidas a proteger la integridad física, mental y moral de los niños, que podría verse vulnerada al acceder estos últimos a contenidos inapropiados”. Precisamente, poniendo el acento en la protección de los niños en el uso de Internet y otras tecnologías de la Comunicación, se establece en el considerando cuarto que “seguirá resultando necesario actuar tanto en el ámbito de los contenidos potencialmente nocivos para los niños, en particular el material pornográfico, como en los contenidos ilícitos, en particular el material sobre abuso infantil. Asimismo, es necesario seguir actuando para evitar los casos en que los niños son víctimas de comportamientos nocivos e ilícitos que desembocan en perjuicios físicos y psicológicos y aquellos en que son embaucados para que imiten tales comportamientos, perjudicando a otros o a sí mismo. Es necesario un esfuerzo particular para explorar soluciones que impidan que los adultos a través de la tecnología de la información y la comunicación, proponga citas a niños con la intención de cometer abusos sexuales u otros delitos sexuales. Debe prestarse al mismo tiempo especial atención al sistema de apoyo de igual a igual”. Y, asimismo, añade en esta línea el considerando quinto que “las acciones deben asimismo estar encaminadas a impedir que los niños sea víctimas de amenaza, acoso y humillación a través de Internet o de las tecnologías digitales interactivas, incluidos los teléfonos móviles”.

En este contexto, la Comisión Europea presentó el 15 de febrero de 2011 un Programa para los derechos del menor en la que se enumeran hasta once acciones que la Comisión ha de adoptar en los próximos años, mediante las que se persigue reafirmar el sólido compromiso de la Unión Europea y de los Estados miembros a la hora de promover, proteger y respetar los derechos del menor en todas las políticas que, se lleven a cabo en el seno de la Unión y, que afecten directamente o indirectamente a los mismos. En el diseño, aplicación y supervisión de tales políticas ha de atenderse al interés superior del menor. Entre las acciones a llevar a cabo, la Comisión menciona expresamente aquellas orientadas a proteger activamente y capacitar a los menores “para enfrentarse al ciberacoso, la captación de menores, la exposición a contenidos nocivos, y otras experiencias desagradables en la utilización de tecnologías en línea. Es por ello que, se decide con el objeto de incrementar la concienciación y promover la ciudadanía activa entre los niños, la creación de una ventanilla única para los niños en el portal EUROPA con información fácilmente accesible sobre los derechos del menor y las políticas de la Unión”.

Por su parte, en septiembre de 2011 se ha publicado un Informe de la Comisión sobre la Protección de los Menores en el mundo digital dirigido al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en relación con la aplicación de la Recomendación del Consejo de 24 de

septiembre de 1998 relativa a la protección de menores y dignidad humana y de la Recomendación del Parlamento y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y la dignidad humana y el derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea, donde se pone de manifiesto el vertiginoso cambio experimentado en los medios electrónicos desde la última Recomendación que, tiene especial constatación en la aparición de un nuevo fenómeno cibernético, como son las redes sociales, y el enorme crecimiento en usuarios, sobretodo menores.

En este contexto, se debe recalcar el valor que, los Convenios internacionales adquieren en relación con los menores, lo que es además especialmente enfatizado por la Constitución española. Así, el artículo 10.2 de la misma establece genéricamente que, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España; y, el artículo 39.4, *ad abundantia maior*, dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que, velan por sus derechos”.

De todas formas, hay que destacar las normas (Instrucciones y Circulares) de la Fiscalía General del Estado orientadas a salvaguardar los derechos de los menores. Lo cierto es que, las funciones que la Constitución española atribuye al Fiscal son todas de un profundo calado ético, las más sensibles, necesarias y de inexcusable observancia, son las relacionadas con los menores, toda vez que éstos, por propia definición, necesitan de otros para obtener amparo. El Ministerio Fiscal debe decididamente asumir el papel protagonista que nuestro ordenamiento expresamente le ha querido atribuir como defensor de la esfera de la privacidad de los menores. Que el Fiscal debe velar por el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, aparece reiteradamente invocado en la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado. Así, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, dictada antes de los trascendentales cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/1996, para los casos en que la divulgación de la noticia permita prever una intromisión en la intimidad o en la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, instaba a los Fiscales a valorar “la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y, en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia, a fin de advertir a aquellos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse”, apuntándose como vía de intervención en los casos de continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad por “reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia” la evaluación de si concurre situación de desamparo del menor conforme al artículo 172 Código Civil.

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 exhorta al Fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho.

Por su parte, la Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles dispone que los Fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces.

Esta misma Circular exhorta a los Fiscales para que en todos los procesos que afecten a menores orienten su actuación conforme a los principios recogidos en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que, pudiera concurrir y de manera particular para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento.

Por su parte, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, se pronunciaba en el ámbito de las informaciones sobre asuntos penales en el sentido que, el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado.

Finalmente, la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado pretende por un lado, abordar sistemáticamente la materia, y por el otro, dar por primera vez pautas exegéticas a la luz de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que introdujo disposiciones que fortalecen extraordinariamente la posición del Fiscal como valedor de los derechos de los menores, dotándole de una legitimación con una amplitud no reconocida en la anterior Ley Orgánica 1/1982.

III. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor se encuentran hiperprotegidos en el ordenamiento jurídico español. Estas garantías adicionales se justifican por el *plus* de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañan en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.

De conformidad con lo dispuesto tanto en el artículo 1 de la Convención de Derechos del Niño como en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puede afirmarse que, son menores las personas de menos de dieciocho años que, se encuentren en territorio español,

salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Aunque en principio la Ley nacional del menor de 18 años puede atribuirle la plena capacidad por debajo de dicha edad, para ello habrá de partirse conforme a las previsiones de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, y de la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, que puede establecerse con carácter general la presunción *iuris tantum* que, es menor todo extranjero que, no haya cumplido aún los dieciocho años.

Respecto de los criterios para la determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados, habrá de estarse a las pautas introducidas por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio.

De todas formas, conviene precisar, como señala en su Exposición de Motivos la Ley Orgánica 1/1996, que el Ordenamiento jurídico en general y, en particular, esta Ley “refleja una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”. A lo que añade que, “no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”. Su concepción como sujetos activos se demuestra progresivamente en su participación en las redes sociales o en otros entornos virtuales que ofrecen Internet y, otras plataformas digitales; si bien, la exigencia de cierta autonomía en su actuación como tales sujetos que, se plasma en la posibilidad de prestar su consentimiento ante determinadas actuaciones, no impide la necesaria protección que por razón de la edad, merecen en el seno de la propia familia, como por parte de los poderes públicos. Se debe lograr un adecuado equilibrio entre las necesidades del menor como sujeto activo y titular de sus derechos, y su protección como sujeto especialmente vulnerable.

En el caso de menores emancipados, el artículo 323 Código Civil establece, no obstante, que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, –entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen- que, además, han de interpretarse restrictivamente. Las mismas consideraciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (artículo 321 del Código Civil).

Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor, intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos en el artículo 3 Ley Orgánica 1/1982. Distinto debe ser el supuesto de menor emancipado por vida independiente. Conforme al artículo 319 del Código Civil se presume la emancipación del menor que a los 16 años viviere independiente de sus padres con el consentimiento de éstos. Sin embargo, en

estos supuestos de emancipación tácita, los padres pueden revocar tal consentimiento, por lo que no puede decirse que produzcan el efecto extintivo de la patria potestad. *A fortiori*, un inadecuado ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de estos menores podría poner precisamente de relieve que, los mismos no estaban debidamente preparados para vivir independientemente de sus padres, por lo que no deben quedar en esta materia exentos *a priori* de las intervenciones tuitivas del Juez y del Ministerio Fiscal.

El derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen participa de la naturaleza de los derechos de la personalidad⁷ y, por tanto, de los caracteres que le son propios, esto es, la irrenunciabilidad, inalienabilidad o intransmisibilidad por ser inseparables de la persona a que pertenecen; de ahí que, también resulten que, son inexpropiables e inembargables y que no cabe en relación con ellos el ejercicio de la acción subrogatoria (artículo 1111 del Código Civil), y la imprescriptibilidad –en cuanto no se extinguen, como tales derechos, por su falta de ejercicio– *ex artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982*, así como también su carácter absoluto u oponibilidad *erga omnes*, ya sea frente a particulares, ya sea frente a poderes públicos, y su naturaleza esencial, inherente a la persona, pues, se trata de derechos innatos u originarios en cuando se adquieren como consecuencia del hecho de ser hombre. Finalmente, hay que destacar su contenido extrapatrimonial en cuanto lo bienes que se protegen son radicalmente personales y carecen de contenido patrimonial⁸. Si bien, no son ilimitados, pues,

7 Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Los derechos de la personalidad”, *Curso de Derecho Civil, vol. I Derecho Privado. Derecho de la persona, volumen coordinado por Pedro de Pablo Contreras*, 4ª ed., Colex, Madrid 2011, p. 546 conceptúa los derechos de la personalidad, como “derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana, y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y la imagen)”. Por su parte, O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, T. I Parte General*, séptima edición corregida y puesta al día, Dijusa, Madrid 2009, p. 179 define los derechos de la personalidad como “el poder que el ordenamiento concede a la persona, para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma, en su aspecto material, como moral”.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9100) define los derechos de la personalidad como “derechos subjetivos que recaen sobre aspectos o manifestaciones inherentes a la persona, como ser humano, y no constituyen un solo derecho con varios aspectos “*ius in re ipsum*” sino un conjunto de derechos; entre ellos se hallan los del honor, intimidad e imagen”. Y añade respecto a estos derechos que “no se trata de un derecho tricéfalo, sino de tres derechos”.

8 O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Derecho al honor”, *Actualidad Civil 1990-1*, pp. 3-4; del mismo autor, O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, p. 181; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, pp. 552-555 y 566, quien, asimismo, en cuanto al significado de esos caracteres matiza: “1. Que aunque el derecho en sí es imprescriptible, las acciones concedidas para reaccionar frente a una concreta vulneración del mismo, sí pueden verse extinguidas por el transcurso del tiempo; en este caso la propia LOPDH dispone que, las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas; 2. Que lo que está

están sujetos como los demás derechos, a sus propios límites intrínsecos y límites extrínsecos derivados de la existencia y protección de los derechos y libertades de los demás.

Asimismo, son reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española como derechos fundamentales. Lo que hace que se les dote de las mayores garantías constitucionales, es decir, se protejan ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia, sumariedad, susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y reservando su desarrollo a la necesidad de Ley Orgánica.

Precisamente, la Ley Orgánica 1/1982 que regula el derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, no ofrece una definición de tales derechos, dejando esa labor a la doctrina y a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Así, el derecho al honor se concibe como un concepto jurídico indeterminado en constante evolución, de contenido lábil, fluido y cambiante que, se concreta en cada caso en atención a las normas, valores e ideas y usos sociales vigente en cada momento; de ahí que, los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso, cuando debe tenerse lesionado un derecho fundamental como el derecho al honor⁹. Consiste en la dignidad personal reflejada en la consideración

excluido es la renuncia previa y general al derecho de que se trata, cuyo efecto sería la extinción del propio derecho; si cabe, como recuerda la propia ley, tanto autorizar una determinada intromisión (que sin autorización podría resultar ilegítima), como no ejercitar (e incluso renunciar, una vez nacida la acción) las acciones concedidas por el ordenamiento, en caso de producirse efectivamente una intromisión ilegítima"; Díez PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, duodécima edición, Tecnos Madrid, 2012, pp. 324-235 y 342; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. I Parte General, vol. 2 Personas, sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Dykinson, Madrid 2010, pp. 59-60. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6942).

⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional 170/1994, de 7 de junio (RTC 170/1994); Sala Segunda, de 22 de mayo de 1995 (RTC 1995/76), en la que precisa que "en tal aspecto, parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre en nuestros días. Si otrora la honestidad y recato de las mujeres era su componente principal, parigual con el valor o coraje del varón, hoy como ayer son honradez e integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores"; 180/1999, de 11 de octubre (RTC 180/1999); 112/2000, de 5 de mayo (RTC 2000/112); 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001/49); y, 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007/9). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002/232154); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 4ª, de 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003/82012), que señala que, el contenido del derecho fundamental al honor es, además, un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión (STC 187/1999 (RTC 1999/187)); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 5 de abril de 2003 (JUR 2003/171113), manifiesta que, es tan relativo el concepto al honor que, debe compaginarse la inevitable subjetivización con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor. La calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en

de los demás y en el sentimiento de la propia persona, que aparece desdoblado en un aspecto trascendente que, se resume en la consideración externa de la persona, esto es, en su dimensión social y en un aspecto inmanente, subjetivo e individual, que es la consideración que, cada uno tiene de sí mismo¹⁰. En sentido negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima, el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 entiende el derecho al honor como “la imputación de hechos o manifestaciones de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. En la

relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las sentencias de 7 de septiembre de 1990 (RJ 1990/6865) y de 12 de diciembre de 1991 (RJ 1991/8995) (...) y se deduce del artículo 2.1 de la Ley Orgánica citada al decir que la protección del honor se limita por los usos sociales»; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13ª, de 23 de diciembre de 2004 (AC 2005/208), señala que, “el derecho al honor es un derecho relativo y circunstancial, de modo que se hace preciso destacar determinadas delimitaciones o matizaciones del concepto del honor. En primer lugar por el contexto en que se producen las expresiones, ya que tienen importancia para la calificación de las mismas, el medio en que se vierten y las circunstancias que lo rodean. En segundo lugar, la proyección pública de la persona que se sienta ofendida, que al haber optado libremente por tal condición, debe soportar cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, yal como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1987 (RTC 1987/165), de modo que, según se dice, en las personas o actividades de proyección y trascendencia pública la protección del derecho al honor disminuye, la de la intimidad se diluye, y la de la imagen la excluye. Y, en tercer lugar, por la gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no deben llegar al tipo penal por un lado, ni tampoco ser meramente intrascendentes por otro”; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, de 15 de abril de 2005 (AC 2005/1212), precisa que, se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Y añade que, “a pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido asociar el concepto de honor a buena reputación, como la fama y aun la honra consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona buena o positiva si no va acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación o lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisión ilegítima en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena”; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, de 11 de octubre de 2005 (AC 2006/277); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 4 de abril de 2008 (AC 2008/1034); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21ª, de 31 de marzo de 2009 (JUR 2009/247469).

¹⁰ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, p. 185; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 91, aceptando la definición de De Cupis, considera el derecho al honor, como “la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona”. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 18 de junio de 2010 (RJ 2010/2381); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 18 de noviembre de 1998 (AC 1998/8906); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 8 de junio de 2001 (JUR 2001/227930); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5ª, de 22 de enero de 2002 (JUR 2002/111125); de la Audiencia Provincial de Ávila, 10 de junio de 2002 (JUR 2002/228827); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 24 de noviembre de 2004 (AC 2005/48); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 2 de marzo de 2005 (AC 2005/312).

delimitación de su contenido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, compartiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, declara en la sentencia de 18 de julio de 2007¹¹, cuyos términos se reproducen en la de 16 de octubre de 2008¹², señala que “el derecho al honor es un derecho esencialmente derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución y cuya negación o desconocimiento produce, básicamente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer de su propia estimación o del público aprecio; por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia –sentencias de 23 de febrero (RJ 1989/1394), 2 de marzo (RJ 1989/1748), y 12 de mayo (RJ 1989/3763) de 1989, 4 de enero (RJ 1990/6) y 4 de octubre de 1990 (RJ 1990/7469), 31 de julio de 1992 (RJ 1992/6508), 4 de febrero de 1993 (RJ 1993/824), entre otras muchas- el ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada e incluso de la familia, como en el externo o ámbito social, y por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad, por lo que no cabe olvidar que, el respeto al derecho, a la debida consideración social se integra en un doble aspecto: en cuanto afecta a la propia estimación que la persona hace de sí misma, y por la trascendencia, que se basa en el reconocimiento que los demás hacen de la propia dignidad y sin que la libertad de expresión pueda justificar la atribución y difusión a una persona, de hechos que indudablemente la hacen desmerecer del público aprecio y respeto. Así, por tanto, el honor, derecho de la personalidad que suele clasificarse dentro de los de proyección social, se manifiesta o como honra, especie de patrimonio moral de la persona, consistente en aquellas condiciones que ésta considera expresión concreta de su propia estimación, o en un sentido objetivo como reputación, esto es, la opinión o estima que de la persona tienen los demás”¹³.

De forma que, es habitual en la doctrina y jurisprudencia distinguir dentro del derecho al honor un aspecto subjetivo inmanente e interno de íntima convicción que, estima de la persona hacia sí misma, sentimiento de la propia dignidad; y otro objetivo o trascendente, externo o de valoración social que, supone la estima de los demás hacia esa persona, reconocimiento que hacen los demás de nuestra

¹¹ RJ 2007/4686.

¹² RJ 2008/5700.

¹³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección única de 5 de junio de 2003 (RJ 2003/4456), señala que “la dignidad es ante todo un valor ético al tiempo que jurídico; un valor “espiritual y moral inherente a la persona”. Y profundizando más, hay que decir que la idea de la dignidad humana viene a ser presupuesto de la validez ético-jurídica, axiológica y antropológica de todo sistema de derecho. Idea que ya fue postulada en esa dimensión por la escuela salmantina de los siglos XVI y XVII (especialmente el Padre Victoria), y adquieren su reconocimiento pleno en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Preámbulo y Declaración I), y luego en diversas Constituciones, entre ellas, la actual Constitución Española (artículo 10.1)”.

propia dignidad¹⁴. Un reflejo de esta distinción la podemos encontrar en el ya citado artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 –redactado por la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995- que considera intromisión ilegítima “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de las acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama (aspecto objetivo) o atentando contra su propia estimación (aspecto subjetivo)”. Sin embargo, la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional pone el acento más en el aspecto objetivo –estima de los demás-, como el más propio de este derecho. Así la sentencia de este Tribunal de 14 de diciembre de 1992¹⁵ señala que “el denominador común de todos los ataques o intromisiones (...) en el ámbito de protección de este derecho, es el desmerecimiento de la consideración ajena (...) como consecuencia de las expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas”. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección Pleno, de 16 de enero de 2009¹⁶ señala que “el honor, definido doctrinalmente, en su ámbito objetivo, como es la estimación por la persona en y por la sociedad, es considerado en nuestro ordenamiento un concepto jurídico cuya precisión dependen en cada caso de las normas, valores e ideas sociales vigente en el momento de que se trate” y, continúa “esa formulación, sin embargo, no impide entender que, con su reconocimiento normativo, se pretende amparar la buena reputación de una persona, frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, por ir en su descrédito o menosprecio”. De ahí añade que “el natural deseo del ser humano de vivir sin tener que soportar injerencias ajenas que no sean queridas, dentro del ámbito considerado como propio o personal, se reconoce, no sólo como una condición imprescindible para una mínima calidad de vida, especialmente, en momentos en que los avances tecnológicos facilitan extraordinariamente las intromisiones sin conocimiento

14 DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 340, señalan que “el derecho al honor comprende, desde luego, el buen nombre y la fama o el prestigio, que es el honor entendido como trato recibido de los demás; pero comprende también un aspecto íntimo o personal consistente en la propia estimación por la persona de su propia dignidad; se le puede proteger contra ataques o vejaciones, que, aunque sin poner en absoluto en peligro la fama o el buen nombre, signifiquen menosprecio”. Vid., asimismo, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 91; y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010/1782); y, de 14 de junio de 2010 (RJ 2010/5388); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de octubre de 1998 (AC 1998/7821); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 25 de mayo de 1999 (AC 1999/75998); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3ª, de 5 de abril de 2006 (JUR 2006/263294); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008/1137).

15 RTC 1992/223. Vid., también la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2001 (RTC 2001/49).

16 RJ 2009/419.

del titular, sino también como una garantía de desarrollo de la personalidad de cada individuo en su relación con los semejantes –en términos de la sentencia de 24 de junio de 2004 (TEDH 2004/45), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Von Hannover contra Alemania–. Se protege así el derecho de la persona a llevar su propia existencia como ella la entienda, con el mínimo de interferencias exteriores, facultándole a controlar la información personal sobre ellas misma, y a imponer a los demás el deber de abstenerse de intromisiones en ese espacio de privacidad –al respecto, sentencia 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001/156), y 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004/196), y las que se citan–. La importancia que en la vida de relación tienen los rasgos físicos que permiten la identificación exterior del ser humano, ha llevado al reconocimiento del derecho a la propia imagen, que se manifiesta, entre otras, en la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por un tercero no autorizado¹⁷.

Por otra parte, aunque el honor en sentido estricto y el prestigio profesional son conceptos diferentes, sin embargo, están mutuamente implicados, hasta el punto que, en ocasiones, los ataques al prestigio profesional –inicialmente no cubiertos por la protección específica del derecho al honor– pueden ser considerados, por su alcance y circunstancias como lesiones al derecho al honor. De forma que, tras un cambio en la doctrina jurisprudencial el prestigio profesional es considerado como parte integrante del derecho al honor por constituir un ataque al mismo, un desmerecimiento en la consideración ajena. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional en sentencia de 30 de marzo de 1992 cuando manifiesta que “conviene precisar que no son necesariamente lo mismo, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional (...). Pero ello no debe llevarnos a negar rotundamente (...) que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuando exceden de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación, lo hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona¹⁸”.

¹⁷ En esta línea, vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 4ª, de 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003/82012).

¹⁸ RTC 1992/49. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992/223); y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1990 (RJ 1990/4854); de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10087); de 27 de mayo de 1995 (RJ 1995/4135); de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997/1985); de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000/1157); de 26 de junio de 2000 (RJ 2000/5309); y, de 4 de abril de 2001 (RJ 2001/3191); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21ª, de 17 de marzo de 1998 (AC 1998/5100); Audiencia Provincial de Ávila, 10 de junio de 2002 (JUR 2002/228827); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, de 24 de noviembre de 2004 (AC 2005/48); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17ª, de 6 de septiembre de 2010 (AC 2010/1699).

Ahora bien, el derecho al honor no es un derecho absoluto, en cuanto que puede ser limitado por los derechos a informar y expresarse libremente¹⁹.

En cuanto al derecho a la intimidad aparece como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, y derivado de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución española, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰. Tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida. Es como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS “el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos

19 Las directrices fijadas por el Tribunal Constitucional para resolver en casos de conflicto son, en síntesis, tal y como lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 5 de junio de 1996 (RJ 1006/4819), las siguientes: “1º. Para establece la delimitación de tales derechos es preciso examinar caso por caso, sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2º. Para hacer la valoración debe tenerse en cuenta la posición preferente, no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad contenidos en el artículo 18 de la Constitución ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública, libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés público, pues, solo entonces puede “exigirse a aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soportan en aras precisamente del conocimiento general y difusión de los hechos y situaciones que interesen a la comunidad”; 3º. Lo único que puede justificar que deba un sujeto soportar las molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, es la información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SSTS de 23 de marzo y 26 de junio de 1987 (RJ 1987/1716) y (RJ 1987/4824); SSTC de 12 de noviembre de 1990 (RTC 1990/171); y, de 4 de octubre de 1993 (RTC 1993/286)”. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001/2730); de 31 de julio de 2002 (RJ 2002/8552); y, de 24 de octubre de 2003 (RJ 2003/7521). En cualquier caso, es doctrina comúnmente admitida que de la protección constitucional que otorga el artículo 20 de la Constitución Española a la libertad de expresión están excluidas las actuaciones absolutamente vejatorias, es decir, las que en las circunstancias del caso y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, resultando impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC de 8 de junio de 1988 (RTC 1988/107); de 12 de enero de 1998 (RTC 1998/1); de 14 de septiembre de 1999 (RTC 1999/154); y, 25 de octubre de 1999 (RTC 1999/192), por cuanto en definitiva el derecho a la libertad de expresión debe ejercitarse sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser vejatorias o injuriosas para nadie (SSTS de 5 de octubre de 1992 (RJ 1992/7526); de 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9603); de 14 de marzo de 1996 (RJ 1996/2178); y, de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003/210)).

20 RTC 1988/231. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991/197); y de 10 de mayo de 2000 (RTC 2000/115). En esta línea, GARCÍA GARNICA, M^a del C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2004, p. 177.

de los ojos y de los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho a impedir la divulgación, los hechos, vicisitudes que pertenezcan a ella”²¹. O’CALLAGHAN lo define, siguiendo a ALBALADEJO como “el poder concedido a la persona siguiendo sobre el conjunto de actividades que forman su círculo más íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”²². Junto con la imagen manifiesta DE PRIEGO FERNÁNDEZ “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana”²³. En el Derecho anglosajón se ha reconocido constantemente el *right of privacy*, como el derecho del individuo a una vida retirada y anónima.

En todo caso, este derecho sugiere, en principio, el reconocimiento al individuo de una esfera de vida personal exclusiva y excluyente, de una zona de actividad que le es propia, y de la que puede prohibir el acceso a otros. Para el Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”²⁴. Esta descripción contempla el aspecto negativo y más tradicional del derecho a la intimidad, consistente en la facultad de excluir cuanto atañe a la propia persona de la acción y conocimientos ajenos. Junto a él se habla más modernamente de un aspecto positivo, que consiste en “el control por su titular

21 DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 341.

22 O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, op. cit., p. 186. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 26 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5580) define el derecho a la intimidad como “la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado”. En esta línea, vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 13 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6968); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008/1137) que lo configura como “derecho a la privacidad de un conjunto de actividades que vienen así a configurar o delimitar un ámbito estrictamente personal, y que debe quedar vedado a la publicidad y divulgación al carecer de interés el mismo respecto de terceros”.

23 DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., “La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red”, *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, directoras Eva Jordá Capitán y Verónica de Priego Fernández, y coordinadores Jesús Alberto Messia de la Cerda Ballesteros y Jesús Flores Rodríguez, El Derecho, Madrid 2012, p. 37.

24 La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988 (RTC 1988/231). En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2009 (RJ 2010/268).

de los datos e información relativos a la propia persona²⁵. La presencia de este aspecto positivo es, precisamente, la que permite a su titular una cierta capacidad de disposición en relación con su intimidad²⁶.

El derecho a la intimidad comprende tanto la intimidad corporal, como los datos económicos o bancarios de la persona, aunque en ninguno de los dos casos con carácter absoluto²⁷. No obstante, hay que distinguir entre intimidad y vida privada. Así, mientras que la intimidad abarca aspectos personales (datos biológicos o profesionales, entre otros) que no son vida o vivencia, la vida privada comprende ámbitos –esfera profesional o económica– que por conocidos o cognoscibles no se integran en la intimidad. Por otro lado, cabe también diferenciar la intimidad de valores que no se identifican con ella o no siempre, tales como el secreto médico, profesional y la confidencialidad²⁸.

En este contexto, conviene precisar que, tanto la Ley Orgánica 1/1982, como el artículo 18 de la Constitución española se refieren no sólo a la intimidad personal, sino también a la familiar por la especial proximidad que, media entre los componentes del grupo familiar²⁹.

Ahora bien, como sucede con el derecho al honor, este derecho se debe poner en relación con otros derechos con los que puede tener cierta tensión, al igual que el derecho al honor y la propia imagen, como son los consagrados en el artículo 20 de la Constitución española como la libertad de expresión y derecho a la información; de ahí que, la limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso³⁰. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de

25 LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 92.

26 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 563.

27 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Últ. Lug. Cit.*

28 LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 92.

29 A este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1988(RTC 1988/231) ha señalado también que “el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y persona, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es el familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la Constitución Española protegen (...). No cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno- a la intimidad constitucionalmente protegido”. Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1991 (RTC 1991/197) ha establecido que lo que afecta a la intimidad personal de los hijos, afecta a la intimidad familiar de los padres.

30 Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del Pleno, de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8268); de 16 de enero de 2009 (RJ 2009/419); y, de 15 de enero de 2009 (RJ 2009/1354).

una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella³¹. Asimismo, como dispone el artículo 18.4 del citado texto constitucional, la ley puede limitar en uso de la informática en aras de garantizar un adecuado ejercicio de tales derechos al honor, intimidad y propia imagen.

En este contexto, cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como la intimidad,

³¹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 23 de enero de 2012 (RJ 2012/3652), señala al respecto que “cuando se trata de libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho a la intimidad personal por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CDFUE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respecto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva: 1. La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51 Observer y Guardian 2004/36 Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 (RTC 2000/115) y 143/1999 (RTC 1999/143); y SSTs de 5 de abril de 1994, de 7 de diciembre de 1995, de 29 de diciembre de 1995, de 8 de julio de 2004 (RJ 2004/5243) y 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4503); 2. La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal; 3. Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas, está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público; 4. La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de estas que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión; y, 5. La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permuta entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STs de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8268))”.

es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 171/1990, de 12 de noviembre³²; núm. 20/1992, de 14 de febrero³³; y núm. 121/2002, de 20 de mayo³⁴). El ejercicio de la libertad de información se justifica en relación con su conexión con asuntos públicos de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 138/1996, de 16 de septiembre³⁵). Cuando resulta afectado el derecho a la intimidad no resulta primordial la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión³⁶. De todas formas, el derecho a informar, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin, en atención al cual la Constitución española le atribuye especial protección (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 138/1996, de 16 de septiembre³⁷; y, núm. 185/2002, de 14 de octubre). Es necesario proceder a una previa acotación de los derechos y libertades que entran realmente en conflicto pues la importancia de los criterios que han de ser tenidos en cuenta al afrontar la ponderación de los derechos y libertades en colisión varía notablemente según se trate de la libertad de expresión o de información, por un lado, y de la protección del derecho al honor, la intimidad o a la propia imagen, por otro³⁸. La relevancia pública de la información no puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena³⁹. Es esa relevancia comunitaria –y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena– lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las

³² RTC 1990/171.

³³ RTC 1992/20.

³⁴ RTC 2002/121.

³⁵ RTC 1996/138.

³⁶ Vid., sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991/197); núm. 20/1992, de 14 de febrero (RTC 1992/20); núm. 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000/115); núm. 185/2002, de 14 de octubre (RTC 2002/185); y, núm. 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003/127).

³⁷ RTC 1996/138.

³⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Constitucional 46/2002, de 25 de febrero (RTC 2002/46); núm. 148/2002, de 15 de julio (RTC 2002/148); y, núm. 127/2003, de 30 de junio.

³⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/1992, de 14 de febrero (RTC 1992/20); y, núm. 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999/134).

pretensiones de información y de reserva (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 171/1990, de 12 de noviembre⁴⁰; núm. 20/1992, de 14 de febrero⁴¹; núm. 134/1999, de 15 de julio⁴²; núm. 121/2002, de 20 de mayo⁴³; núm. 185/2002, de 14 de octubre⁴⁴; y, núm. 127/2003, de 30 de junio⁴⁵. Así, es antijurídica una información relativa a los detalles de una adopción y de sus protagonistas, porque no posee relevancia pública al no servir al interés general en la información, y porque no se refiere a un asunto público entendido como acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 134/1999, de 15 de julio). El tratamiento informativo del menor debe, además, estar presidido por ese principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. Desde esta perspectiva, cuando los mismos estén inmersos en hechos noticiosos que efectivamente tengan relevancia pública, deberán preservarse sus derechos cuando su aparición en los medios pueda serle perjudicial.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1982, de 15 de octubre⁴⁶ ha resaltado el valor de la protección de la infancia como uno de los límites constitucionales expresamente establecidos para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20, al manifestar que, “el legislador puede fijar restricciones... dentro de la cual se comprende muy señaladamente –hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello– la protección de la juventud y de la infancia”.

En este mismo sentido, declara el citado Tribunal Constitucional que, el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, viene a erigirse en “límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz” (sentencias del Tribunal Constitucional núm. 134/1999, de 24 de mayo; y, núm. 127/2003, de 30 de junio)⁴⁷.

El principio del interés del menor como límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz es asumido por el Tribunal Supremo “incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral” (sentencia del Tribunal Supremo núm. 704/2004, de 30 de junio)⁴⁸.

En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente un interés más: el superior interés del menor, que además y conforme al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que

40 RTC 1990/171.

41 RTC 20/1992.

42 RTC 134/1999.

43 RTC 2002/121.

44 RTC 185/2002.

45 RTC 127/2003.

46 RTC 1982/62.

47 RTC 1999/134; y RTC 2003/127.

48 RJ 2004/4286.

podiera concurrir. En este sentido, declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, núm. 106/2000, de 15 de abril⁴⁹ que, “la incuestionable primacía del interés del hijo... preferencia que no decae ante el indudable interés social también perseguido, y sin duda obtenido, con el reportaje litigioso”. También merece aludir a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001 que proclama “la incuestionable primacía del interés del hijo menor, valor prevalente”. Determinadas informaciones de interés público que, justificarían la identificación de los protagonistas como parte de la noticia, no la justifican cuando tal protagonista es menor de edad. En estos casos si la difusión de la misma puede ser contraria a sus intereses, lo procedente será limitar los datos identificativos a las iniciales del nombre del menor. Al tratar del requisito de la relevancia pública y la inserción en la noticia de los datos o señas de identidad de las personas intervinientes en el hecho, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 321/2001, de 29 de marzo⁵⁰, tras declarar con carácter general que el derecho de información no tiene limitaciones que, puedan imponer los órganos jurisdiccionales, tales como los datos de identidad, pues “la información comprende toda la noticia, no parte de ella”, reconoce no obstante que “la limitación puede ser impuesta por Ley, como las relativas a los menores que impone el artículo 4.2 y 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996...”.

En este sentido, se han considerado antijurídicas informaciones que, aun referidas a hechos noticiosos, incluyen la identidad del menor, conteniendo la noticia aspectos negativos para el mismo⁵¹.

Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público, aunque afecte a un menor, siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses, siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que, se utilicen medios técnicos que, distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse con la adopción de las cautelas que, en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que puedan llevar a su identificación.

Siguiendo estas pautas se ha considerado ajustada a derecho la información sobre menores veraz y de interés público cuando se adoptan cautelas tales

49 JUR 2000/156259.

50 RJ 2001/6637.

51 La sentencia del Tribunal Supremo núm. 631/2004, de 28 de junio (RJ 2004, 4279); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 7ª núm. 96/2003, de 13 de febrero (JUR 2003, 186572).

como aplicar una franja negra cubriendo los ojos en las imágenes publicadas identificándolos sólo por las iniciales⁵².

Por su parte, en su configuración autónoma respecto de los derechos al honor y la intimidad⁵³, el derecho a la propia imagen para O'CALLAGHAN es "la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible"⁵⁴; mientras que, para Díez-Picazo y Gullón Ballesteros consiste, en última esencial "en el poder de decidir, consentir o impedir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.), así como su exposición o divulgación sin el consentimiento del interesado"⁵⁵. Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1987⁵⁶, seguida por las de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988⁵⁷, de 9 de febrero de 1989⁵⁸, de 19 de octubre de 1992⁵⁹, y de 3 de octubre de 1996⁶⁰ define la imagen "como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquélla a efectos de protección civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1992, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y en sentido jurídico, es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad". En esta línea, se configura en el seno de la doctrina del Tribunal Constitucional como "un derecho de la personalidad que, como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propi y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. Es por ello que, atribuye a su titular la facultad de disponer de la

⁵² Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona sec. 16ª, de 1 junio 1999 (AC 1999, 1506); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 6ª, núm. 99/2004, de 23 de febrero (JUR 2004, 105596); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 13ª, núm. 83/2003, de 14 de noviembre (AC 2004, 1165).

⁵³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008/4495).

⁵⁴ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, p. 186.

⁵⁵ Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, op. cit.*, p. 341.

⁵⁶ RJ 1987/2703.

⁵⁷ RJ 1988/2480; y RJ 1988/4049.

⁵⁸ RJ 1989/822.

⁵⁹ RJ 1992/8079.

⁶⁰ RJ 1996/7012. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/358); de 18 de julio de 1998 (RJ 1998/6278); de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999/72370); de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/2673); de 9 de julio de 2004 (RJ 2004/5115); de 13 de julio de 2004 (RJ 2004/5563); de 13 de julio de 2006 (RJ 2006/4969); sección 1ª, de 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5572); sección 1ª, de 10 de noviembre de 2008 (RJ 2008/7702); sección 1ª, de 28 de noviembre de 2008 (RJ 2009/1352); sección 1ª, de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/3169); y, sección 1ª, de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3699). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 19 de mayo de 2008 (AC 2008/1137); y, de la misma Audiencia Provincial, sección 21ª, de 25 de noviembre de 2008 (AC 2009/113).

representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos, que le hagan reconocible y que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por un tercero no autorizado” (sentencias del Tribunal Constitucional, Sala Segunda 117/1994, de 25 de abril; y, 158/2009, de 29 de junio)⁶¹.

En este contexto, el derecho a la imagen, como derecho a reproducir y publicar la propia imagen y de impedir a tercero no autorizado a obtenerla, reproducirla y publicarla, tiene un contenido positivo de disponibilidad de la propia imagen; de forma que, otorga al propio sujeto la facultad de decidir acerca de la reproducción y divulgación de su imagen, lo que incluye la posibilidad de comerciar con ella; y un contenido negativo de la exclusión de los demás, consistente en la facultad de impedir que terceras personas obtengan, reproduzcan, o divulguen la imagen de una persona sin su consentimiento⁶².

Si bien, sobre todo atendiendo a su aspecto negativo, conceptualmente, el derecho a la propia imagen se encuentra muy próximo al derecho a la intimidad, hasta el punto de que ha sido considerado parte del mismo, y que el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1994, ha afirmado que, la imagen de una persona “constituye el primer elemento configurador de su intimidad y la de su esfera personal”⁶³. Sin embargo, no cabe duda que tanto en la Constitución española como en la Ley Orgánica 1/1982 han optado por configurarlo legalmente como un derecho autónomo. De nuevo, el Tribunal Constitucional ha reconocido también que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, aunque esté estrechamente relacionado con los derechos al honor y la intimidad (sentencias de 26 de marzo y 18 de junio de 2001)⁶⁴.

Lo cierto es que en el origen de la protección del derecho fundamental a la propia imagen que se encuentra en la jurisprudencia norteamericana, no le dotaba de autonomía, considerándolo como una simple manifestación del derecho a la intimidad personal. Así el pleito *Rebertson v. Rebertson Folding Box*, en el que la entidad demandada había utilizado la fotografía de una joven sin su consentimiento para anunciar un producto, por lo que el Tribunal de Primera

61 RTC 1994/117; y, RTC 2009/158.

62 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 564. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003/2596); y, sección 1ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/4628).

63 RTC 1994/99.

64 RTC 2001/81; y RTC 2001/139. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2003 (RTC 2003/14); y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7873); de 17 de julio de 1993 (RJ 1993/6458); de 5 y 19 de julio de 2004 (RJ 2004/5265 y RJ 2004/6790); de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006/830); sección 1ª, de 22 de julio de 2008 (RJ 2008/4495); sección 1ª, de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/4628); sección 1ª, de 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009/407); y, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6942).

Instancia de Nueva York la condenó por violación del derecho a la intimidad, si bien esta resolución fue revocada por el Tribunal de Apelación que absolvió al demandado; y, poco tiempo después, en 1905 en el pleito Pavesich v. New England Life Insurance Co., la sentencia firme reconoció el derecho a la intimidad en un supuesto en que una compañía de seguros demandada había publicado la foto de una persona, sin su consentimiento, con unas declaraciones que se les atribuían sobre las ventajas de los seguros. En la actualidad la doctrina anglosajona –inglesa y norteamericana- con la expresión “*right to privacy*” concibe el “*right to be let alone*” incluyendo el derecho a la propia imagen dentro del derecho a la intimidad.

En todo caso, en nuestro ordenamiento este derecho vendrá delimitado por la voluntad del propio titular que será el que decidirá, si quiere que su imagen sea o no captada, reproducida o difundida y con qué propósitos⁶⁵. Además, la imagen es por mandato legal un dato de carácter personal en virtud de lo establecido por el artículo 5.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto-Ley 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por otra parte, este derecho, como cualquier otro, no puede considerarse que sea absoluto, hallándose delimitado su contenido por el de los demás derechos y bienes constitucionales⁶⁶. Así, en determinadas ocasiones puede admitirse la existencia de un interés público en la captación o difusión de la

65 JORDÁ CAPITÁN, E., “La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red; aspectos legales y la praxis judicial”, *op. cit.*, p. 81.

66 Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 19 de julio de 2004 (RJ 2004/5462), con respecto al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, señala que «se trata de derechos de la personalidad con una estrecha relación entre sí, pero autónomos (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001/81), y con un contenido propio y específico (sentencias de Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2001 (RTC 2001/156); y de 22 de abril de 2002 (RTC 2002/83), por lo que el enjuiciamiento de cada una de las lesiones reclama un examen singular. No en vano la captación y reproducción de una imagen puede lesionar conjuntamente el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen; tal sucede en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revele aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento. El derecho a la intimidad personal tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros, se trate de poderes públicos o de particulares (entre otras sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1999 (RTC 1999/144); de 5 de mayo de 2000 (RTC 2000/115); de 24 de mayo de 2001 (RTC 2001/119); de 30 de noviembre de 2000 (RTC 2000/292); de 22 de abril de 2002 (RTC 2002/83); y, de 30 de junio de 2003 (RTC 2003/127). El derecho a la propia imagen atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica, generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que pueda ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2002 (RTC 2001/81); y, de 2 de julio de 2002 (RTC 2001/156))”.

imagen, que llegue a ser calificado de prevalente a fin de evitar que, tales actuaciones puedan ser invocadas por el sujeto afectado⁶⁷.

Ahora bien, cuando estamos ante la imagen de un menor, se refuerza la actuación de los poderes públicos, pues, se impone un especial rigor en la tutela de estos derechos. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 13 de julio de 2006 señala que “el derecho a la propia imagen está protegido constitucionalmente, pero la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora”⁶⁸; y, cuando la intromisión tiene lugar a través de un medio de comunicación y afecta a un menor, no se legitima la utilización de la imagen de éste sin recabar los necesarios consentimientos, y mucho menos, del control y, la intervención de la autoridad judicial y, del Ministerio Fiscal en su caso, pues, como dispone la sentencia del citado Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2008, “el ordenamiento jurídico preserva con especial énfasis a los menores de las intromisiones señaladas en la Ley Orgánica 1/1982”⁶⁹.

En todo caso, hemos de recordar que, los derechos al honor, intimidad y propia imagen no tienen un contenido ilimitado y puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de información y libertad de expresión. Desde la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982⁷⁰ se ha afirmado el valor prevalente de las libertades de información y expresión sobre los citados derechos. Sin embargo, esta prevalencia no opera siempre igual, de manera que no se pueden considerar preponderantes en todo caso tales libertades sobre los derechos al honor, intimidad y propia imagen, pues, es preciso como señala el Tribunal Constitucional y, así lo hemos expuesto en líneas precedentes, una ponderación casuística entre las libertades y los derechos, a fin de determinar, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, si la actuación de quien emitió la información o la opinión se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o si se ha trasgredido ese ámbito⁷¹. Este mismo Tribunal distingue a estos efectos entre la libertad de expresión –emisión de juicio y opiniones-, y la de información –manifestación de hechos-. La primera tiene un campo más amplio, en cuanto

⁶⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección única, de 4 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8014).

⁶⁸ RJ 2006/4969.

⁶⁹ RJ 2008/4614.

⁷⁰ RTC 1982/12. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1990 (RTC 1990/172); de 7 de junio de 1994 (RTC 1994/170); de 13 de febrero de 1995 (RTC 1995/42); y, de 13 de enero de 1997 (RTC 1997/3).

⁷¹ Las sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1992 (RTC 1992/219); y, de 13 de febrero de 1995 (RTC 1995/42). La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 13 de abril de 2011 (RJ 2011/3582) aclara que, por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

las opiniones o ideas no son susceptibles de un juicio de veracidad⁷². Su único límite lo constituye la ausencia de expresiones injuriosas relacionadas con las ideas u opiniones que se expongan, e innecesarias para dicha exposición. En concreto, la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto, que nada tiene que ver con la crítica⁷³. La libertad de expresión, en cambio, tiene como requisitos característicos: 1. La veracidad de la información, lo que exige que el informador desarrolle una conducta diligente en la comprobación de la veracidad de los hechos⁷⁴; 2. Que se trate de una información con relevancia pública, ya sea por el hecho en sí mismo, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere⁷⁵; y, 3. Que lo informado sea de interés público, de forma que queda identificar un interés legítimo de la opinión pública en dicha información⁷⁶. De todas formas, sea admite la crítica dura y desabrida, siempre que tenga relación con el objeto de la información, afecta a asuntos de interés público y se haya comprobado razonablemente la verosimilitud de lo informado⁷⁷.

Asimismo, a través de la imagen, se dañan o pueden llegar a vulnerarse el honor, la fama, la reputación y la intimidad personal y familiar, que se multiplica de forma exponencial en Internet por la multitud de usuarios que, pueden acceder a la red y utilizar dicha imagen.

Por otra parte, el derecho a la imagen goza con respecto al honor y a la intimidad de un doble contenido. Uno que se puede definir como específico, en cuanto que, la imagen sirve para identificar a una persona, y, supone la expresión de un ámbito propio y reservado en el que aquélla desarrolla libremente su personalidad, y, por tanto, constituye un vehículo hábil para llegar a otros aspectos más íntimos de privacidad, a la vez que, puede llegar a vulnerar su dignidad personal; y, con relación a este último aspecto, ha de hacerse referencia a otro contenido, que se puede denominar compartido o confluyente con los otros derechos de la personalidad, en cuanto se puede vulnerar los derechos al honor y a la intimidad, cuando se utiliza indebidamente la propia imagen⁷⁸.

Ahora bien, no se duda que entre los derechos fundamentales de la personalidad (honor, intimidad y la propia imagen) tienen todos ellos su base en el mismo principio, el de la dignidad de la persona proclamado en el artículo 10 de la Constitución española; si bien, no son lo mismo, pues, cada uno da protección

72 Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2007 (RTC 2007/139).

73 Las sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1990 (RTC 1990/105); de 13 de febrero de 1997 (RTC 1997/3); y, de 26 de febrero de 2001 (RTC 2001/49).

74 Las sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1997 (RTC 1997/3); de 15 de septiembre de 2003 (RTC 2003/158); y, de 26 de enero de 2009 (RTC 2009/29).

75 Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1990 (RTC 1990/171).

76 La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1997 (RTC 1997/3).

77 Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1992 (RTC 1992/85).

78 JORDA CAPITÁN, E., “La utilización y protección jurídico-civil de la imagen de los menores en la red; aspectos legales y la praxis judicial”, *op. cit.*, p. 83.

a un específico bien jurídico, aunque en ocasiones puede ocurrir que, una misma conducta pueda atentar al mismo tiempo a dos o tres derechos⁷⁹.

IV. La delimitación legal del ámbito de protección: las intromisiones ilegítimas y legítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el consentimiento del titular del derecho

La construcción de la teoría de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se erige alrededor del poder que los medios de comunicación van acumulando desde finales del Siglo XIX. La relación entre el progresivo avance de la denominada sociedad de la información y el desarrollo dogmático y jurisprudencial de estos derechos no ha hecho sino acentuarse hasta nuestros días. Al hilo de esta evolución, la ley cuando regula estos derechos no hace una enumeración de las facultades que lo integran, sino que se limita a tipificar que intromisiones se consideran legítimas en los artículos 2.2 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982, y las que se considera ilegítimas, en el artículo 7⁸⁰.

Respecto a estas últimas, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas, en el derecho al honor: 1. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (artículo 7.3): con lo que se vulnera no sólo el derecho al honor, sino también a la intimidad personal y familiar; 2. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (número siete del artículo 7)⁸¹; y, 3. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas (número ocho

⁷⁹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 26 de febrero de 2009 (RJ 2009/1516); y, de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3699).

⁸⁰ El Tribunal Supremo en sentencias de 28 de octubre y 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6015) y (RJ 1986/6205), y, de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988/3881), entre otras ha venido entendiendo que los supuestos enumerados en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1982 no constituye un “*numerus clausus*” al señalar que “...la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, protección que se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enumerados en el artículo 7 de la ley, que no constituye *numerus clausus*, a la manera de acaecimientos significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del principio general de “*alterum non laedere*”. Por otra parte, se manifestarán tratando la personalidad y correlativa o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el Juez, al efecto, las más relevantes...”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de junio de 2002 (JUR 2002/232154).

⁸¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, de 21 de julio de 1998 (AC 1998/1485).

del artículo 7). De forma que, no es elemento esencial para declarar la intromisión ilegítima del derecho al honor la divulgación, siendo suficiente la mera imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor, en los términos expresados.

En este contexto, el Tribunal Supremo ha considerado la veracidad de los hechos como elemento negativo del derecho al honor. Por ello, para que sea protegido el honor de una persona constituye elemento esencial que, se falte a la verdad. Un ataque veraz no es un ataque al honor, porque no hay honor que proteger. Un elemento esencial del derecho al honor, o de la protección del derecho al honor es la falta de veracidad en los hechos que se expresan y que atenten contra el mismo. Por lo que se destaca que la veracidad elimina el concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor, no incurriendo en ilicitud cuando se opera sobre una base fáctica veraz⁸².

Así, se pueden considerar intromisiones ilegítimas para el honor de la persona, el subir a Internet imágenes de naturaleza vejatoria o humillante, que vulneren la dignidad de la persona, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Constitución española, fotomontajes, igualmente, ofensivos dirigidos a procurar su daño y descrédito y, además que no sean veraces. En todo caso, las lesiones al derecho al honor de los menores resultan especialmente lesivas y perjudiciales cuando informaciones relativas a su persona que, afecten a su dignidad son publicadas en medios de comunicación como Internet.

HERAS HERNÁNDEZ destaca como prácticas más frecuentes y atentatorias del derecho al honor de los menores: “1. Manifestaciones, mensajes, dibujos, consideraciones o expresiones divulgadas en redes sociales, foros, blogs, correos electrónicos, móviles, que hacen desmerecer al menor en la consideración ajena y provocan su menosprecio o descrédito frente a los demás; 2. Manifestaciones que contengan insultos, comentarios vejatorios o injurias u opiniones innecesarias para el mensaje final que se quiere dar a conocer; 3. Divulgación de contenidos falsos dirigidos a terceras personas, o a través de las propias redes sociales con la finalidad de denigrar al menor o enfrentarle con su grupo de compañeros o amigos; 4. Facilitar datos falsos sobre hechos delictivos, con la finalidad de provocar el menosprecio de la persona del menor; 5. La organización por Internet de actividades que atenten contra sus derechos fundamentales, que consiste en organizar concursos para que un menor sea votado como el más raro, el más feo o el más tonto. Todas estas prácticas deben ser calificadas como atentatorias de la dignidad del menor; 6. La creación de perfiles falsos utilizados en páginas web, fotoblog o blog con la finalidad de

⁸² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988/3880); de 5 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8799); de 25 de junio de 1990 (RJ 1990/4890); de 2 de marzo de 1991 (RJ 1991/1710); de 11 de abril de 1992 (RJ 1992/3094); y, de 28 de abril de 1993 (RJ 1993/2950). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 18 de noviembre de 1998 (AC 1998/8906); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, de 14 de junio de 2001 (AC 2001/2148).

almacenar información verdadera, o falsa de la vida de un menor para perjudicar su estima; 7. Puesto que, el derecho al honor está ineludiblemente conectado con otros derechos fundamentales como la intimidad y la propia imagen, las grabaciones de situaciones comprometidas del menor con la finalidad de denigrarle públicamente mediante la divulgación de imágenes en MySpace, Youtube, Tuenty, o Facebook, deben considerarse intromisiones ilegítimas a su derecho al honor; y, 8. Subir fotomontajes en los que aparezca un menor, perfectamente identificado, en situaciones denigrantes o en situaciones que ridiculizan al menor⁸³.

Con relación al derecho a la intimidad, tienen la consideración de intromisiones ilegítimas que, afectan a tal derecho: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas (artículo 7.1). 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (artículo 7.2). 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (artículo 7.3). 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (artículo 7.4).

En cuanto al derecho a la propia imagen, constituyen intromisiones ilegítimas: 1. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos (número cinco del artículo 7); y, 2. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (número seis del citado artículo 7). Si bien, la protección de este derecho no impedirá «la información gráfica de un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria (artículo 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982)⁸⁴.

83 HERAS HERNANDEZ, M^a. DEL M., “La protección jurídica del derecho al honor de los menores en internet”, *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, directoras Eva Jordá Capitán y Verónica de Priego Fernández, y coordinadores Jesús Alberto Messía de la Cerda Ballesteros y Jesús Flores Rodríguez, El Derecho, Madrid 2012, pp. 18-19.

84 Respecto de la enumeración de los supuestos de excepción contenido en el artículo 8.2, tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1^a, en sentencias de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9510); de 25 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7069); y, 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5262), que sus apartados son meramente enumerativos y no pueden considerarse relación exhaustiva y cerrada a cualquier otra excepción que proceda según las circunstancias del caso.

De todas formas, en la previsión legal sobre la utilización del nombre, la voz o imagen de una persona para fines publicitarios es donde la doctrina residencia la vertiente patrimonial o comercial del derecho a la propia imagen. Asimismo, se indica la estrecha relación entre el derecho a la propia imagen y la protección de la identidad de la persona, considerándose lesivo, la apropiación o utilización comercial de la identidad de una persona, a través del empleo de diferentes formas de identificarla: el nombre, la voz o la imagen⁸⁵.

Por su parte, como hemos señalado, la Ley Orgánica 1/1996 introduce un régimen protector reforzado frente a intromisiones ilegítimas en los derechos de los menores de edad perpetradas por medios de comunicación. Así, en el apartado 2º del artículo 4 se establece que, la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Por su parte, el apartado 3º declara que, se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Y a continuación, dando una dimensión funcional privilegiada al Ministerio Fiscal, el apartado 4º declara que, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

La intensificación en los niveles de protección y su publicación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.

Con ello, claramente se supera el sistema establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de manera que, en el ámbito de las intromisiones realizadas a través de medios de comunicación, el consentimiento de los progenitores o del propio menor, como veremos, será irrelevante, aunque se trate de un menor maduro, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses⁸⁶.

⁸⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 569.

⁸⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 (RJ 2000/6753); y, las sentencias y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, de 30 abril 2001 (AC 2002/250); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003/186572).

Si en estos casos el consentimiento proyectado se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal conforme a lo previsto en el artículo 3 Ley Orgánica 1/1982, éste deberá oponerse en el plazo de los ocho días concedido.

Ahora bien, los apartados 2 y 3 del artículo 4 pueden originar la duda de si para los menores de edad son intromisiones ilegítimas sólo las que en ellos se establece, o son concurrentes o especificaciones de las contenidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982. Parece como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que “no se hace más que volver a concretar lo que ya está establecido en el citado artículo 7, aunque de forma bastante infeliz”⁸⁷.

De todas formas, el apartado 1 del mencionado artículo 4 después de señalar que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, precisa que, este derecho comprende también la inviolabilidad de domicilio familiar, y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. Un reconocimiento de derechos que resulta sorprendente, si tenemos en cuenta que ya la propia Constitución española los protege y los reconoce dentro del Capítulo segundo, sección 1ª del Título I, y, por supuesto, no excluye de su ámbito de protección a los menores de edad.

En este contexto, no habrá intromisión ilegítima: 1. Cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982); 2. Cuando haya sido acordada o autorizada por la autoridad competente de acuerdo con la ley –artículo 8.1-; 3. Cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8.1); y, 4. Dispone el artículo 8.2 que el derecho a la propia imagen no impedirá: a. “Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”. Así la tutela de los derechos a la intimidad y a la propia imagen se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, cuando sus titulares son personas públicas o con notoriedad pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general⁸⁸. Si bien, el principio general de la notoriedad pública como factor modulador de la intensidad del derecho a la intimidad, y a la propia imagen en cada caso solamente es aplicable a los progenitores que están revestidos de tal nota, sin que puedan transferir tales efectos a sus hijos menores⁸⁹; b. “La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social”; y, c. “La información gráfica sobre un

⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 343.

⁸⁸ Las sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 2000 (RTC 2000/115); de 26 de febrero de 2001 (RTC 2001/49); y, de 6 de mayo de 2002 (RTC 2002/99).

⁸⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1999 (RTC 1999/134).

suceso o acaecimiento público, cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”.

Como hemos señalado, no cabe apreciar intromisión ilegítima en el ámbito protegido por la ley, cuando el titular del derecho la hubiera consentido expresamente. La Ley exige que el consentimiento sea expreso, con lo que se excluye el consentimiento presunto, pero no el tácito; en todo caso, ha de ser inequívoco. No se exige, sin embargo, que el consentimiento sea escrito, ni siquiera anterior a la intromisión, de forma que, puede ser simultáneo o posterior. El consentimiento debe recaer sobre cada acto de intromisión diferenciado. Asimismo, este consentimiento podrá revocarse en cualquier momento, siendo indemnizables, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Cuando el titular del derecho es un menor de edad o incapaz, el consentimiento «deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días, el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez» (artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982). Esta regla concuerda con lo previsto con carácter general en el artículo 162.1 del Código Civil en sede de patria potestad, como analizaremos⁹⁰. En cuanto a los incapacitados, será la sentencia de incapacitación la que determine los actos que puede realizar el propio incapacitado. Si la sentencia no dice nada, habrá que estar a la capacidad natural de entender y de querer. En todo caso, si hay duda acerca de las condiciones de madurez y, puesto que, estamos ante una medida pensada en beneficio de los menores e incapaces, lo razonable es comunicar previamente al Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado.

De todas formas, el consentimiento que, contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima, como hemos manifestado en líneas precedentes, ha de ser expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores de edad que esa expresión tenga forma escrita⁹¹, pero además este previo consentimiento expreso y escrito que, por ser menor de edad, habrá de ser llevado a cabo por el representante legal del menor “no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación”⁹². El

⁹⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2003 (RJ 2003/2596).

⁹¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11ª, de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003/105156).

⁹² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7058); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 30 de abril de 2003 (JUR 2004/160714).

representante legal está obligado a poner previamente en conocimiento de Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado (artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982).

La cooperación del Ministerio Fiscal se constituye así en una intervención “a modo de asentimiento, autorización o ratificación”... sólo con la intervención del Fiscal el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. El consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la Ley Orgánica 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra, por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal⁹³.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993 declaró que «la intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido –si éste existiera- para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente –artículo 1301 Código Civil- y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor –artículos 164 y 168 del Código Civil- son sólo alguno de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal».

Sin embargo, debe constatar que, estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen con las prescripciones que marca la Ley y, en consecuencia, ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados.

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, el consentimiento del menor o de sus representantes legales no será suficiente para excluir el carácter ilegítimo de la intromisión, cuando se trata de la utilización del nombre o imagen en los medios de comunicación, y puede implicar un menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a los intereses del menor. Sí parece que será bastante, en cambio, la autorización judicial, en caso de haberse opuesto el Ministerio Fiscal, cuando le fue comunicado el consentimiento proyectado.

Lo protegido aquí es no sólo los derechos al honor, la intimidad o la imagen, sino más ampliamente, los “intereses” del menor⁹⁴.

Ahora bien, cuando procede, el consentimiento ha de otorgarlo el menor, si tiene suficientes condiciones de madurez, pues, si carece de la misma, habrán de prestarlo sus representantes legales (padres o tutores). El artículo 3.1 Ley Orgánica 1/1982 se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué

⁹³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo 816/1996 de 7 de octubre (RJ 1996/7058).

⁹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Los derechos de la personalidad”, *op. cit.*, p. 571.

deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el Código Civil y en Leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Asimismo, el artículo 162.1 del citado Código Civil excluye de la representación paterna “*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puede realizar por sí mismo*”. En todo caso, hemos de señalar que, los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples a la vez que infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate. De ahí que, resulte crucial la intervención judicial para determinar cuando un menor tiene suficientes condiciones de madurez.

Cuando no estamos ante un menor maduro, el consentimiento ha de prestarlo sus representantes legales, siempre pensando en el interés del menor y teniendo presente su deber de velar por él. Ahora bien, a los efectos de ponderar el valor de dicho consentimiento, deberán distinguirse los supuestos en los que éstos tienen privada o suspendida la patria potestad, están imposibilitados para accionar, tienen un conflicto de intereses con los hijos o adoptan una irrazonable actitud de inhibición o pasividad, de aquellos otros supuestos en los que se trata de progenitores en pleno y adecuado ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad. Sólo en este último caso, será válido el consentimiento.

Precisamente, la Ley Orgánica 1/1996 en relación con las potestades de los progenitores se contempla especialmente los supuestos en los que los progenitores tienen conflictos de intereses con sus hijos en relación con sus derechos personales al honor, intimidad y propia imagen. Así, la Exposición de Motivos de esta Ley declara que “con el fin de reforzar los mecanismos de garantía de la Ley Orgánica 1/1982... se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por los representantes legales...”. Para ello, el artículo 4.4 introduce expresamente la legitimación directa y autónoma del Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte interesada, física, jurídica o entidad pública, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor cuando la intromisión se produce a través de un medio de comunicación. De forma que, el Ministerio Fiscal no tiene en este

ámbito funcional una legitimación subsidiaria sino que deberá actuar cuando proceda aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad. Sin duda en la Ley subyace un interés en que la protección de los derechos de los menores trascienda o desborde al deber de protección de los titulares de la patria potestad, en tanto que se configura como una obligación para este órgano público.

En todo caso, la intervención del Ministerio Fiscal y del Juez resultará operativa ante ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales.

Ahora bien, conviene señalar que, en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996 se ha obviado lo que ha sido un logro en la Ley Orgánica 1/1982, en coherencia con las reformas operadas en el Código Civil en 1981, como es el consentimiento del menor. Esta ineficacia del consentimiento del menor de edad supone una notable disminución de lo que hasta ahora era un reconocimiento de su capacidad de obrar y contrasta con la propia *ratio* de la Ley de fomentar la consideración del menor de edad como un sujeto activo, participativo y creativo. En todo caso, tal ineficacia sólo será operativa cuando la intromisión ilegítima tenga lugar en los medios de comunicación.

En todo caso, en la defensa de los derechos al honor, intimidad personal y familia y propia imagen no sólo se necesita contar con la protección de los representantes legales, sino que también resulta esencial la labor preventiva e informativa de los poderes públicos con el objeto de preservar al menor de que tales derechos resulten dañados. Asimismo, la indispensable labor de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal no sólo éste último mediante el reconocimiento como legitimado activo para iniciar acciones en defensa de tales derechos, sino también para actuar ante posibles colisiones de intereses entre los representantes legales y el propio menor, y «abusos» derivados de un excesivo control por parte de aquéllos (por ejemplo, controlar el móvil, el ordenador, o la tablet a todas horas).

V. Reflexiones finales

No cabe duda de la importancia en la sociedad actual de Internet como fuente de información y de nuevas oportunidades, pero esta ventaja que puede representar este entorno digital, no impide, asimismo, que su uso no esté exento de riesgos potenciales, cuando aquel es inadecuado, ocasionando daños importante en el desarrollo moral, psicológico, físico de quienes son más vulnerables como los menores de edad, y que, precisamente, se utilicen como vehículo las redes sociales donde su enorme expansión y falta de control, favorece la comisión de delitos por los propios menores contra otros menores como

cyberbullying, o incluso, por adultos contra los propios menores como la pederastia, *grooming*, sin olvidar las intromisiones ilegítimas al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen de los menores en la red, cuya rápida difusión contrasta con la dificultades para luego borrar su rastro en tal entorno.

Los padres, o en su caso, los tutores como representantes legales han de proteger a sus hijos menores de edad o tutelados –también menores- frente a cualquier actuación que pueda perjudicar sus intereses o derechos, y, en consecuencia, siempre han de proceder pensando en el mejor interés del menor. En todo caso, no cabe hablar de intromisión ilegítima cuando el propio menor, si tiene suficientes condiciones de madurez, consiente, salvo que pueda implicar un menoscabo a su honra o reputación, o sea contraria a sus intereses, máxime cuando aquella ha tenido lugar en un medio de comunicación.

De todas formas, se ha de concienciar a los padres, o, en su caso a los tutores, y a los propios menores de la importancia del uso responsable de Internet (redes sociales, blogs, correos electrónicos), utilizando para ello, si resulta necesario, sistema de bloqueos que, impidan el acceso de menores a determinados contenidos. Así deben los propios proveedores de servicios de acceso a Internet poner a disposición de los usuarios los mecanismos técnicos adecuados que, impidan el acceso a los menores a contenidos o servicios ilícitos. Entre otros procedimientos deben establecer mecanismos de control que permitan comprobar la veracidad de la edad del menor y la autenticidad de los consentimientos prestados por sus representantes legales, cuando se requieran legalmente. Asimismo, deben disponer de sistema de verificación y comprobación de contenidos ilícitos, y, proceder, cuando así conste, a retirar de forma inmediata y efectiva aquellos contenidos que, puedan ser atentatorios al honor, intimidad y propia imagen de menores; igualmente, deben comunicar a los representantes legales aquellas imágenes o contenidos que el propio menor u otros menores han colgado en la red y que, puedan afectar al honor, intimidad familiar y personal y a la propia imagen. En fin, deben proporcionar todos los datos e información que, resulte pertinentes con el fin de facilitar cualquier eventual acción judicial que, inicien los afectados.

Por otra parte, es necesario que, los poderes públicos también se impliquen de forma efectiva en la protección de los derechos de los menores, promoviendo campañas de información sobre las ventajas pero también de los peligros que se pueden derivar del uso inadecuado de la red, y, asimismo, con políticas de prevención.

En este contexto, no podemos dejar de mencionar el importante papel del legislador nacional, en el sentido que, debe intensificar la protección jurídica de los derechos fundamentales de los menores en entornos virtuales, modificando para ello, la legislación existente con el objeto de ofrecer una protección integral de los menores en los espacios virtuales, a la vez que, resulta necesario imponer una responsabilidad más rigurosa a los prestadores de servicios de la información, y, sobre todo a quienes utilizan la red para cometer delitos o abusos de menores,

con el objeto de establecer un marco jurídico y técnico adecuado que no sólo potencie la confianza de todos los actores intervinientes, sino que garantice el respecto de sus derechos, especialmente, de los derechos de los menores de edad, dada su especial vulnerabilidad.

Ahora bien, todo ello en el marco de la Unión Europea frente a la que demandamos unas medidas legislativas de prevención, control y vigilancia de contenidos más contundentes y, por ende, dotadas de una mayor exigencia de responsabilidad para todos los sectores implicados; todo ello de forma coordinada en el seno de una política común, dado el carácter transnacional o transfronterizo de Internet.

SECCIÓN MONOGRÁFICA

Las implicaciones jurídicas de las redes
sociales en Internet

Las redes sociales en Internet: consideraciones generales y problemática jurídica

Mariliana Rico Carrillo*

David López Jiménez**

SUMARIO: I. Introducción. II. Las redes sociales en Internet. 1. La *Web* 2.0 y el desarrollo de nuevos servicios. 2. Precisiones terminológicas y conceptuales. 3. Las distintas modalidades. 3.1. Redes sociales de ocio. 3.2. Redes sociales profesionales. 3.3. Redes sociales virtuales. III. Problemática jurídica. IV. La participación de menores de edad.

Resumen

En el presente artículo se exponen de manera general los aspectos básicos relacionados con el uso de las redes sociales en Internet. Se aborda la importancia del desarrollo de la Web 2.0 y la clasificación de los distintos servicios, con la finalidad de determinar la problemática jurídica que plantea la interacción de los usuarios en este tipo de redes, destacando el peligro que supone la participación de los menores de edad en el nuevo entorno social electrónico.

Palabras clave: Redes Sociales. Internet. Web. 2.0. Problemas legales. Menores de edad.

Abstract

This paper presents the general basic issues related to the use of online social networks. It addresses the importance of the development of Web 2.0, and the classification of the different services in order to determine the legal issues raised by the interaction of users in such networks, emphasizing on the challenges of involving minors in this new social environment.

Keywords: Social Networks. Internet. Web. 2.0. Legal problems. Minors.

Recibido: 13/2/2013 • Aceptado: 18/4/2013

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Titular. Investigador en Derecho Mercantil y Nuevas Tecnologías. Universidad Católica del Táchira

** Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Profesor Investigador. Universidad Autónoma de Chile

I. Introducción

La irrupción de nuevas tecnologías de marcado carácter social y la presencia de nuevas herramientas en Internet –*blogs, wikis, podcast*, redes sociales, etc.- permiten la interacción entre las personas y facilitan el ejercicio de los derechos constitucionales, en particular el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la información, la libertad de expresión, el derecho de asociación y reunión, entre otros. Esta interacción también suscita numerosos problemas relacionados con el respeto y protección de estos y de otros derechos fundamentales del ser humano. Cada vez son más frecuentes los casos que atentan contra la privacidad, la intimidad y el honor de las personas, así como los supuestos de violación a la protección de datos de carácter personal, excesos en los límites de la libertad de expresión y vulneración de los derechos de los consumidores que se producen como consecuencia de la actividad en las redes sociales.

El creciente aumento en el número de participantes en las redes sociales en Internet, sumado a los problemas de protección de los derechos de los usuarios ha sido motivo de preocupación en diversas instancias internacionales que se han encargado de estudiar algunos aspectos relacionados con la protección de los derechos constitucionales en este ámbito. En el caso de la Unión Europea destacan el Memorándum de Roma, elaborado por el Grupo de Trabajo Internacional de Berlín sobre Protección de Datos en marzo de 2008¹, el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29² y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la repercusión de las redes sociales de comunicación e interacción en el ciudadano/consumidor, elaborado en mayo de 2010³.

En España esta materia también ha sido objeto de preocupación por parte del Instituto Nacional de las Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), cuyas conclusiones se recogen en el Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales *on line*, elaborado por el Observatorio de Seguridad de la Información durante el año 2009⁴.

1 Disponible en: http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/461/WP_social_network_services.pdf (Consulta: 15 de agosto de 2012).

2 Disponible en español en: https://portal.uah.es/portal/page/portal/proteccion_datos/repositorio/wp163_es.pdf (Consulta: 15 de agosto de 2012).

3 Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:128:0069:0069:ES:PDF> (Consulta: 15 de agosto de 2012).

4 Disponible en: http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios/est_red_sociales_es (Consulta: 15 de agosto de 2012).

II. Las redes sociales en Internet

1. La Web 2.0 y el desarrollo de nuevos servicios

La llegada de la *Web 2.0*⁵ ha supuesto una revolución y ha facilitado la creación y el desarrollo de las redes sociales en Internet, donde destaca la actuación y participación de los usuarios, quienes dejan de ser meros espectadores y receptores de contenidos para pasar a ser creadores y divulgadores de esos contenidos. La *Web 2.0* es una *web* colaborativa⁶ que permite a sus usuarios acceder y participar en la creación de un conocimiento ilimitado. Aunque tal extremo resulta apreciable en los diferentes escenarios en los que se traduce la *Web 2.0* (redes sociales, *blogs* y *wikis*) en el presente estudio nos limitaremos al análisis de las redes sociales en atención al alto grado de actividad desplegada por los usuarios de este tipo de servicios y a las consecuencias jurídicas que estas actividades implican en la esfera de protección de los derechos constitucionales.

Aunque estamos ante un fenómeno relativamente reciente, su avance ha sido significativo en poco tiempo. El origen estas herramientas de interacción puede ubicarse en 1995, cuando Randy Conrado crea el sitio *Web Classmates* para mantener o recuperar el contacto con antiguos compañeros de estudio –colegio, instituto, universidad, etc.-. Posteriormente (1997), nacen otras como *SixDegrees*. En 2002, surgen espacios virtuales que promocionan las redes de círculos de amigos en línea adquiriendo una contrastada popularidad en 2003 con los conocidos sitios *MySpace*, *Hi5*, *SecondLife* y *Xing*. Desde la aparición de estas últimas han nacido otras redes que han alcanzado importantes niveles de participación, tal es el caso de *Facebook* y *Orkut* (2004), *Yahoo!360°* y *Bebo* (2005), *Twitter* y *Tuenti* (2006), *Lively* (2007), y más recientemente *Google Plus* (2011).

El modelo de crecimiento de estas redes se basa en un proceso viral⁷ en el que un número inicial de participantes, a través del envío de invitaciones por

5 La *Web 2.0*, término empleado para hacer referencia a la evolución de la *World Wide Web*, permite la participación activa de los usuarios en las redes sociales a través de la elaboración y suministro de contenidos. Las *wikis* y los *blogs* también son aplicaciones de la *Web 2.0*.

6 La actividad colaborativa que comentamos se manifiesta tanto en la forma como en el contenido del servicio de que se trate –ya sea, en el ámbito de la *Web 2.0*, *blog*, red social o *wiki*-. En virtud de las motivaciones personales que en cada caso concurren, el usuario podrá modificar tanto el contenido –añadiendo, cambiando o borrando información así como asociando datos a la información existente- como la forma de presentar los datos que desee mostrar en su perfil.

7 Esta situación se ha puesto de manifiesto en el Estudio INTECO/AEPD sobre redes sociales *on line* de 2009. Cuando hablamos de viralidad en el ámbito de las redes sociales, extrapolando a tal plataforma un concepto propio del marketing viral, nos referimos a la capacidad que tales redes ostentan para lograr, en el menor tiempo posible, el mayor crecimiento potencial en número de usuarios. Sobre estas cuestiones nos remitimos a ROSEN Larry (2006) «Adolescents in MySpace: Identity Formation, friendship and sexual predators», <http://www.csudh.edu/psych/>

medio de correos electrónicos⁸, ofrece la posibilidad de unirse a su sitio *web*. Estos servicios se erigen como poderosos canales de comunicación e interacción que permiten que los usuarios puedan actuar como grupos segmentados, configurándose además como un importante instrumento para la concertación de actividades sociales de distinta índole.

El número de usuarios de tales plataformas de comunicación crece a un ritmo vertiginoso. Los datos estadísticos en las redes sociales son difíciles de cuantificar porque cada día se incorporan más usuarios. Para finales de 2011, *Facebook* ya contaba con más de 800 millones de usuarios, por mencionar sólo alguna cifra⁹. Seguidamente esbozaremos ciertas notas de la interesante figura que examinamos para, posteriormente, efectuar una definición.

2. Precisiones terminológicas y conceptuales

Antes de proceder a la delimitación conceptual de las redes sociales en Internet consideramos necesario realizar un par de precisiones terminológicas, en primer lugar en cuanto a la expresión “red social” y en segundo lugar, en cuanto a la relación de los términos “redes sociales” y “servicios de redes sociales”.

El concepto de red social, referido a un grupo de personas relacionadas para el ejercicio de una determinada actividad no es nuevo¹⁰, a lo largo de la historia el hombre ha establecido distintos mecanismos para relacionarse con sus semejantes. La aparición de las redes sociales es una consecuencia de la naturaleza intrínseca del ser humano, como lo es también el crecimiento y éxito de las redes sociales en Internet.

Adolescents%20in%20MySpace%20%20Executive%20Summary.pdf. (Consulta: 05 de septiembre de 2011). Vid. también, LIN, Holin y SUN, Chuen-Tsai: “The ‘White-eyed’ Player Culture: Grief Play and Construction of Deviance in MMORPGs”, *Proceedings of DiGRA 2005 Conference*, Vancouver: DiGRA.

⁸ El usuario puede hacer uso del servicio ofrecido por la red social que permite, previa revelación de su dirección de correo electrónico y de la contraseña asociada al mismo, que la plataforma acceda a su libreta de direcciones con una doble finalidad. Por un lado, conocer los contactos que ya están registrados en la red social y, por otro, remitir a todos sus contactos un correo para que se registren y entren en contacto con el usuario que ha realizado el registro. En la memoria anual de 2008, la AEPD ha determinado que en los casos en los que la comunicación tiene formato y contenido eminentemente comercial, si la dirección IP desde la que se remite es la de la propia plataforma y si quienes la reciben no han prestado su consentimiento expreso a tal respecto, nos encontraríamos ante un supuesto de comunicación electrónica no solicitada –*spam*–.

⁹ <http://www.socialdente.com/2011/11/15/facebook-y-sus-cifras-de-vertigo/> (Consulta: 05 de diciembre de 2012). Esta cifra revela el hecho que si *Facebook* fuera un país, sería el tercer más poblado del mundo, luego de China e India.

¹⁰ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, uno de los significados de la palabra red se refiere al “*Conjunto de personas relacionadas para una determinada actividad...*”

Con el objeto de diferenciar las redes sociales que tienen presencia en Internet de las redes sociales tradicionales, se agregan los calificativos propios de este entorno, hablándose en general de “redes sociales digitales”, “redes sociales virtuales”¹¹ o “redes sociales electrónicas”. Si bien estos calificativos pueden marcar la diferencia, también es cierto que las redes sociales electrónicas, digitales o virtuales pueden ser de carácter privado y desarrollarse en un sistema electrónico de comunicación cerrado. Algunos autores y organismos también emplean las denominaciones “redes sociales *off line*” y “redes sociales *on line*”¹², para marcar tal diferenciación.

A los efectos de esta investigación hemos optado por emplear la denominación “redes sociales en Internet” (en adelante RSI), para dejar claro el ámbito específico al que nos estamos refiriendo, ya que es aquí donde se produce el mayor número de supuestos de violación de los derechos objeto de estudio. La aparición de las RSI, ha puesto de manifiesto la importancia de las redes sociales en general y también los peligros que pueden derivarse como consecuencia de las actividades de los individuos que participan activamente en este tipo de redes.

En relación con el segundo aspecto, consideramos necesario establecer la diferencia entre las redes sociales y los servicios de redes sociales (SRS) en Internet. Aunque los conceptos de redes sociales *on line* esbozados por algunos organismos abarcan estas dos consideraciones, conviene precisar que se trata de dos aspectos diferentes y cada uno de ellos merece especial atención. Como bien apunta la doctrina, la determinación de esta diferencia es fundamental, toda vez que los problemas jurídicos también son diferentes¹³. Aunque en el lenguaje común se suele hablar de *Facebook*, *Tuenti*, *MySpace*, etc. como una red social, lo cierto es que estas son las empresas que prestan los servicios para la instalación de la plataforma electrónica donde funciona la red social; en su condición de prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, estas empresas están sometidas a un régimen jurídico específico.

En sentido estricto, el concepto de RSI se refiere a la interacción de los sujetos en este ámbito, que se lleva a cabo a través de los mecanismos que ofrece la *Web 2.0*, cuyos servicios son suministrados por distintos proveedores. En las redes sociales, el factor central es la actividad del individuo y su

11 Aunque esta expresión es utilizada para hacer referencia en general a las redes sociales en Internet, es necesario aclarar que existe un tipo específico de red que se caracteriza por ser una representación virtual del mundo real. En este caso, la red social virtual es una categoría específica dentro del concepto genérico de red social en Internet. Un ejemplo de este tipo de red social lo encontramos en *Second Life*.

12 Esta denominación es empleada en el Dictamen sobre las redes sociales en línea del Grupo del artículo 29 y en el Estudio INTECO/AEPD sobre redes sociales *on line* de 2009.

13 CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: “Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI”, Actualidad Civil, N° 1, 2011, (La Ley 14924/2010).

interacción con los demás integrantes de la red. Estos dos elementos conforman el concepto de las redes social digitales, electrónicas o red social en Internet, en el entendido que sin el factor humano no puede hablarse de red social y sin la plataforma electrónica no puede llegar a configurarse la red. El factor humano es fundamental, a tal punto que es considerado el elemento *neurálgico*¹⁴ de este concepto. La actividad de los individuos que forman parte de la red es una de las fuentes que más problemas genera en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales.

Para formular una correcta definición de una RSI debemos tener en cuenta estos dos aspectos. En general y atendiendo a sus especiales características, podemos delimitar el concepto de RSI como servicios prestados por proveedores de servicios de Internet, accesibles a través de diferentes instrumentos técnicos –ordenador, teléfono móvil¹⁵, PDA, etc.– que posibilitan que los usuarios puedan diseñar un perfil, en el que harán constar determinada información personal –texto, imágenes o vídeos–, en virtud del que podrán interactuar con otros usuarios y localizarlos según los datos incluidos en aquél¹⁶. Aunque esta definición se refiere a las redes sociales basadas en perfiles, como una categoría específica de las RSI, en su construcción se han integrado los dos elementos básicos –y diferentes– que caracterizan las RSI: los SRS y la interacción de los individuos.

3. Las distintas modalidades

Los criterios utilizados para la clasificación de las RSI son ciertamente numerosos, normalmente se establecen tomando en cuenta parámetros de diferente índole, donde destacan los de tipo cronológico y territorial; los que se refieren al contenido o a la finalidad para la que han sido diseñadas; y los que toman en consideración al público potencialmente destinatario. Para los efectos del presente estudio, hemos optado por distinguir la tipología de redes sociales atendiendo al tipo de contenido presente en las mismas. Siguiendo este criterio podemos diferenciar entre redes generalistas o de ocio y redes profesionales, sin perjuicio que las primeras, puedan subclasificarse en distintas categorías. También es importante destacar la presencia de las redes sociales virtuales, cuya funcionalidad permite la representación digital del mundo real y la

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Merced a que el dispositivo móvil ofrece la sensación de inmediatez o de “contacto constante” entre los usuarios, este modelo de negocio –las redes sociales accedidas por teléfono móvil– se ha convertido en uno de los más exitosos. Aunque la gran mayoría de RSI permiten operar tanto a través del acceso tradicional a Internet (*Facebook*, *Meetic* o *MySpace*, entre otras) como por el teléfono móvil –a través de determinados programas para estos últimos– existen plataformas específicamente diseñadas para los terminales móviles (caso de la japonesa *Mobagay Town*).

¹⁶ En este mismo sentido se expresa la definición incluida en el Estudio INTECO/AEPD sobre redes sociales *on line* de 2009.

participación de los usuarios en distintas actividades. Todos los SRS en Internet posibilitan la interacción entre los usuarios, ya sea compartiendo información o facilitando el contacto directo entre los usuarios. A partir de aquí las posibilidades de comunicación son ilimitadas.

3.1. Redes sociales de ocio

Su objetivo prioritario se centra en facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que representan su público real o potencial –en alusión al grupo de individuos que en el futuro formen parte de la red social en cuestión–. Las redes sociales de ocio son más susceptibles de padecer la vulneración de la privacidad de sus usuarios, en atención al tipo de información personal que contienen. En este tipo de redes, a diferencia de las que presentan carácter profesional, los usuarios exponen no sólo sus datos de contacto –dirección postal y electrónica, teléfono, etc.– sino que pueden hacer públicas sus preferencias personales en numerosos ámbitos, lo que supone que el número y la categoría de datos personales que se ponen a disposición de todo interesado es notablemente mayor, insistimos, que en las redes sociales profesionales.

En atención a su finalidad, las redes sociales generalistas o de ocio son susceptibles de ser subclasificadas, en tres categorías.

1. Redes sociales creadas para el intercambio de información. Posibilitan la inclusión de determinados contenidos –fotografías, vídeos, textos– que podrán ser visionados por quien, en principio, lo desee. Previo registro, permiten que los interesados puedan introducir ciertos comentarios en relación con los mencionados contenidos y, en ciertos casos, otorgar puntuaciones. Cabe citar, a título de ejemplo, *Youtube*, *Dalealplay.com* y *Google Video*.
2. Redes sociales fundamentadas en perfiles. Esta subcategoría de red social suele estar dirigida a temáticas concretas, erigiéndose, de este modo, en poderosas fuentes de información sobre una determinada materia. Nos encontramos, con toda seguridad, ante el tipo de red social que más se utiliza en la actualidad. Entre los ejemplos que merecen mención especial destacan *Facebook*, *Tuenti*, *Hi5*, *MySpace*, *Wamba*, *Orkut*, etc.
3. Redes sociales de *microblogging*. En este caso, los usuarios escriben comentarios sobre las actividades que en cada momento, están realizando. Tales apreciaciones, efectuadas por el titular del espacio, serán editadas tanto en su propio perfil como en el de sus contactos. En esta concreta modalidad podemos enunciar, entre otras, *Twitter*, *Tumblr* y *Yammer*.

3.2. Redes sociales profesionales

Esta tipología de redes sociales constituye una interesante herramienta para establecer contactos profesionales con otros usuarios. Los datos personales que en tales plataformas suelen hacerse constar son, además de los de carácter estrictamente académico, de contrastado perfil profesional ya que se podrán hacer figurar las distintas empresas, así como el período de tiempo, para las que se han prestado servicios profesionales. Por lo que a la presente modalidad de red social respecta, debemos citar, sin ánimo exhaustivo, *Xing*, *Plaxo*, *LinkedIn* y *Ryze*.

3.3. Redes sociales virtuales

Las redes sociales virtuales se caracterizan por ser una representación virtual del mundo real, donde los usuarios deben crear un avatar que les permita interactuar con los demás avatares que forman parte de la red. Este tipo de redes facilita la prestación y acceso a diversos servicios donde predominan los educativos, laborales y las actividades de ocio y cultura.

Una de las redes sociales virtuales más importantes en la actualidad es *Second Life*, cuya plataforma permite la visita de sus usuarios a museos, institutos educativos, tiendas, centros comerciales, congresos, conciertos, etc. y la realización de verdaderas transacciones económicas entre sus participantes¹⁷. Estas redes también facilitan el desarrollo de prestaciones de carácter laboral a distancia, a la vez que se constituyen como una importante herramienta de comunicación en el ámbito empresarial¹⁸. Los usuarios de este tipo de redes a través de sus correspondientes avatares pueden prestar distintos servicios remunerados, que bien podrían encuadrar en la figura del teletrabajo, donde destaca la enseñanza educativa a distancia.

¹⁷ *Second Life* fue creada en 2003 por *Linden Research Inc.*, conocido como *Linden Lab*, con la finalidad de introducir en Internet una representación virtual del mundo real. En *Second Life*, los usuarios a través de sus avatares interactúan entre sí y realizan verdaderas transacciones comerciales, con las consecuencias que esto implica desde la óptica jurídica. Un estudio amplio sobre el funcionamiento de *Second Life* y sus implicaciones en el ámbito jurídico puede consultarse en LASTIRI SANTIAGO, Mónica: “El uso de la marca en *Second Life*”, en *Derecho y Tecnología*, Universidad Católica del Táchira, núm. 10, 2009, pp. 7-43.

¹⁸ La importancia de *Second Life* se ha puesto de manifiesto en el ámbito societario al considerarse esta red como una plataforma apta para realizar juntas generales de accionistas. Vid. MARTÍNEZ NADAL, Apollonia: “Derecho de sociedades y Nuevas Tecnologías. Aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español”, en *Derecho y Tecnología*, Universidad Católica del Táchira, núm. 10, 2009, pp. 45-74. En esta oportunidad, la autora destaca diversas iniciativas de juntas generales de accionistas que se han llevado a cabo en Estados Unidos a través de *Second Life*.

III. Problemática jurídica

La problemática jurídica que plantea el desarrollo de las RSI se centra principalmente en las redes de ocio fundamentadas en perfiles y es de diversa índole. Por un lado tenemos los problemas derivados de la interacción de los usuarios en la red, sumándose a ello el hecho que esta participación se lleva a cabo a través de Internet, con las consecuencias que implica la actuación en un sistema electrónico de comunicación abierto; por el otro nos encontramos con la participación de los proveedores de SRS (PSRS), la delimitación de sus derechos y obligaciones como consecuencia de su vinculación con los usuarios, con los problemas derivados de la determinación de responsabilidad en la prestación del servicio.

En relación con el primer aspecto, es necesario tener en cuenta que los verdaderos protagonistas de la red son los usuarios y es aquí donde se concentra la mayor parte de los problemas, la amplitud de actividades que pueden desplegarse a través de una red social en Internet, determinadas por las prestaciones de la *Web 2.0* facilitan la actividad colaborativa del usuario en la gestión y elaboración de contenidos, quien como ya indicamos, pasa de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que puede elaborar, modificar, almacenar y compartir información con sus contactos.

Con respecto al segundo de los aspectos planteados, consideramos conveniente apuntar –aunque para un jurista esto pueda ser muy obvio– que la relación entre el PSRS y los usuarios se materializa en el contrato de adhesión que permite el acceso a la red social. Aunque esto pudiera parecer muy obvio, en realidad no lo es, ya que la mayoría de los usuarios no son conscientes de la relación contractual que media entre ellos y el PSRS. Aunque aquí también hay desafíos jurídicos que analizar, el estudio de estos aspectos excede los límites del presente trabajo, aunque se mencionarán tangencialmente. En esta oportunidad sólo apuntaremos que se trata de proveedores de servicios de la Sociedad de la Información y en su condición de tales están sometidos a un régimen jurídico propio, contenido en España en la Ley 34/2002, de 11 de julio Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE).

La problemática jurídica más importante en el ámbito de las RSI se relaciona con la vulneración de los derechos fundamentales de los usuarios y es de destacar que en estos casos son los propios usuarios quienes vulneran los derechos de los demás miembros, aunque en algunos casos los PSRS también asumen responsabilidad, sobre todo en lo que respecta a la privacidad. Las violaciones más frecuentes se relacionan con intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad y respeto al derecho de la imagen de los usuarios, a los que se suman cuestiones derivadas de la protección de datos de carácter personal, el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, violaciones al derecho de la propiedad intelectual, a la protección de los consumidores y de los menores de edad, entre otros aspectos;

en algunos casos, al lado de la responsabilidad civil se suma la responsabilidad de carácter penal.

IV. La participación de menores de edad

Una problemática añadida –y quizá la más importante– en lo que respecta a la protección de estos derechos fundamentales en las RSI, se centra en la elevada participación de menores de edad. Aunque los términos y condiciones incluidas en la mayoría de los SRS prohíben a los menores de edad (en particular a los menores de 13 y 14 años)¹⁹ darse de alta, la realidad es otra. Los estudios han reflejado que el número de menores entre 9 y 12 años que participan en las RSI es significativo²⁰, y aunque se ha tratado de evitar esta situación, las cifras revelan que pocos PSRS disponen de herramientas efectivas que garanticen la edad real de los usuarios²¹, con las consecuencias que esto implica en la esfera de protección.

Las estadísticas sobre este aspecto son alarmantes, situación que ha sido objeto de constante preocupación en instancias nacionales e internacionales. Durante el año 2009, las principales empresas que suministran SRS, firmaron un acuerdo con la Unión Europea para mejorar la seguridad de los menores de edad que utilizan estos servicios. El Dictamen 5/2009 sobre redes en línea también ha destacado la necesidad de tener en cuenta los intereses de los menores en

19 Es necesario destacar que si bien bajo la legislación estadounidense se permite el registro de menores en las RSI a partir de 13 años, en el caso de España la edad mínima es de 14 años, este requerimiento fue aceptado por *Facebook* e introducido en sus políticas de registro, gracias a una petición de la AEPD. Vid http://www.agpd.es/portalwebAGPD/revista_prensa/revista_prensa/2010/notas_prensa/common/febrero/180210_Facebook_adequa_legislacion_es_edad_min_usuarios.pdf (Consulta: 15 de septiembre de 2011).

20 De acuerdo con el Estudio “Agenda Digital: solo dos redes sociales protegen por defecto la privacidad de los perfiles de los menores”, de abril de 2011, publicado en el sitio web de la Unión Europea, las cifras sobre el número de menores que utilizan las redes sociales entre 13 y 16 años corresponde al 77%, mientras que el porcentaje sobre los usuarios entre 9 a 12 años se ubica en el 38%. Los resultados de este estudio se encuentran disponibles en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/762&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en> (Consulta: 25 de septiembre de 2012).

21 *Tuenti* es uno de los pocos SRS que cuenta con un control restrictivo de acceso, exigiendo copia del DNI al usuario registrado cuando presume que se trata de un menor de 14 años. Si han transcurrido 92 horas de la solicitud y el requerimiento no es satisfecho, el PSRS procede al cierre de la cuenta. Al poco tiempo de haberse implantado esta medida, el PSRS había cerrado 35.000 cuentas de personas que no cumplieron tal requerimiento. Vid. <http://www.nacionred.com/privacidad/tuenti-ya-ha-eliminado-mas-de-35000-perfiles-de-menores> (Consulta: 30 de septiembre de 2012). En la actualidad se está implantado el proceso de verificación de los usuarios a través del DNI electrónico. Vid. <http://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-tuenti-permite-verificar-identidad-dni-electronico-20120116155431.html> (Consulta: 20 de enero de 2013).

este ámbito, en atención a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas²².

Para incrementar el nivel de seguridad de las redes sociales con respecto a los menores de edad, la Comisión Europea, intervino para lograr un acuerdo con los principales prestadores de tales servicios²³ denominado *Safer Social Networking Principles for the UE*. En el marco de este acuerdo, los diferentes PSRS se comprometieron a adoptar las siguientes medidas: 1) proporcionar un botón denuncia de abusos, que permita a los usuarios denunciar contactos o comportamientos inadecuados; 2) asegurarse que todos los perfiles y listas de contactos de los usuarios registrados como menores de 18 años estén predeterminados como privados; 3) asegurarse que los perfiles privados de los usuarios menores de 18 años no puedan buscarse ni en los sitios web ni a través de motores de búsqueda; 4) garantizar que las opciones de privacidad estén destacadas y sean accesibles en todo momento; y 5) impedir que los menores de edad utilicen sus servicios. Si una red social está dirigida a adolescentes de más de 13 años, a los menores de esa edad debe resultarles difícil registrarse. De todos estos compromisos éste último y el más importante de todos, es el más difícil de cumplir.

Iniciativas como esta unifican criterios y consiguen una protección más homogénea para los usuarios de las redes sociales. Tal compromiso representa una interesante manifestación de la autorregulación del sector²⁴, que aunque carece de fuerza jurídica vinculante por lo que no deja de ser una simple declaración de intenciones, ha sido suscrito principalmente para mejorar la privacidad de los menores de edad. Las medidas que en virtud de tal acuerdo se han puesto en práctica, tienen como fin alcanzar, para los menores de edad en el ámbito de las redes sociales, una protección de mayor nivel que la que podría alcanzarse a través de la legislación vigente.

Otros problemas derivados del uso de las RSI por parte de menores se relacionan con el acceso a contenidos inapropiados, la pornografía infantil y la posibilidad de entablar contacto con personas desconocidas, con los riesgos que esto significa.

22 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm> (Consulta: 24 de septiembre de 2011).

23 Se trata de las siguientes: *Arto, Bebo, Dailymotion, Facebook, Giovani.it, Google/YouTube, Hyves, Microsoft Europe, Myspace, Nasza-klaza.pl, Netlog, One.It, Skyrock, StudiVZ, Sulake/Habbo Hotel, Yahoo!Europe* y *Zap.lu*.

24 Los acuerdos suscritos entre los distintos prestadores de servicios de redes sociales y los poderes públicos –de diferente alcance según el espacio territorial en el que estos últimos se encuentren radicados– no se reducen al espacio europeo (que, dicho sea de paso, será nuestro objeto de estudio) sino que también se han operado en el espacio norteamericano. En este sentido, cabe aludir al convenio alcanzado entre *Facebook* y *MySpace* con 49 fiscales generales en los Estados Unidos con la finalidad de garantizar la protección integral de la privacidad de los menores de edad.

En el caso de las RSI, uno de los mayores peligros se relaciona con el contacto de personas desconocidas y la práctica del delito de “*grooming*”, término empleado para hacer referencia a la conducta encaminada a establecer una relación y control emocional sobre un menor, con la finalidad de abusar sexualmente de aquel. El Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres, publicado por INTECO en 2009²⁵, se refiere al *grooming* como una nueva táctica con la que los pedófilos tratan de contactar con sus potenciales víctimas. En la mayoría de los casos, el delito se lleva a cabo a través del engaño de un adulto a un menor a través de programas de conversación o mensajería instantánea para obtener imágenes de contenido erótico del menor que después utilizará para coaccionarle, bajo amenaza de difundir esas imágenes. Es de destacar que en España este tipo de práctica delictiva se configuró como un supuesto de abuso y agresión sexual al menor en la reforma del Código Penal de 2010, tras la incorporación del artículo 183 *bis* que sanciona a las personas que a través de Internet, teléfono u otras tecnologías de la información y la comunicación, contacten con menores de 13 años y propongan concertar un encuentro a fin de cometer abusos y agresiones sexuales²⁶.

La actuación de los padres, tutores y educadores en el control de acceso a los menores y la concienciación sobre el uso y el peligro de las RSI son elementos fundamentales para la protección del menor en este ámbito. Sobre este aspecto cabe destacar que la Unión Internacional de Telecomunicaciones ha elaborado un conjunto de recomendaciones dirigidas a los padres, tutores y educadores sobre su actuación en relación con el acceso y la protección de los niños en Internet, destacando el caso de su participación en las RSI²⁷. En España, el Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes; identifica los riesgos del uso de las TIC por parte de los menores e incorpora una serie de recomendaciones y consejos sobre seguridad que deben seguirse en este ámbito para prevenir este tipo de riesgos.

25 Disponible en http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios/Estudio_ninos (Consulta: 25 de septiembre de 2012).

26 Para un estudio en detalle sobre este delito Vid. MAGRO SERVET, Vicente: “El “*grooming*” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, N° 7492, Sección Tribuna, 20 Oct. 2010.

27 Disponible en <http://www.itu.int/osg/csd/cybersecurity/gca/cop/guidelines/educators/S-GEN-COP.EDUC-1-2009-PDF-S.pdf> (Consulta: 25 de septiembre de 2012).

El ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas a través de *Facebook*

Mariliana Rico Carrillo*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las implicaciones de *Facebook* en los derechos fundamentales 1. El derecho a la intimidad. 1.1. Delimitaciones conceptuales. 1.2. Privacidad e intimidad ¿en *Facebook*? 1.3. La protección de datos de carácter personal. 2. Libertad de expresión y derecho a la información. 2.1. La publicación de contenidos y divulgación de información. 2.2. Los principios sobre la libertad de expresión en Internet. 2.3. Libertad de expresión en las RSI. 3. El derecho al honor y a la propia imagen. 3.1. Intromisiones ilegítimas. 3.2. Protección penal. 4. Los derechos de propiedad intelectual. 4.1. La protección de la propiedad intelectual en Internet. 4.2. Protección de carácter penal.

Resumen

La participación de los usuarios en las redes sociales en Internet ha sido objeto de preocupación en el ámbito internacional. Diversos organismos e instituciones se han encargado de analizar los aspectos relacionados con la protección de los derechos constitucionales en este ámbito. Esta situación ha motivado la elaboración de este trabajo, donde se estudian los principales problemas que se originan en *Facebook* en relación con la protección de los derechos fundamentales de los usuarios. La investigación tiene como base el ordenamiento jurídico español, con referencia a los documentos de la Unión Europea que se han encargado de estudiar estos aspectos.

Palabras clave: Redes sociales. Internet. Facebook. Derechos fundamentales.

Recibido: 30/5/2013 • Aceptado: 25/6/2013

* Doctora en Derecho mención *Cum Laude* por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora Titular de Derecho Mercantil y Nuevas Tecnologías de la Universidad Católica del Táchira. Profesora del Máster y Doctorado en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Árbitro Certificado por la Corte Suprema del estado de la Florida de los Estados Unidos de América. mariliana@ricocarrillo.com

Abstract

The involvement of users in social networking has been an international concern. International organizations have studied the issues with regard to the protection of constitutional rights in this area. This paper deals with the study of the main problems that arise in Facebook in relation to the protection of fundamental rights of users. The research is focused on the Spanish legal system, with reference to the documents of the European Union that have focused in these issues.

Keywords: Social Networks. Internet. Facebook. Fundamental Rights.

I. Introducción

La mayoría de las constituciones democráticas consagran los derechos fundamentales y libertades públicas siguiendo los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948¹. Principios que también han sido incorporados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, suscrita en noviembre de 1969², y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa en 1950³.

En el caso de la Constitución española de 1978, estos derechos se encuentran establecidos en la sección primera de su Capítulo II (arts. 15-29). El ejercicio de algunos de estos derechos en las redes sociales en Internet plantea toda una serie de incertidumbres y desafíos, en particular en lo que se refiere a la protección del honor, la intimidad y la imagen de las personas, la libertad de expresión, el derecho a la información y la protección de la propiedad intelectual.

Desde el nacimiento de *Facebook* en 2004, para ese entonces “*Thefacebook*”, los problemas suscitados en este ámbito han sido innumerables, comenzando con la demanda sobre los derechos de propiedad intelectual que entablaron los hermanos Winklevoss y Eduardo Zaverin contra el actual Presidente de *Facebook*, Mark Elliot Zuckerberg, a quien se le atribuye el mérito de ser el creador de *Facebook*, continuando con las demandas contra la infracción a los derechos de privacidad de los usuarios, la apropiación de derechos de propiedad intelectual de terceros, vulneraciones al derecho al honor, la

¹ El texto de la DUDH está disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtm> (Consulta: 15 de agosto de 2012).

² Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (Consulta: 15 de agosto de 2012).

³ Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_human_rights_convention_es.htm (Consulta: 15 de agosto de 2012).

apropiación de la imagen y las restricciones y abusos derivados del ejercicio de la libertad de expresión.

El creciente aumento en el número de participantes en las redes sociales en Internet, sumado a los problemas de protección de los derechos de los usuarios ha sido motivo de preocupación en diversas instancias internacionales que se han encargado de estudiar algunos aspectos relacionados con la protección de algunos derechos constitucionales en este ámbito. En el caso de la Unión Europea destacan el Memorándum de Roma, elaborado por el Grupo de Trabajo internacional de Berlín sobre protección de datos en marzo de 2008⁴, el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29⁵ y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la repercusión de las redes sociales de comunicación e interacción en el ciudadano/consumidor, elaborado en mayo de 2010⁶.

En España, esta materia también ha sido objeto de preocupación por parte del Instituto Nacional de las Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), cuyas conclusiones se recogen en el Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales *on line*, elaborado por el Observatorio de Seguridad de la Información durante el año 2009⁷.

Las circunstancias descritas han motivado la elaboración de este trabajo, donde nos ocupamos del estudio de los principales problemas que se originan en *Facebook*⁸ en relación con los derechos fundamentales de los usuarios. En el desarrollo de esta investigación hemos tomado en consideración las previsiones del ordenamiento jurídico español, las conclusiones del Estudio INTECO/AEPD sobre redes sociales *on line*, el contenido de los documentos de los organismos internacionales que afectan estas materias, así como algunos casos que se han presentado en diversos países con ocasión de las actividades de los usuarios de *Facebook*, que atentan contra los derechos fundamentales y las libertades públicas.

4 Disponible en http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/461/WP_social_network_services.pdf (Consulta: 15 de agosto de 2012).

5 Disponible en español en https://portal.uah.es/portal/page/portal/proteccion_datos/repositorio/wp163_es.pdf (Consulta: 15 de agosto de 2012).

6 Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:128:0069:0069:ES:PDF> (Consulta: 15 de agosto de 2012).

7 Disponible en: http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios/est_red_sociales_es (Consulta: 15 de agosto de 2012).

8 Hemos escogido el caso de *Facebook*, ya que entre las redes sociales disponibles en Internet ésta es una de las más usadas y la que más problemas causa. También es la que ha sido más controvertida desde sus inicios y la que ha sido objeto del mayor número de demandas.

II. Las implicaciones de *Facebook* en los derechos fundamentales

1. El derecho a la intimidad

El artículo 18.1 de la CE consagra en forma expresa el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Comenzaremos el estudio de estos derechos refiriéndonos en primer lugar al derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal, indicando los riesgos que se derivan del suministro de información y los ataques a estos derechos en las RSI y destacando la importancia de las políticas de privacidad de *Facebook*.

1.1. Delimitaciones conceptuales

Desde el punto de vista jurídico los conceptos de intimidad y privacidad son considerados sinónimos. La doctrina define la intimidad como el ámbito propio y reservado del individuo frente al conocimiento de los demás, considerado necesario para mantener una calidad mínima de vida⁹, correspondiéndole al propio individuo decidir si da o no acceso a ese ámbito¹⁰. La CE española no utiliza el término privacidad en el entendido que es hasta el año 2001 que la palabra “privacidad” es reconocida como parte del lenguaje por la Real Academia Española, el término sin embargo fue popularizado en España desde hace algunos años, hablándose de intimidad y privacidad en sentido análogo.

Aunque desde la óptica jurídica los conceptos de intimidad y privacidad se presentan como sinónimos¹¹, semánticamente el término *íntimo* se aplica a las cosas profundas e interiores del ser humano, mientras lo *privado* se refiere a lo personal y lo particular –y también a lo familiar– esto es, a aquello que se mantiene cerrado al acceso público, entendiéndose que “...*La intimidad es lo más interno del sujeto, sus sentimientos y pensamientos profundos, mientras que la privacidad está constituida por las facetas que forman nuestra*

9 Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: “El derecho a la intimidad y sus restricciones”, *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 28.

10 En este sentido se pronuncia MEJAN. Para este autor, la intimidad “... *es el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con libertad de decidir a quién le da acceso... que impone a todos los demás la obligación de respetar y que sólo puede ser obligado a develar en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita*”. Vid. MEJAN, Luis Manuel: *El Derecho a la intimidad y a la informática*, Editorial Porrúa, México, 1994, p. 87.

11 De acuerdo con el Diccionario de la RAE, la privacidad se refiere al “*Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión*”. Esta definición es acorde con el concepto de intimidad elaborado por la doctrina jurídica, pero no con la acepción del término en general, que de acuerdo con la RAE se refiere a la “*Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*”.

*vida personal, frente a nuestra dimensión pública o profesional*¹². En forma general y amplia, la doctrina define el derecho a la privacidad indicando que este derecho consiste en el “... *respeto del derecho a la vida privada de la persona y su familia, la cual queda excluida del conocimiento público y de las intromisiones de terceros, salvo autorización del afectado*”¹³. En este sentido, el concepto de privacidad entra en el ámbito de la protección constitucional que delimita la protección de la intimidad al ámbito personal y familiar.

1.2. Privacidad e intimidad ¿en Facebook?

Si los conceptos de privacidad e intimidad se concentran en la idea de mantener un espacio privado frente a los demás, cabe preguntarnos ¿Se puede hablar de intimidad y privacidad en *Facebook* cuando la media de contactos de una persona excede una centena? ¿Cuándo la actividad más frecuente consiste en la publicación de fotos personales y familiares? Aunque pareciera contradictorio, la respuesta a estas interrogantes es positiva, en tanto que sí puede existir privacidad e intimidad en este tipo de redes como explicaremos *infra*.

El tema de la privacidad en las RSI ha sido objeto de especial consideración tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Las numerosas demandas en contra de los proveedores de servicios de redes sociales han motivado la modificación de las reglas de funcionamiento técnicas originales de algunas RSI, tal es el caso de *Facebook*.

Los cambios en las políticas de privacidad del *Facebook* han sido notables en los últimos años, circunstancia que obedece a las numerosas demandas entabladas en contra de la compañía por violación a este derecho. En la actualidad, podemos afirmar que si existen políticas de privacidad *Facebook* –y también en otras RSI– en tanto que su funcionamiento que permite crear cuentas protegidas y los propios usuarios pueden establecer el nivel de privacidad en la red. *Facebook* cuentan con mecanismos que permiten a los usuarios determinar el tipo de información visible para el público en general y elegir que verán sus contactos y que no. El problema que se presenta en este ámbito es que la mayoría de las personas que se dan de alta no se toman el tiempo de leer las políticas de privacidad de la página –algunos ni siquiera saben que existen– y

¹² DÍAZ ROJO, José Antonio: *Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?*, *Especulo. Revista de Estudios Literarios*, núm. 21. Universidad Complutense de Madrid, 2002. Disponible en <http://www.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html> (Consulta: 03 de septiembre de 2011).

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *El Derecho a la Información en el Ámbito del Derecho Constitucional Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos*. Publicado en «El Derecho a la Información y Derechos Humanos Jorge Carpizo y Miguel Carbonell (coords.) [Libro en línea] Universidad Nacional Autónoma de México. México. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/7/3.pdf> (Consulta: 03 de septiembre de 2011).

que la configuración original por defecto permite a quien acceda a Internet, visualizar la información de carácter personal suministrada por el usuario.

Otra problemática que aquí se plantea está directamente relacionada la pérdida de control de la información y la posibilidad real que los terceros (proveedores de servicio y usuarios) puedan apropiarse de los datos de carácter personal suministrados por el usuario y los derivados de su actuación en la red y utilizarlos con una finalidad distinta para la que fueron suministrados (elaboración de perfiles, inclusión en bases de datos, etc.). Es aquí donde se hace necesario determinar las condiciones de aplicación la normativa sobre protección de datos en las RSI.

1.3. La protección de datos de carácter personal

En España, el derecho a la protección de datos de carácter personal se encuentra establecido en el artículo 18. 4 de la CE que establece:»*La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*».

La autonomía de este derecho en relación con el derecho a la intimidad ha sido declarada por el Tribunal Constitucional español¹⁴ y actualmente es objeto de desarrollo en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, (LOPD) y el en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD). A través de la protección de datos personales se garantiza al ciudadano una facultad de información, acceso y control de los datos que le conciernen y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

En relación los momentos en los que los usuarios de las RSI pueden ver comprometidos sus datos personales, los diferentes estudios se refieren básicamente a tres situaciones distintas: el registro, las actividades de los usuarios y la cancelación de la cuenta¹⁵. Las repercusiones en relación con esta última

¹⁴ En la conocida STC 292/2000 de 30 de noviembre, el Tribunal Constitucional se refiere a esta autonomía al indicar que el “...*derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E., con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecerla Ley*”. El texto de la sentencia está disponible en: <http://sentencias.juridicas.com/> (Consulta: 10 de septiembre de 2012).

¹⁵ En esta oportunidad hemos tomado en cuenta la información del Estudio sobre redes sociales *online INTECO/AEPD*, donde se destacan estos tres momentos como los más críticos en relación con la captación y tratamiento de datos en las RSI.

situación se refieren específicamente a la problemática que causa la indexación de los perfiles en los diferentes buscadores, ya que aunque los usuarios se hayan dado de baja de la RSI, su información no se desincorpora automáticamente en las bases de datos de los buscadores.

Para el registro como usuario es necesario el suministro de ciertos datos de carácter personal, durante la actividad en la red los usuarios también publican información personal y familiar e información de terceros. Estos datos pueden ser captados tanto por los proveedores de servicio como por el resto de los usuarios de la red, situación que plantea la aplicación de la normativa sobre protección de datos personales a estos sujetos.

Como bien ha puesto de manifiesto la doctrina, la aplicación de la normativa en cuestión es necesario el cumplimiento de tres requisitos: que se trate de datos de carácter personal, que el usuario de la RSI ostente la cualidad de interesado, y que realmente se produzca un tratamiento de datos en los términos indicados en la ley¹⁶.

En cuanto al primer requisito, es indudable que la información exigida para el registro en la red se integra en la noción legal “dato personal” que considera como tal cualquier información asociada a una persona física que permita su identificación. La consideración de dato personal no sólo se refiere a la información personal sino también a las fotografías incluidas en los perfiles¹⁷ y a cualquier otra información que permita la identificación de la persona, donde en algunos casos también se incluyen datos sensibles.

En cuanto a la calificación de los usuarios de las RSI como interesados, es de necesario tener en cuenta la excepción de la LOPD, que indica que la ley no será de aplicación a los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del RLOPD, “... sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares”. Si bien es cierto que en principio las RSI pudieran entrar en el ámbito de las actividades personales, el elevado número de contactos que caracteriza estas redes, plantea problemas a la hora de aplicar esta excepción. Esta situación ha sido advertida en el Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea, que indica que un gran número de contactos determina la no la aplicación

¹⁶ CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: “Marco regulador de la protección de datos de carácter personal en las redes sociales digitales”, *Actualidad Civil*, N° 6, 2011, (La Ley 2861/2011).

¹⁷ Aunque el concepto original de dato personal incluido en la LOPD, indica de manera genérica que se trata de “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, la definición del artículo 5 del RLOPD se refiere a “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

de la excepción doméstica, en estos casos, el tratamiento de la información quedará sometido a la normativa de protección de datos personales¹⁸.

Respecto al requisito sobre el tratamiento de datos, no existen dudas que este elemento se configura en las RSI, dado que se trata de un concepto amplio que incluye una diversidad de actividades entre las que se encuentran “...la recogida, grabación, conservación, elaboración, bloqueo y cancelación...”. Los terceros (el resto de los usuarios) también pueden realizar este tipo de operaciones.

En atención a estos tres requisitos podemos observar que en todo caso, a menos que se trate de una red privada –entendiendo por tal la de uso exclusivamente familiar– procede la aplicación de la legislación sobre protección de datos de carácter personal tanto a los proveedores de servicio como a los usuarios que realicen cualquiera de las operaciones incluidas en el concepto legal de tratamiento de datos de carácter personal. Estas conclusiones han sido recogidas en el Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea, que considera responsables del tratamiento de datos tanto a los proveedores de servicio, como a los usuarios que incorporen un alto número de contactos en sus perfiles¹⁹.

2. Libertad de expresión y derecho a la información

El artículo 19 de la DUDH proclama la libertad de expresión y el derecho a la información al indicar que todo individuo tiene derecho “... a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

En sentido amplio, el derecho a la información se refiere al derecho de recibir y difundir información, mientras que la libertad de expresión a la difusión de ideas, pensamientos y opiniones, configurándose como dos derechos independientes.

En el marco de la CE, estos derechos se encuentran consagrados en el mismo precepto en forma separada e independiente. El artículo 20.1 en su apartado a) se refiere al derecho a la libertad de expresión al reconocer y proteger el derecho a “...expresar y difundir libremente los pensamientos,

¹⁸ La legislación no será aplicable cuando la red de contactos quede limitada a un pequeño grupo de amigos y la configuración del perfil impida a cualquier extraño acceder a través de la página web de a los datos personales. En estos casos “...habrá que entender que tal actividad es desarrollada en un ámbito personal o familiar; consiguientemente, el tratamiento de datos así realizado no quedará bajo el ámbito de aplicación la LOPD por operar la exención doméstica del art. 2.2.a)” Vid. CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: “Marco regulador de la protección de datos de carácter personal en las redes sociales digitales”, *op. cit.*

¹⁹ En términos del citado documento “...cuando el usuario amplía el acceso más allá de los “amigos” elegidos, asume las responsabilidades de un responsable del tratamiento de datos”.

ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"; el derecho a la información lo encontramos en el apartado b) al indicar que se protege el derecho a "...comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión". El ejercicio de estos dos derechos no puede restringirse bajo ningún tipo de censura previa.

La libertad de expresión y el derecho a la información se encuentran íntimamente relacionados, en el entendido que la libre expresión de las ideas y opiniones permite la difusión de la información en los distintos niveles de la sociedad, constituyendo un elemento fundamental en la formación de la opinión pública.

Internet y las RSI representan el escenario ideal para la libre expresión de ideas y opiniones. En la actualidad, la mayoría de las RSI se han convertido en importantes herramientas de comunicación y acceso a la información. A pesar de su íntima relación, trataremos la incidencia de estos dos derechos en *Facebook* en forma separada, en la medida que esto nos sea posible.

2.1. La publicación de contenidos y divulgación de información

La principal problemática que se presenta en *Facebook* respecto al derecho a la información (entendido como el derecho a recibir y a emitir información) se centra en la publicación, y difusión de información por parte de los usuarios, quienes son los que suministran los contenidos en las RSI. La difusión de información que se lleva a cabo a través de la elaboración de contenidos y su publicación en los diferentes perfiles de los usuarios es a su vez consecuencia del ejercicio del derecho a libertad de expresión, entendido como el derecho a manifestar los pensamientos ideas y opiniones.

El funcionamiento de las RSI permite la difusión de información personal por parte de terceros y la pérdida de control de la información suministrada por el propio usuario²⁰. Un ejemplo de ello lo encontramos en las fotografías y en las etiquetas que permiten individualizar a una persona, en las opiniones y la información que sobre una determinada persona se coloca en las páginas de los usuarios, en la creación de grupos de opinión, etc. En muchos casos, esta información se extiende aun más allá de la RSI, con las implicaciones jurídicas

²⁰ En EUA fue notable el caso del representante demócrata ante el Congreso por el estado de New York, que por error difundió en la red social *Twitter* unas fotografías de contenido sexual sobre su persona, en la creencia que se las había enviado a una mujer a través de un mensaje privado. Luego de estos hechos, el afectado reconoció haber enviado varias imágenes a otras mujeres con las que estuvo intercambiando mensajes en *Facebook*, situación que desató un importante escándalo político, que obligó al implicado a renunciar a su cargo. Estos hechos fueron difundidos no sólo en las diferentes RSI sino también a través de los medios de comunicación tradicionales, situación que evidencia la pérdida de control de la información personal, aún cuando esta es suministrada por el propio usuario. Vid. http://articles.cnn.com/2011-06-16/politics/weiner.scandal_1_congressman-weiner-sexting-scandal-poor-judgment?_s=PM:POLITICS (Consulta: 10 de septiembre de 2012).

que esto significa sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales (violación a la privacidad, protección de datos personales, infracciones que atentan contra la reputación, el honor y la protección de la imagen, entre otros). El Grupo sobre Protección de Datos del artículo 29 en su Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea, ha manifestado su preocupación sobre este aspecto al indicar que los datos personales publicados en las RSI pueden ser utilizados por terceros con distintos fines, y pueden representar grandes riesgos, como la usurpación de identidad, pérdidas económicas, pérdida de actividad económica o posibilidades de empleo, o ataques a la integridad física.

Los usuarios de las RSI también pueden verse afectados por información que se publique sobre su persona y ser sujetos de difamación e injuria, aun sin estar en conocimiento de esta situación, en el entendido que es perfectamente factible publicar una foto de una persona que no forma parte de la RSI, colocar una etiqueta y permitir que se realice cualquier tipo de comentario. En muchos casos, la información que se divulga también es conocida por personas que no forman parte de la RSI²¹.

En relación con el derecho a la información en las RSI, no podemos dejar de mencionar el problema del acceso indiscriminado de información por parte de los menores de edad, quienes actualmente conforman la mayoría de los usuarios de este tipo de redes. Respecto a los contenidos que se publiquen, también habrá de valorarse su originalidad y las posibles infracciones al derecho de propiedad intelectual; circunstancias que se analizarán *infra*.

2.2. Los principios de la libertad de expresión en Internet

La libertad de expresión como derecho “...fundamental e inalienable, inherente a todas las personas”²², encuentra en Internet uno de los mecanismos ideales para su desarrollo. Aunque la libertad de expresión es un derecho inalienable, hemos también de apuntar que no es un derecho absoluto, en el entendido que está sujeto a la responsabilidad derivada del respeto a los derechos de los demás, en particular la reputación, la protección de la seguridad nacional, el orden, la salud y la moral pública.

²¹ También es famoso el caso del becario que trabajaba para una entidad bancaria, quien luego de pedir permiso para ausentarse de su trabajo por razones familiares urgentes, apareció en una foto en una fiesta de *Halloween* con sus amigos que fue difundida en Facebook. Los directivos de la entidad bancaria tuvieron conocimiento de esta situación luego de la publicación de la foto en Facebook por uno de sus compañeros, quien no sólo publicó la fotografía sino que también la etiquetó, situación que motivó el despido del afectado. <http://gawker.com/321802/tech?tag=valleywag> (Consulta: 10 de septiembre de 2012).

²² Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, disponible en <http://www.cidh.org/basicos/basicos13.htm> (Consulta: 20 de septiembre de 2012).

El ejercicio de la libertad de expresión en Internet ha sido objeto de preocupación constante en las distintas instancias internacionales que se ocupan de la protección de este derecho, a tal punto que en junio de 2011 los relatores especiales sobre libertad de expresión de Naciones Unidas (ONU), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) firmaron la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión en Internet (DCLEI)²³ donde se establece los principios aplicables a la libertad de expresión en este entorno.

Las bases de la DCLEI aluden principalmente a la aplicación de los siguientes principios:

1. Aplicación a Internet de los mismos principios que rigen la libertad de expresión en los tradicionales medios de comunicación.

2. Ponderación del principio de proporcionalidad como medida restricción a la libertad de expresión en Internet, *“...en atención al impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses”*.

3. Atribución de responsabilidad sobre contenidos ilícitos, tomando en consideración *“...la aplicación de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet”*.

4. Exoneración de responsabilidad a los intermediarios por los contenidos generados por terceros, siempre que no intervengan específicamente en dichos contenidos, ni se nieguen a cumplir las órdenes judiciales que exijan su eliminación, cuando estén en condiciones de hacerlo.

En relación con el bloqueo obligatorio de sitios web, donde se mencionan específicamente las redes sociales, la DCLEI declara expresamente que esta situación *“...constituye una medida extrema—análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual”*.

Finalmente, consideramos necesario destacar que las bases de la DCLEI también imponen a los Estados la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión, indicando que *“...el acceso a Internet también es necesario para asegurar*

²³ Disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=848&IID=2> (Consulta: 20 de septiembre de 2011).

el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres”.

2.3. La libertad de expresión en las RSI

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión en las RSI tiene aspectos positivos y negativos. Si bien es cierto que las RSI representan un mecanismo idóneo para la libre manifestación del pensamiento, también se presta para el desarrollo de prácticas excesivas en el ejercicio de este derecho. La naturaleza del medio facilita en mayor medida la libre expresión de opiniones (y su rápida y masiva diseminación) que atentan contra la reputación de los demás, en este sentido puede decirse que es un escenario que facilita la comisión de los delitos de difamación e injuria y también el delito de incitación a la violencia. En relación con este último delito, consideramos pertinente mencionar que durante los sucesos de violencia acaecidos en Londres en 2011 fue detenido un grupo de personas por enviar mensajes a través de *Facebook*, donde presuntamente se incitaba a cometer actos de desorden. Dos individuos fueron condenados por este delito y sometidos a 4 años de cárcel²⁴.

También es notable el caso del estudiante colombiano que creó un grupo en *Facebook* denominado “*Me comprometo a matar a Jerónimo Alberto Uribe*”, hijo del entonces Presidente de Colombia Álvaro Uribe. Como consecuencia de estas actuaciones, el estudiante fue privado de su libertad como presunto responsable del delito de instigación a delinquir con fines terroristas o de homicidio²⁵. Si bien es cierto que en el caso planteado se configura un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, en el entendido que se trata de un derecho sometido a ciertos límites y responsabilidades; el tipo penal aplicado (instigación a delinquir) y el castigo (privación de la libertad) es considerado desproporcional²⁶, en el entendido que no suponía un verdadero riesgo en contra de los derechos de terceros o de la seguridad pública y tampoco vulneraba el honor de la persona afectada; además de ello, el régimen de responsabilidades ulteriores como consecuencia del ejercicio abusivo de la libertad de expresión “...debe orientarse hacia medidas alternativas a las penales, situación que no se presentó en este caso, donde tuvo prioridad la privación de la libertad”²⁷. Estas apreciaciones son conformes con los principios incluidos en

²⁴ Vid. <http://www.informador.com.mx/internacional/2011/315434/6/critican-duras-condenas-a-detenidos-por-disturbios.htm> (Consulta: 15 de septiembre de 2012)

²⁵ Un estudio exhaustivo y detallado del caso puede consultarse en UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos: “Libertad de expresión, redes sociales, y Derecho penal”. Estudio del Caso Nicolás Castro, *Revista de Derecho del Estado*, n° 25, diciembre de 2010, pp 159-192.

²⁶ En tal sentido, UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos: “Libertad de expresión, redes sociales”. *op. cit.*, p. 174.

²⁷ *Ibid*, p. 181.

la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet, que indican que a la hora de establecer responsabilidad por contenidos ilícitos, “...*debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet...*”

En relación con la libertad de expresión en las RSI, no podemos dejar de mencionar la problemática que se ha planteado respecto al ejercicio de este derecho y la expulsión de los agresores sexuales de algunas RSI como *Facebook* y *MySpace*²⁸, circunstancia que ha provocado la aprobación en algunos estados de Estados Unidos de leyes que prohíben a los agresores sexuales formar parte de las RSI, tal es el caso de la *Electronic Security and Targeting of Online Predators Act*(e-STOP) de New York, que obliga a los agresores sexuales convictos a incluir sus cuentas de Internet en un registro específico y permite a los SRS prohibir el acceso a estas personas a sus servicios. Esta situación también se ha observado recientemente en el estado de Louisiana, tras la aprobación en el mes de agosto de 2011 de la R.S. §14:91.5, *Un law ful use or Access of Social Media*, que declara ilegal el uso o acceso a los sitios web de redes sociales, salas de chat y redes *peer-to-peer* por una persona que está obligado a registrarse como delincuente sexual. Los miembros de la Unión Americana para las Libertades Civiles (en inglés *American Civil Liberties Union*, conocida comúnmente por las siglas ACLU) de Louisiana han demandado la inconstitucionalidad de esta ley, alegando que se trata de una prohibición muy amplia que abarca no sólo las RSI, sino también otros *sitios web*, *impidiendo* el acceso de estas personas a periódicos *on line*, bases de datos de empleo y sitios de comercio electrónico, lo cual configura una violación a la Primera Enmienda de la Constitución de EUA²⁹ que consagra la libertad de expresión.

En nuestra opinión, las normas que prohíben y limitan el derecho de los agresores sexuales las RSI no deben considerarse inconstitucionales en este sentido, toda vez que éste no es el único medio para el ejercicio de este derecho, además no debemos olvidar que el mayor número de usuarios de la RSI son menores de edad con los peligros que la actuación de este tipo de personas representa, y los numerosos casos de personas detenidas por distribuir pornografía infantil en este entorno. Sobre este aspecto consideramos necesario mencionar que en España fue notable el caso de la detención de una persona que suplantando la identidad de una menor de 12 años, utilizaba *Facebook* para acosar a adolescentes estudiantes de un instituto³⁰. La finalidad de la legislación estadounidense, no es otra que proteger a los menores –como

²⁸ Vid. <http://impreso.milenio.com/node/8682556> (Consulta: 03 de septiembre de 2012).

²⁹ Vid. <https://laaclu.org/newsArchive.php?id=421#n421> (Consulta: 03 de septiembre de 2012).

³⁰ Vid. http://www.elpais.com/articulo/espana/Detenido/presunto/acosador/adolescentes/traves/Facebook/elpepuesp/20110505elpepunac_55/Tes (Consulta: 15 de septiembre de 2012).

colectivo especialmente vulnerable– al prohibir el acceso a este tipo de personas en los sitios donde puedan contactar con menores de edad.

3. El derecho al honor y a la propia imagen

El derecho al honor y a la propia imagen también son objeto de vulneración constante en las RSI. Entre las actividades más frecuentes en este ámbito se encuentra la publicación de fotografías. Las funcionalidades técnicas de la Web 2.0, permiten a los usuarios no sólo publicar fotografías sino también colocar etiquetas con los nombres de las personas que aparecen en la foto, actividades que en la mayoría de los casos se hace sin el consentimiento del afectado (tanto la difusión de la imagen como el etiquetado) constituyendo una violación a la privacidad, en particular a la protección de datos de carácter personal, a la protección de la imagen y en algunos casos también al honor de las personas, derechos consagrados en el artículo 18. 1 de la CE y desarrollados en el ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en adelante Ley de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen)

El derecho a la propia imagen es delimitado por la doctrina como aquel que tiene toda persona de obtener, reproducir y publicar su propia imagen³¹, en tanto que el derecho al honor es interpretado en forma amplia atendiendo al concepto de la buena reputación y el buen nombre de una persona. Atendiendo a estos criterios conceptuales, las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen también pueden vulnerar el derecho al honor cuando afectan la reputación de una persona. Aun cuando en el caso de las RSI estos dos derechos pueden ser objeto de vulneración, nos centraremos en mayor medida en el estudio del derecho a la propia imagen.

Los problemas derivados de la protección a la imagen no son exclusivos de las RSI, las nuevas tecnologías ofrecen amplias facilidades para captar las imágenes de una persona –también para su manipulación– y divulgar la información sin el consentimiento del afectado, con los problemas que esto causa en la esfera de protección de este derecho. Las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen –que como acabamos de indicar también pueden afectar el derecho al honor– son frecuentes en las RSI debido a la naturaleza de las actividades que se desarrollan en este entorno (publicación de fotografías y videos sin el consentimiento de los afectados y los correspondientes comentarios por parte de los usuarios) que afectan directamente a la protección de estos derechos.

³¹ CREVILLÁN SÁNCHEZ, Clemente: Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1995, p.93.

Aunque el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad y en principio de contenido extrapatrimonial, envuelve una serie de aspectos patrimoniales derivados de la explotación comercial de la imagen de una persona determinada (*right of publicity* en el Derecho estadounidense)³². Como bien indica la doctrina, no es lo mismo la difusión de una fotografía de un particular, que la de una persona conocida públicamente, hechos también frecuentes en las RSI. Si la difusión se realiza con fines comerciales, no sólo se considera vulnerado el derecho a la propia imagen, sino también el derecho de explotación patrimonial sobre la imagen³³.

3.1. Intromisiones ilegítimas

Entre las intromisiones ilegítimas a estos derechos, consagradas el artículo séptimo de la Ley de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen, y que más interesan a los efectos de este trabajo se encuentran: 1) la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre 2) la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, y 3) la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento. El consentimiento es la piedra angular en la protección de estos derechos, toda vez que la citada ley en su artículo segundo declara que: “*No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso*”.

La problemática de mayor peso en el caso de *Facebook* es precisamente la falta de consentimiento en las actividades que afectan estos derechos, tal como sucede con la publicación de información sobre la vida privada de una persona y de fotografías y videos que contienen su imagen. En muchos casos son los propios afectados los que divulgan su información sin tomar en consideración las consecuencias de sus actos y el hecho que por la simple publicación pueden perder el control de la información publicada.

³² Término acuñado en 1953 por el juez Jerome Frank para expresar el derecho a prohibir el uso comercial de la imagen junto con el derecho a ceder este privilegio en forma exclusiva a terceros. Expresado en estos términos, el *right of publicity* protege el valor comercial de la identidad de una persona frente a su apropiación por terceros Vid. HIGUERAS, Inmaculada: “Valor comercial de la imagen en la regulación española: entre la protección de la personalidad y la comercialización de la identidad”, *Comunicación y Sociedad*, Vol. XIII, No.2, 2000, pp. 87-115.

³³ Vid. LASTIRI SANTIAGO, Mónica: “El derecho a la propia imagen frente al uso de las nuevas tecnologías”, en RICO CARRILLO, Mariliana: *Derecho de las Nuevas Tecnologías*, La Rocca, Buenos Aires, 2007 p.185.

En atención al uso indiscriminado de imágenes personales en este ámbito habría que determinar qué sucede cuando la divulgación de la imagen corresponde a una persona famosa y se utiliza con fines publicitarios³⁴. En estos casos, la publicación de videos y fotografías sin el consentimiento del afectado también constituye un acto que lesiona el derecho patrimonial a su propia imagen, sobre todo cuando se trata de personas notoriamente conocidas³⁵. Recordemos que una de las intromisiones ilegítimas previstas en la ley se refiere a la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios sin su consentimiento. Si la utilización de la imagen se realiza fines comerciales, estamos en presencia de una apropiación comercial de la imagen, entendida como una forma intromisión en el ámbito del derecho a la propia imagen³⁶.

En el caso de las fotografías, una vez que éstas han sido publicadas son accesibles a todos los contactos de la persona que las ha publicado, quienes a su vez pueden copiarlas y difundirlas nuevamente -y también manipularlas con fines ofensivos-. El acceso a las fotografías se facilita a través de colocación de etiquetas, técnica de frecuente uso en las RSI. Cuando la fotografía es etiquetada, además de la violación al derecho a la imagen se produce, una infracción a la protección de datos de carácter personal, en el entendido que las fotografías asociadas a una persona determinada también son consideradas datos de carácter personal. Los comentarios sobre la fotografía también pueden constituir una violación al derecho al honor, situación que también puede configurarse en el caso de la manipulación de la fotografía.

En algunos casos también es frecuente la publicación de frases ofensivas en la página que contiene el perfil del usuario o en el propio perfil del agresor constituyendo esta actividad una violación al derecho al honor³⁷. La herramienta

³⁴ Sobre este aspecto, LASTIRI SANTIAGO indica que en estos casos se demandaría el lucro cesante por la publicación por la cantidad que la persona afectada dejó de percibir por la difusión de su imagen más los daños y perjuicios causados. En opinión de la autora citada, “... *el poder comercial dependerá de la notoriedad que tenga la persona, que se adquiere como resultado de las actividades profesionales que realice o por otras razones que hacen que esa persona sea atractiva a la opinión pública, y que por lo tanto su imagen tenga potencial comercial*”. Vid. “El derecho a la propia imagen...”, *op. cit.*, p. 185.

³⁵ La notoriedad en estos casos se refiere más que todo al ámbito comercial y publicitario, en el entendido que la propia ley consagra la excepción relativa a la “...*reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público*”. (Artículo Octavo de la Ley de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen)

³⁶ Un tratamiento amplio sobre este tema puede consultarse en IGARTÚA ARREGUI, Fernando: La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos, Tecnos, Madrid, 1991.

³⁷ En Francia fue notable la historia de un joven que fue arrestado por insultar a un policía a través de *Facebook*. El caso fue conocido por el Tribunal de Brest, que condenó al joven a tres meses de prisión y una multa de 750 euros Vid. <http://brest.letelegramme.com/local/finistere-nord/brest/ville/facebook-il-insulte-les-gendarmes-un-brestois-condamne-a-trois-mois-ferme-01-10-2010-1068519.php> (Consulta: 15 de septiembre de 2012). En Tailandia un programador fue

destinada a la publicación de fotografías también permite realizar comentarios a las imágenes contenidas en el archivo fotográfico, pudiendo presentarse casos de violación al honor y la buena reputación.

3.2. Protección penal

Al lado de la protección de carácter civil que faculta a los afectados para demandar intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, el honor y la protección de la imagen, encontramos la protección de carácter penal, contenida en España en los títulos X y XI del Código Penal, donde se tipifican los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y el honor.

En materia penal, consideramos necesario mencionar que en la última reforma del CP de 2010 se introdujo una modificación de importante calado en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, incorporando al artículo 197 el apartado 3, que consagra el supuesto de acceso sin autorización a datos o programas informáticos en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo.

La suplantación de identidad es otro delito que afecta la protección de la intimidad, en el entendido que si esta suplantación se lleva a cabo mediante la publicación y divulgación de información personal del afectado causa una lesión en el ámbito de su privacidad. Aunque la suplantación de identidad como tal no se encuentra prevista en el CP español, hemos de destacar que ello no ha impedido la persecución de este tipo de intromisiones ilegítimas en el ámbito del derecho a la privacidad a través de las RSI³⁸. En Navarra, la policía foral ha procedido recientemente a la detención de un individuo que configuró un perfil falso de su ex pareja en Facebook, a quien se le imputó como autor de los delitos de descubrimiento, revelación de secretos, usurpación del estado civil y coacciones³⁹.

¿Y qué sucede cuando los delitos que atentan contra el honor y la protección de la imagen en las RSI son cometidos por minore? Aunque los términos y condiciones de los SRS, en particular las de *Facebook*, prohíben a los menores

igualmente arrestado por insultar al rey a través de un comentario en su muro de *Facebook*. Vid. http://www.clarin.com/internet/Tailandia-cibernauta-detenido-insultar-Facebook_0_549545290.html (Consulta: 15 de septiembre de 2012)

³⁸ Esta circunstancia tampoco ha impedido la persecución de otros delitos relacionados con la suplantación de identidad a través de Internet, tal como sucede con el *phishing* y el *pharming*, prácticas que permiten la captación de las claves personales de los usuarios de servicios bancarios fines fraudulentos.

³⁹ La víctima se enteró por terceras personas que alguien había abierto una cuenta a su nombre sin su consentimiento, donde aparecían sus datos personales y algunas fotografías de ella y de su hijo menor de edad y se ofertaban servicios sexuales. Vid. <http://es.noticias.yahoo.com/detenido-hombre-abrir-perfil-falso-pareja-red-social-110357546.html> (Consulta: 15 de septiembre de 2012)

de edad darse de alta (en particular los menores de 13 años) la realidad es otra⁴⁰ y lo cierto es que los proveedores de servicio no disponen de herramientas que garanticen la edad real de los usuarios con las consecuencias que esto implica.

La aparición de las RSI también ha facilitado la comisión del delito de *cyberbullying*⁴¹, (traducido al español como “*ciberacoso*”)⁴². En esta oportunidad consideramos importante mencionar que en junio de este año, en el estado de Seattle, una menor de 12 años se declaró culpable de este delito por violar el acceso a la cuenta de *Facebook* de una de sus compañeras, editar fotografías, colocar mensajes obscenos en su perfil, y enviar mensajes a sus contactos sin el conocimiento de la afectada. El caso fue conocido por el juez la *Juvenile Court* del Condado de King, quien concedió la libertad condicional por 6 meses a la menor e impuso la pena de 20 horas deservicio comunitario, junto con el uso supervisado del ordenador. A pesar de la solicitud de los padres de la menor de impedir a la agresora el acceso a la cuenta de *Facebook*, el juez denegó esta petición⁴³.

40 De acuerdo con el estudio “Agenda Digital: solo dos redes sociales protegen por defecto la privacidad de los perfiles de los menores”, de abril de 2011, publicado en el sitio web de la Unión Europea, los porcentajes sobre el número de menores que utilizan las redes sociales corresponde al 77 % (entre 13 y 16 años) y al 38 % (entre 9 a 12 años). Vid. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/762&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en> (Consulta: 25 de septiembre de 2012).

41 Los delitos de *cyberbullying*, *cyberharassment* y *cyberstalking* se refieren al uso de Internet y otros medios de comunicación electrónica (mensajes de texto) para acosar y molestar a otra persona a través de falsas acusaciones, amenazas, y suplantación de identidad, entre otras conductas. El *cyberstalking* es considerado el más peligroso de los tres tipos de acoso, en el entendido que se trata de una amenaza creíble acerca de un daño. Las sanciones van desde delitos menores hasta delitos graves. El *cyberharassment* se refiere más que todo a amenazas destinadas a perturbar a una persona, sin necesidad de que exista un daño realmente creíble. Los términos *cyberbullying* y *cyberharassment* a veces se utilizan indistintamente, sin embargo el término *cyberbullying* se ha popularizado para referirse al acoso entre menores de edad dentro de un contexto escolar. Diversos estados en EUA cuentan con leyes encaminadas a prevenir y sancionar estos delitos. Vid. <http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=13495> (Consulta: 08 de agosto de 2012).

42 Sobre esta materia en España destaca la iniciativa de la Comunidad de Castilla y León sobre el Plan de Prevención del Ciberacoso y Promoción de la Navegación Segura en Centros Escolares. En este documento se refiere al ciberacoso como “...una nueva forma de acoso escolar, y se refiere a diferentes tipos de acoso (racista, homofóbico, o acoso relacionado con discapacidades, etc.), La diferencia es que el acoso se realiza a través de las Nuevas Tecnologías. El ciberacoso incluye una variedad muy amplia de comportamientos inapropiados, incluyendo el abuso, las amenazas, los insultos, e igual que el acoso escolar, está dirigido a dañar el bienestar de la persona acosada”. Vid. <http://www.educa.jcyl.es/ciberacoso/es/introduccion> (Consulta: 08 de agosto de 2012).

43 <http://www.seattlepi.com/local/komo/article/Girl-12-pleads-guilty-in-Facebook-cyberbullying-1464823.php> (Consulta: 08 de agosto de 2012).

4. Los derechos de propiedad intelectual

En consonancia con los tratados internacionales sobre derechos humanos, el artículo 20.1 de la CE reconoce y protege el derecho a “...*la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*”. La disposición citada se refiere a la propiedad intelectual en sentido amplio, concepto que abarca por un lado la protección sobre derechos de autor, y por el otro la propiedad industrial, orientada a proteger las invenciones, los diseños industriales, los modelos de utilidad y los signos distintivos. En España, la protección de estos derechos es desarrollada a través de distintos instrumentos jurídicos que establecen la responsabilidad civil y penal por la infracción a estos derechos.

Las RSI y en particular *Facebook* son caldo de cultivo para violaciones a los derechos de propiedad intelectual, situación que se presenta en mayor medida con los contenidos elaborados y publicados por los usuarios que forman parte de la red.

Las funcionalidades de la Web 2.0 permiten la publicación de contenidos de diversa índole, sujetos a la protección del derecho de autor (textos, fotografías, vídeos, música) o la protección de la propiedad industrial (promoción de productos bajo la marca de un tercero, difusión de lemas comerciales, mensajes publicitarios etc.). La protección en este ámbito también abarca la propiedad intelectual de los contenidos elaborados por propios usuarios y de las obras de su autoría que éstos hacen públicas en estas plataformas. La mayor problemática en relación con los contenidos publicados por los usuarios se centra en el hecho que en las condiciones generales y términos de uso de *Facebook*, incorporan la aceptación de una licencia de uso que permite al proveedor de servicio el uso de los contenidos publicados, circunstancia que se traduciría en una cesión de los derechos de explotación sin remuneración económica⁴⁴.

Los contenidos protegidos y difundidos en *Facebook* a su vez pueden ser reproducidos, publicados y transmitidos nuevamente por los usuarios en la misma red o en otra RSI y también fuera de Internet, con las consecuencias jurídicas que esto implica. Los principales desafíos en este ámbito giran en torno al control y protección de los derechos de autor, en la medida que los contenidos se encuentran en formato digital y su distribución y comunicación pública es mucho más sencilla⁴⁵.

⁴⁴ Sobre este aspecto, consideramos necesario indicar que los términos y condiciones de *Facebook* en su versión oficial (redactada en inglés), revisada en abril de 2013, indican lo siguiente “*For content that is covered by intellectual property rights, like photos and videos (IP content), you specifically give us the following permission, subject to your privacy and application settings: you grant us a non-exclusive, transferable, sub-licensable, royalty-free, worldwide license to use any IP content that you post on or in connection with Facebook*”. Vid. <http://www.facebook.com/terms.php?ref=pf#!/terms.php#!/settings/?tab=privacy> (Consulta: 13 de mayo de 2013).

⁴⁵ Estas circunstancias se han puesto de manifiesto en el Estudio sobre redes sociales INTECO/AEPD, *op. cit.*, pp. 105-106.

Aunque los términos y condiciones de *Facebook* prohíben la reproducción de contenidos ajenos e incorporan herramientas que permiten denunciar las infracciones relacionadas con la propiedad intelectual sobre los contenidos publicados⁴⁶, la violación a estos derechos es frecuente en este ámbito, situación que plantea la problemática derivada de aplicación de las correspondientes sanciones a los infractores de estos derechos, sumándose a ello la problemática de la ubicación e identificación de los infractores cuando algunos éstos actúan bajo seudónimos, cuando identificación no es real o cuando las infracciones trascienden fuera de la red.

4.1. La protección de la propiedad intelectual en Internet

Sobre este aspecto consideramos necesario mencionar que la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial en Internet ha sido objeto de especial consideración en el seno de los organismos internacionales encargados de velar por la protección de estos derechos, resaltando en particular los trabajos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

En el ámbito de los derechos de autor cabe mencionar el Tratado de sobre derechos de autor y el Tratado sobre Interpretaciones y Ejecución de Fonogramas, identificados mayormente con las siglas WTC y WPPT, correspondiente a su denominación en inglés (*WIPO Copyright Treaty* y *WIPO Performances and Phonograms Treaty*). Estos tratados, conocidos comúnmente como los “Tratados de Internet”⁴⁷ establecen los principios básicos sobre la protección del derecho de autor y los derechos conexos en Internet y otras redes digitales, indicando que las legislaciones nacionales deben impedir el acceso y uso no autorizado de las obras sujetas a protección del derecho de autor.

En materia de propiedad industrial, cabe citar la Recomendación conjunta de la Unión de París (UP) y de la OMPI sobre la protección de marcas y otros derechos de propiedad industrial⁴⁸, aprobada con el objetivo de crear un marco jurídico idóneo para los titulares de marcas que desean utilizar sus signos distintivos en Internet, facilitando la aplicación de las leyes sobre marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos protegidos en este ámbito.

⁴⁶ Vid. http://www.facebook.com/legal/copyright.php?noncopyright_notice (Consulta: 13 de mayo de 2013).

⁴⁷ El texto de ambos tratados está disponible en la página web de la OMPI. Vid. <http://www.wipo.int/treaties/es/> (Consulta: 11 de mayo de 2013).

⁴⁸ Adoptada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en la trigésima sexta serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI, 24 de septiembre a 3 de octubre de 2001. El texto de esta Recomendación está disponible en http://www.wipo.int/about-ip/es/development_iplaw/pub845-toc.htm#TopOfPage (Consulta: 11 de mayo de 2013).

La Recomendación conjunta UP-OMPI establece una serie de principios para determinar si el uso de un signo en Internet constituye uso en un Estado miembro, situación que será considerada en el caso que dicho uso tenga efecto comercial en dicho Estado. En el marco de este documento se establecen los criterios para determinar si el uso de un signo en Internet tiene un efecto comercial en un Estado miembro.

Los tratados de Internet de la OMPI, junto con los principios de la Recomendación conjunta UP-OMPI serán de aplicación en el ámbito de *Facebook* en el entendido que se trata de una red social que opera en Internet⁴⁹.

Finalmente, quedaría por determinar si existe algún tipo de responsabilidad de los proveedores de servicio por la actuación de los usuarios, situación que cae en el ámbito de la aplicación de la LSSICE. La regla general en este ámbito proclama exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet respecto de la información transmitida, alojada o difundida por los usuarios a través de sus sistemas de información. El estudio pormenorizado de estas cuestiones excede los límites del presente trabajo.

4.2. Protección de carácter penal

Además de las responsabilidad de carácter civil, los infractores de los derechos de autor en *Facebook* también serán responsables penalmente, en los países donde estas actividades son tipificadas como delito.

En el caso de España, el CP tipifica como delito el plagio, la distribución, la comunicación pública con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero –en todo o en parte– de una obra literaria, artística o científica, junto con su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. A pesar de la tipificación de este delito en los diversos ordenamientos jurídicos y su aplicación en el ámbito de las RSI, hemos de mencionar que en el caso de la publicación de contenidos ajenos en *Facebook*, pocas veces se advierte el ánimo de lucro, elemento indispensable en la configuración del tipo penal.

En relación con la propiedad industrial, el artículo 274 del CP castiga a quienes con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzcan, imiten, modifiquen o de cualquier otro modo usurpe un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir

⁴⁹ Sobre este aspecto hemos de destacar que la doctrina ha puesto de manifiesto la aplicación de la Recomendación conjunta UP-OMPI a la red social *Second Life* en el caso de la vulneración de los derechos a la protección de la marca. *Second Life* es una RSI caracterizada por la representación virtual del mundo real, donde los usuarios interactúan a través de sus avatares. Para un estudio amplio sobre este tema vid. LASTIRI SANTIAGO, Mónica: “El uso de la marca en *Second Life*”, en *Derecho y Tecnología*, núm. 10, 2009, pp. 7-43.

los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. La configuración de este delito exige como presupuestos necesarios la ausencia del titular del derecho, el conocimiento del registro y la reproducción del signo para distinguir productos similares. La falta de cualquiera de estos tres elementos dificulta la persecución de la infracción de la propiedad industrial como delito.

En el caso de las RSI se han observado ciertas infracciones al derecho de propiedad intelectual e industrial, sobre todo en el caso del derecho marcario, derivadas de la utilización de signos creados específicamente en estos entornos, originando las correspondientes acciones derivadas de la responsabilidad civil⁵⁰. La aplicación de las sanciones penales es más difícil en este ámbito, circunstancia que se deriva de la necesidad de concurrencia de los requisitos incluidos en el tipo penal y de la interpretación restrictiva de las normas penales.

⁵⁰ Tal es el caso de los conflictos suscitados en el ámbito de *Second Life*. En Estados Unidos fue notable el caso de Eros LLC v. Doe, que se presentó en el *United States District Court Middle District of Florida Tampa Division*, donde el demandante reclamaba violación a los derechos de autor y a la protección de la marca por la imitación de un producto virtual diseñado en el entorno de *Second Life*. Vid. LASTIRI SANTIAGO, Mónica: “El uso de la marca en *Second Life*”, *op. cit.*, pp. 7-43.

El impacto de las redes sociales en el comercio electrónico con consumidores

Miguel Arrieta Zinguer*

SUMARIO: I. Introducción. II. Comercio electrónico. III. Evolución y desarrollo del comercio electrónico. IV. Implementación del comercio electrónico. V. Características del comercio electrónico en Internet. VI. Cambios en el entorno negocial que determina el comercio electrónico. VII. Del comercio electrónico al “*Social Commerce*”. VIII. Factores legales que influyen en el comercio electrónico en redes sociales. IX. Conclusiones.

Resumen

La evolución de Internet ha planteado importantes cambios en el entorno negocial tradicional, abriendo nuevas posibilidades comerciales vinculadas con la masificación del uso de las TIC. Las redes sociales han permitido el desarrollo de nuevos modelos de negocios facilitando la realización de operaciones comerciales electrónicas entre consumidores y empresas, hasta configurar una nueva dimensión en el comercio electrónico, denominado ‘comercio social’ o ‘*social commerce*’. En el presente estudio se analiza el impacto de las redes sociales en el comercio electrónico con consumidores, particularmente en el ámbito del mercadeo y la publicidad y sus efectos legales.

Palabras Clave: Comercio electrónico. Redes Sociales. Internet. Consumidores

Abstract

The evolution of Internet has brought significant changes in the traditional commerce, opening up new business opportunities related to the mass usage of IT. Social networking allows new business models enabling the implementation of electronic commerce between consumers and companies, to create a new dimension in electronic

Recibido: 23/6/2013 • Aceptado: 10/7/2013

* Abogado (UCAT, 1990), Magíster en Gerencia de Empresas (UNET, 1996), Especialista en Derecho Mercantil (UC 1999), Especialista en Derecho Tributario (UCAT, 2006), Doctorando en Ciencias Gerenciales (UNEFA) y en Ciencias, Mención Derecho (UCV). Profesor Asociado de la UCAT y de Postgrado en la UCAB, UCAT, ULA, UNEFA, ENAHP y Universidad Yacambú. Asesor Gerencial.

commerce, called 'social commerce' or 'social commerce'. This paper analyzes the impact of social networking with e-commerce consumers in the field of marketing and advertising and its legal consequences.

Keywords: E-commerce. Social Networks. Internet. Consumers

I. Introducción

Las transformaciones derivadas de la masificación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en lo adelante TIC), han determinado entre otros aspectos, importantes cambios sociales, dentro de los cuales se encuentran los cambios en el entorno negocial por la irrupción del comercio electrónico, y particularmente por el comercio electrónico en Internet. Una de las manifestaciones más relevantes de los cambios en la forma de comunicarse y vincularse los seres humanos en el presente, está representado por las Redes Sociales en Internet (RSI), que determinan cambios relevantes en cuanto a la forma de relacionarse, mediante las plataformas que permiten el intercambio de información entre los miembros de las mismas. En la actualidad, las RSI, se han convertido aparte en lugares para la realización de operaciones comerciales en Internet, lo cual ha generado una nueva categoría dentro del comercio electrónico, el denominado '*Social Commerce*', en atención a las nuevas posibilidades que abren, particularmente en el área del mercadeo y la publicidad. Conviene entonces analizar las diversas implicaciones que las RSI tienen como elemento para la realización de operaciones comerciales y cuáles son los factores y elementos que se deben tomar en consideración, como consecuencia de esta cambiante realidad.

II. Comercio electrónico

La realización de negocios y contratos por medios electrónicos constituye una realidad en desarrollo desde finales del SXX (que ha ido creciendo y diversificándose en lo que va del SXXI). Cuando hablamos del comercio electrónico (en lo sucesivo CE)¹, nos referimos a cualquier tipo de operación que implique el intercambio electrónico de información, tenga que ver o no con

¹ El comercio electrónico se puede definir como: "... intercambio de información digitalizada entre grupos, representando así a la comunicación entre dos partes, la coordinación de flujo de bienes y servicios o la transmisión de pedidos electrónicos. Este intercambio puede ser entre organizaciones, individuos o ambos". Jeffrey RAYPORT y Bernard JAWORSKI, *E-Commerce* (3^a.ed.), McGraw-Hill, Nueva York, 2001. P. 6.

la actividad comercial en sentido estricto², de donde resulta que el concepto de CE es más amplio que el de actividad comercial en sentido general, puesto que para su concreción requerirá siempre de la participación de otros actores (aparte de compradores y vendedores, por ejemplo), que intermedian prestando su concurso para la realización de las actividades que implican el intercambio de la información por medios electrónicos (prestadores de servicios de acceso a Internet, de servicios de certificación electrónica, empresas que facilitan las plataformas de pago electrónico, etc.), los cuales por definición, realizan actividades de carácter mercantil. No obstante, usualmente el CE, se identifica con el comercio electrónico en Internet, toda vez que la masificación en el uso de esta Red de comunicación ha traído relevantes cambios en la manera tradicional de hacer negocios, lo cual ha determinado un crecimiento exponencial en la oferta de bienes y servicios, hasta el punto de ofrecerse un abanico de oportunidades casi paralelo al del mercado comercial ordinario.

Desde el punto de vista económico, la masificación del uso de las TIC, ha modificado también la manera de hacer negocios, ha traído como consecuencia toda una serie de fenómenos en la realidad negocial, como, la relativización del tamaño de los operadores económicos, toda vez que las estrategias de CE permiten incluso a pequeñas y medianas empresas participar en un mercado global y acceder a un sinnúmero de clientes y proveedores. Por otra parte la tecnología digital, ha generado un importante crecimiento del denominado “comercio inmaterial”, caracterizado por la generación de productos y servicios desprovistos de materialidad tangible (productos y servicios susceptibles de ser digitalizados). En tercer lugar, la masificación del CE en Internet, trae de suyo la deslocalización de la actividad económica, puesto que los entornos comerciales electrónicos, están caracterizados por elementos que relativizan o hacen difusas las barreras espacio-temporales, propias de comercio material, determinando que se haga hasta cierto punto irrelevante el lugar dónde se efectúa o concreta la actividad comercial, lo cual trae importantes consecuencias particularmente desde el punto de vista tributario.

Como consecuencia de los fenómenos indicados anteriormente, se produce una desintermediación económica, en el sentido que el CE permite acercar los productores respecto de los consumidores, lo cual en la práctica “horizontaliza” las cadenas de comercialización de bienes y servicios.

Es menester señalar que el desarrollo y auge experimentado en los últimos años por el CE³, y particularmente por el comercio electrónico en Internet,

² Advierte Andrea SARRA *Comercio Electrónico y Derecho. Aspectos Jurídicos de los Negocios en Internet*, Editorial Astrea, Buenos Aires. 2000. P. 278, cualquier transacción comercial efectuada por medios electrónicos, es decir, incluye la utilización del fax, télex, el teléfono, los EDI (*Electronic Data Interchange*) e Internet.

³ El comercio electrónico usualmente se clasifica de acuerdo con el tipo de actividad desarrollada, en: A) Directo, que es aquél en el que el pedido, el pago y el despacho se realiza por vía electrónico; lo cual exige por supuesto, que se trate de bienes susceptibles de digitalizarse. B)

permite categorizar las diversas posibilidades negociales que puede representar, en atención a las relaciones comerciales que se pueden materializar en la realidad, toda vez que no sólo comprende la realización de actividad comercial entre empresas (modelo de negocios B2B), que se caracteriza por permitir la agilización de las operaciones e intercambio entre empresas relacionadas de manera de dar celeridad y dinamismo a sus operaciones. La realización de operaciones entre empresas y consumidores (B2C), que comprende sobre todo la venta detallista por Internet, ampliando de forma impactante la oferta de bienes y servicios tanto digitales como no digitales, en un entorno cada vez más diversificado y versátil. Además el CE posibilita la expansión y la realización de operaciones comerciales en el ámbito de la Administración Pública, vinculando las empresas con la Administración (B2A)⁴, que permiten la interrelación de las empresas con las administraciones públicas, y también la modalidad entre ciudadanos y la administración (C2A), que permite la interacción de los ciudadanos con las administraciones públicas, para la realización de todo género de trámites, dentro de las estrategias de gobierno electrónico (*E-government*).

De igual modo se han desarrollado las modalidades de negocios entre consumidores (C2C), que permiten la interacción de personas conectadas a la Red para realizar todo género de negocios, mediante la realización de operaciones como subastas, ventas directas, licitaciones digitales, etc., en modelos muy exitosos como ‘e-bay’, ‘mercadolibre.com’, donde las personas se vinculan comercialmente mediante una plataforma digital especialmente dispuesta para la intermediación electrónica.

También se han desarrollado las denominadas *Peer to Peer* (P2P), que permiten la realización de operaciones entre pares, que básicamente permiten el intercambio electrónico de archivos o ficheros electrónicos entre usuarios; lo cual permite el tránsito de contenidos digitales (fundamentalmente música, películas, videos, etc.)⁵.

Indirecto, que es aquel en el que el pedido y el pago pueden realizarse electrónicamente, pero donde el despacho se realiza mediante la utilización de los medios propios del comercio tradicional (*courrier*, correo, empresa especializada, etc.).

⁴ Resulta conveniente precisar que en materia tributaria uno de los aspectos más polémicos de la aplicación de las nuevas tecnologías tiene que ver con el hecho de que se ve al CE (particularmente en internet), como un elemento para la evasión y elusión impositiva, dada la dificultad intrínseca que genera, dada la naturaleza negocial propia del CE, para gravar y controlar las operaciones realizadas a través de Internet, en el ámbito tanto de la fiscalidad directa e indirecta.

⁵ Las redes P2P poseen una serie de nodos que funcionan como clientes y servidores de los demás nodos de la Red, de forma descentralizada y sin poseer servidores ni clientes fijos, de tal manera que cada nodo puede iniciar, detener o completar una transacción. Estas redes facilitan la circulación de contenidos entre usuarios, no obstante ponen de manifiesto la posibilidad de cometer infracciones en cuanto a las obras protegidas por la propiedad intelectual, lo cual obliga a replantear los conceptos fundamentales sobre la materia, de tal suerte de poder equilibrar la protección de los derechos de los autores y titulares de los derechos en referencia.

En los últimos años ha venido cobrando relevancia el desarrollo del denominado ‘*m-commerce*’ o ‘comercio móvil’, que se refiere al desarrollo de aplicaciones y elementos que permiten la realización de diversas operaciones comerciales electrónicas mediante dispositivos móviles, como por ejemplo teléfonos móviles, tabletas electrónicas o computadoras móviles. Estas modalidades comprenden la realización de operaciones para la venta de boletos, servicios de reservaciones, operaciones de banca electrónica, descargas musicales, y un amplio abanico de posibilidades que tiende a ampliarse y diversificarse significativamente, avizorándose como una de las próximas fronteras del CE, en atención a la ductilidad, versatilidad en cuanto a su desarrollo, a la tendencia a la convergencia en el ámbito de las telecomunicaciones y al desarrollo de aplicaciones y software cada vez más dinámicos y personalizados.

La distinción entre los diversos modelos de negocios en Internet, tiene una particular relevancia desde el punto de vista de la normativa aplicable en cada caso, toda vez que si se trata por ejemplo de actividades comerciales electrónicas interempresariales (B2B), cobra relevancia el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales; mientras que si se trata de operaciones comerciales donde intervengan consumidores (B2C, C2C), pasan a tener preminencia las normas que protegen los derechos de los consumidores, por sobre las normas contractuales (plasmadas normalmente en contratos de adhesión), que pudiesen contradecir dichas normas protectoras de los consumidores y usuarios. De igual modo, cuando se trata de operaciones propias de gobierno electrónico, que determinan las relaciones de ciudadanos y empresas con las Administraciones Públicas (B2A y C2A), determinan la aplicación de normas de naturaleza administrativa, tributaria, etc., lo cual implica la aplicación de normativa propia del Derecho Público, según los casos.

III. Evolución y desarrollo del comercio electrónico

La mayoría de los autores ven en las ventas por catálogo desarrollada en Estados Unidos desde finales del SXIX e inicio del XX, el antecedente más remoto del CE. No obstante, es realmente desde los años sesenta de dicho siglo en que se creó el EDI (*Electronic Data Interchange*), para optimizar la calidad de la información dentro de una cadena de distribución. Posteriormente en la década siguiente se iniciaron las primeras operaciones asistidas con computadoras que permitieron el intercambio electrónico de información. Posteriormente surgió la venta directa por televisión, en una suerte de innovación de la tradicional venta por catálogos (televendas), donde se integraron los medios de comunicación, el teléfono y posteriormente las computadoras. Con el advenimiento hacia los años 90 del siglo pasado, de la *World Wide Web* (www)⁶,

⁶ Tradicionalmente, dentro del desarrollo de la *World Wide Web* (www), se habla de la existencia de la ‘Web 1.0’, para hacer referencia a la existencia de páginas web estáticas, que

que permitió brindarle una finalidad de carácter comercial y de servicios a la Internet, que como creación tecnológica creada originalmente con finalidad esencialmente militar, y posteriormente explotada con una finalidad de intercambio de información científica y académica.

A partir de la masificación del uso del CE se fue diversificando las aplicaciones tanto en el ámbito de las operaciones comerciales on-line como off line (en tiempo real o en tiempo diferido), mediante la utilización de las plataformas que permitieron la implementación y uso tanto de las firmas electrónicas que permitieron garantizar la seguridad de las operaciones comerciales electrónicas, como los mecanismos para poner en práctica los medios electrónicos de pago, lo cual facilitó la concreción de operaciones de comercio electrónico directo e indirecto, a la par de la generación de un importante mercado de bienes y servicios inmateriales objeto de un intenso intercambio que sigue creciendo de manera importante, a la par de extenderse a cada vez más diversos sectores y mercados⁷. Con la irrupción de la tecnología móvil (web móvil)⁸, asociada por un lado a la masificación del uso de la telefonía móvil, la convergencia en cuanto al desarrollo de tecnologías que integran el uso de aparatos que tienen una mayor capacidad de procesamiento almacenamiento y comunicación de la información, y la generación significativa de un sinnúmero de aplicaciones móviles especialmente creadas, y de nuevos dispositivos inteligentes (*smartphones*), tabletas (computadoras personales móviles), elementos que destacan la portabilidad, ductilidad y convergencia de múltiples servicios y utilidades; lo cual sin duda representa múltiples oportunidades y retos para el desarrollo del CE en la actualidad⁹.

brindan información sobre productos y servicios ofrecidos, creadas sobre el lenguaje HTML (*Hypertext Markup Language*). El visitante a estas páginas web obtiene la información que requiere sobre la base de sus solicitudes; no obstante, la interactividad está limitada en un solo sentido, puesto que los usuarios no participan en la generación de contenidos.

⁷ En los últimos años, se han desarrollado las aplicaciones características de la denominada 'Web 2.0', que permiten a las personas colaborar y compartir información, de forma interactiva. Estas aplicaciones web determinan interfaces que permiten generar y editar los contenidos, así como de integrar múltiples servicios en una interfaz de usuario. Este nuevo ámbito de desarrollo comprende nuevas e insospechadas posibilidades en cuanto a la generación de contenidos, así como una forma nueva de integrarse y participar, lo cual tiene una particular importancia, desde el punto de vista de las RSI.

⁸ Este nuevo desarrollo, da cuenta del desarrollo de una 'web móvil', como resultado del avance de la computación móvil, de las comunicaciones móviles inalámbricas y la masificación de los nuevos dispositivos móviles, como PDA's, teléfonos inteligentes (*smartphones*), y computadores móviles (*tablets*), etc. De allí que en la actualidad, los teléfonos móviles y computadores portátiles móviles, compitan con los dispositivos tradicionales en cuanto a su papel como fuente de acceso a Internet. Aparte de lo anterior, las aplicaciones móviles, poseen ciertas características propias que se deben destacar, como la posibilidad de incluir mecanismos de geolocalización (GPS), y servicios que resultan sensibles al contexto.

⁹ En el desarrollo de las aplicaciones web, se habla de la integración de las aplicaciones integradas en lo que se denomina una 'Web Semántica', para hacer referencia a que las aplicaciones

Paralelo a esta realidad, desde comienzos de la década del 2000, se comenzaron a desarrollar las RSI, que constituyen espacios creados para intercambiar información, que permiten interactuar con otras personas, en un entorno particularmente abierto, que se construye constantemente sobre la base de los aportes que los integrantes de la propia red realizan. Estas redes constituyen sistemas o plataformas que permiten a terceros generar contenidos o bien crear aplicaciones, integrándose en un entorno colaborativo y de intercambio, lo cual ha permitido su exponencial crecimiento, segmentación, diversificación y especialización, lo que determina su espectacular crecimiento y desarrollo¹⁰.

Fundamentalmente, las RSI, se constituyen como plataformas establecidas para el intercambio de información, elemento fundamental para las relaciones económicas y sociales dentro de la sociedad tecnificada, por cuanto el control sobre la información implica control y poder. Sin embargo, uno de los mayores problemas a la hora de analizar las redes sociales, al igual que con otros fenómenos sociales y culturales generados por la aparición y desarrollo de tecnología, es que se encuentra en plena evolución y que cuando se quiere estudiar el fenómeno ya ha cambiado.

Con respecto al impacto que ha traído consigo la masificación de las RSI, estima, José Antonio Redondo¹¹, que:

El maremoto que las herramientas sociales están produciendo dentro y fuera de esta Red no tiene comparación, por su velocidad y alcance, con ninguna otra invención en la historia de la humanidad. Si se ha comparado la transformación que supone la *World Wide Web* (WWW), la telaraña mundial de Internet, con la aparición de la imprenta de Gutenberg, ¿con qué se puede comparar la irrupción de herramientas como Facebook, MySpace, Twitter y LinkedIn? Ellas solas suman cerca de mil millones de usuarios; cuando comenzó el siglo XXI, ninguna de ellas existía.

Resulta preciso, entonces analizar las etapas en la implementación de las estrategias de CE, así como las principales modificaciones que el CE tiene desde el punto de vista negocial, para proceder a analizar las particularidades que ha traído en aquél, las RSI.

pueden tener acceso a la información, no sólo para visualizarla, sino para integrarla, automatizarla y reutilizarla por parte de la misma o de distintas aplicaciones dentro de un entorno interoperativo.

¹⁰ Las RSI, son manifestaciones de la existencia de la Sociedad en Red de la que nos habla Castells, M., que concibe como: “...la sociedad que yo analizo como una sociedad cuya estructura social está construida en torno a redes de información a partir de la tecnología de información microelectrónica estructurada en Internet”. Manuel CASTELLS, *Internet y la Sociedad Red*, Conferencia inaugural del Doctorado sobre Sociedad de la Información y el Conocimiento en la Universitat Oberta de Catalunya, 2010. Disponible en fuente electrónica en: <http://www.uoc.edu/web/cat/articles/castells/castellsmain2.html>. P 13.

¹¹ José Antonio REDONDO, *Socialnets*, Ediciones Península. Barcelona, 2010, P. 11.

IV. Cambios en el entorno negocial que determina el comercio electrónico

Con la difusión del CE se produce una modificación de las pautas que determinan la manera de realizar las operaciones mercantiles, pues de operaciones caracterizadas por la contratación oral o escrita entre partes que se encuentran presentes, son reemplazadas por operaciones que no se realizan de manera ni propiamente oral ni escrita, sino por electrónica¹², que por lo demás se realiza entre personas ausentes, distantes entre sí, residentes incluso en países distintos, por lo que para que se perfeccionen los contratos se precisan el transcurso de un trayecto para que puedan llegar a conocimiento de la otra parte, independientemente del momento en que produzcan los efectos jurídicos buscados. Estas transformaciones en la manera en que se materializan jurídicamente los negocios tienen una importancia cardinal, puesto que implican un cambio esencial respecto de la manera de hacer negocios¹³.

En efecto, las transformaciones fundamentales derivadas de la realización de operaciones comerciales electrónicas, por su naturaleza carecen de materialidad tangible, por lo que se ha producido una ‘*desmaterialización del contrato*’¹⁴, que trae como ventajas evidentes la movilidad, celeridad y accesibilidad. No obstante esta forma de contratar aparece una transformación fundamental que implica un choque incluso cultural, derivado de la sustitución de los soportes materiales tangibles (soporte físico en papel), que se ve sustituida por una virtualización del soporte negocial no oral que precisa el establecimiento de un marco jurídico que garantice su efectivo funcionamiento y operación, capaz de compaginar el uso comercial electrónico, con los elementos de seguridad mínimos que a la larga garanticen a su vez, el no repudio de las operaciones comerciales por el solo hecho de realizarse en soporte documental electrónico, o por medios igualmente electrónicos.

¹² Es por ello, que algunos autores consideran que se sustituye el soporte escrito, por un soporte no escrito, lo cual en puridad no es correcto, toda vez que lo que se sustituye es el soporte negocial, toda vez que las operaciones siguen siendo en general escritas, pero con soporte electrónico.

¹³ Rafael ILLESCAS, *Derecho de la Contratación Electrónica*. Madrid, Civitas, 2001, p. 34. Considera que el cambio en la manera de contratar determinado por el comercio electrónico representa: “una alteración contractual de similar importancia a la que se produjo con la sustitución de la tabla o tablilla de piedra o barro por el papiro y la del pergamino por el papel. Al igual que en ocasiones anteriores, la alteración tiende a facilitar la celebración y documentación del contrato: el soporte negocial ha sido cada vez más móvil y ligero –más fácilmente transportable–, más asequible a la generalidad de los futuros contratantes y más económico en su producción”.

¹⁴ Esta desmaterialización constituye la sustitución de los tradicionales soportes documentales físicos, por soportes electrónicos, que resultan jurídicamente equivalentes.

Podemos identificar como características diferenciales del CE en su comparación con las operaciones comerciales del mundo físico o comercio tradicional¹⁵, las siguientes:

- A) El consentimiento en origen y destino se presta mediante equipos electrónicos**, puesto que en estos casos, la mayor parte de las formas contractuales que son susceptibles de ser realizadas por medios electrónicos, son por lo general contratos consensuales, en los que la manifestación de la voluntad tienen importancia cardinal. Es precisamente por ello que los elementos propios de las ofertas¹⁶ y aceptación¹⁷ por medios electrónicos adquieren una dimensión esencial, particularmente en el CE directo, puesto que en un entorno electrónico abierto, como en el que se da en la red Internet, que utiliza fundamentalmente dos aplicaciones propias de dicha red, que son:
- i. **El correo electrónico** (mediante el cual se realizan operaciones *comerciales off line*, que permiten realizar *órdenes, pedidos* electrónicamente, por lo que los problemas jurídicos se centran esencialmente en la emisión y recepción de manifestaciones de voluntad, que se encuentran más próximas a la realidad comercial reconocida y regulada por el

15 De hecho, María de Lourdes VISO, *Formación del Contrato Electrónico: Un nuevo impulso a la Unificación del Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Nuevos Autores N° 7, Caracas, 2004, p. 27, estima que: “*Los contratos electrónicos contienen unas diferencias importantes con respecto a los celebrados por medios tradicionales. Sin embargo, las innovaciones no siempre son debidas a la utilización del medio electrónico en sí mismo, sino que también provienen, entre otros factores, de los cambios económicos y sociales que ha experimentado el Comercio internacional, gracias a la Telemática*”. Si bien es cierto que resulta evidente que existen ciertas diferencias entre los contratos celebrados por medios electrónicos, es también claro que las particularidades derivan fundamentalmente de las características propias de las negociaciones individualmente consideradas, puesto que en general, estos contratos pueden subsumirse dentro de los modelos contractuales tradicionales.

16 Las ofertas realizadas en internet plantean, en general ciertas cuestiones vinculadas con: a) La consideración jurídica de si se trata de verdaderas ofertas, respecto de lo cual deben llenar los requisitos de tener una duración determinada, comprender todos los elementos necesarios para llevar a cabo la contratación (precio, características del bien o servicio, condiciones de pago y garantías), y tener un tiempo de duración determinado. B) La dificultad de ubicar el lugar donde la oferta se origina y donde el contrato se perfecciona y ejecuta. Dado que el lugar de la oferta determina en general, el lugar donde se entiende celebrado el contrato.

17 La aceptación, según Mariliana RICO, *Internet, Comercio Electrónico y Derecho*. 2ª Ed. Legis, Caracas, 2005. Pp. 133-134, debe reunir como condiciones para su validez: “1) debe dirigirse al oferente, 2) ser oportuna, es decir, la misma ha de producirse dentro del plazo de validez de la oferta y 3) debe coincidir con los términos contenidos en la oferta contractual: si al aceptar el contrato electrónico se envía un e-mail con modificaciones a la oferta original, no se considera que exista una aceptación en términos legales sino una contraoferta”.

Derecho Mercantil, pues las direcciones electrónicas permiten singularizar la relación entre las partes).

- ii **La World Wide Web (www)**¹⁸, en la que las operaciones comerciales se realizan de manera fundamentalmente interactiva (en tiempo real, on line), mediante el acceso a una página web que permite realizar la operación comercial en particular, bien se trate de una operación propia del CE directo o indirecto, permitiendo, dado su carácter de operación abierta las más diversas combinaciones contractuales, tales como contratación entre particulares, empresarios con consumidores, o empresarios entre sí; de donde la pluralidad de posibilidades que engloban este tipo de operaciones, implican una clara necesidad de regulación legislativa que debe tomar en consideración las peculiaridades de esta manera de contratar, el tipo de contrato a concluir y la clase de bien o servicio de que se trate.
- iii **Las redes sociales**, que constituyen plataformas de comunicación mediante las cuales los usuarios de las mismas comparten información, se comunican, generan e intercambian contenidos digitales, e interactúan de forma constante. Esto ha hecho surgir nuevas e insospechadas posibilidades comerciales que están actualmente en desarrollo, y que son objeto del presente estudio.
- iv **Los teléfonos y demás dispositivos móviles**, que permiten desarrollar operaciones comerciales, mediante el soporte de redes telemáticas, que permiten realizar diversos tipos de operaciones, mediante sistemas de micropagos, adquisición de bienes, servicios y contenidos digitales, entre otros. Este representa otro de los elementos que se encuentran en pleno desarrollo respecto del CE: el ‘comercio electrónico móvil’ realizado mediante teléfonos móviles o *smartphones*, o bien mediante dispositivos computacionales móviles o tabletas

¹⁸ Esta red se caracteriza por ser una subred de la internet, así como por el uso del protocolo de información HTTP (Hypertext Transfer Protocol), que permite mediante el uso de los denominados ‘hipertextos’, trasladarse virtualmente de una página web a otra, mediante el contacto con el mouse de un hipertexto, o regresar a la página web original, mediante los denominados ‘links’ que comprende la asociación de la información contenida en la misma página o en diferentes páginas. De igual modo se caracteriza por la utilización en general del Lenguaje HTML (HypertextMarkupLanguage), que es un lenguaje informático que permite el uso del protocolo indicado anteriormente.

electrónicas; las cuales se caracterizan por su ductilidad y portabilidad, que aporta el valor agregado de permitir que las operaciones se realicen mediante los aparatos terminales móviles, que cuentan con las aplicaciones informáticas determinadas que facilitan la celebración de dichas operaciones comerciales, mediante plataformas dispuestas al efecto (mediante sistema de mensajes cortos de texto ‘SMS’, o mediante plataformas como BBM ‘Blackberry Messenger, OVI, o similares).

- v. **Cloud computing.** La computación en la nube es una relativamente reciente tendencia que permite ofrecer servicios informáticos a través de Internet, mediante la oferta de servicios a los cuales se puede acceder mediante la gestión de recursos informáticos disponibles en la red, lo cual ofrece soporte, almacenamiento y gestión de recursos informáticos en cualquier lugar. En estos casos la información se almacena de forma permanente en servidores en Internet, enviándose a cachés temporales de los clientes. Constituye un modelo para la prestación de servicios electrónicos, que permite a los usuarios contar con un número importante de servicios, los cuales se adaptan de forma dúctil, pagando por los servicios efectivamente consumidos. Tiene como ventajas fundamentales permitir que los consumidores permiten ampliar la base de servicios que se basan en la red, ampliando la oferta de los servicios prestados, de una manera más rápida, diversa y segmentada, al tiempo que a los usuarios le permite la posibilidad de acceder a los servicios prestados aprovechando la inmediatez y movilidad propias de este sistema, al cual se puede acceder desde cualquier parte¹⁹. Tiene como ventajas que favorecen su utilización, la flexibilidad de los servicios que se pueden prestar, lo cual brinda una gran capacidad de adaptación, que permiten responder a una demanda igualmente variable.

¹⁹ Hernán ESTIGARRIBIA, considera a este respecto, que: “*El cambio paradigmático que ofrece cloudcomputing es que permite aumentar el número de servicios basados en la red. Esto genera beneficios tanto para los proveedores que pueden ofrecer de forma más rápida y eficiente un mayor número de servicios, así como también proporciona beneficios para los usuarios que tienen la posibilidad de acceder a ellos aprovechando de la transparencia e inmediatez del sistema*”. En *Mobile Cloud Computing y su relación con Aplicaciones Móviles sensibles al contexto*. Disponible en fuente electrónica, en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21856/Documento_completo.pdf?sequence=3

- B) Contrato celebrado a distancia, de forma no presencial**, en que las partes no se encuentran presentes. Los problemas relativos a la formación y perfeccionamiento de los contratos deben tomar en consideración que en ellos las manifestaciones de voluntad requeridas para lograr la perfección del contrato, en cada una de sus manifestaciones, deben darse entre personas que no se encuentran presentes²⁰, sino que por el contrario se encuentran distantes físicamente el uno del otro, de donde la forma y perfección que deben configurar tanto la oferta contractual, como la manifestación de la aceptación, requerida por el carácter propio de contrato entre ausentes²¹.
- C) Contratos en los que las posibilidades de negociar el régimen jurídico aplicable o los contenidos son limitados**. Dadas las características propias de este tipo de contratos, donde por una parte uno de los contratantes tiene características particulares que los ubican como:
- i **Contratos de adhesión**, toda vez que se ve disminuida la capacidad de negociación de las partes en el contrato, por cuanto se limitan una de las partes a establecer las condiciones contractuales, y la otra a aceptar dichas condiciones preconstituidas.
 - ii **Las partes en el contrato tienen diferencias apreciables, que determinan un desequilibrio propio de este tipo de negocios**, pues por una parte, uno de los contratantes establece las condiciones, en general es un experto y cuenta con tecnología y recursos importantes, mientras que la otra parte, puede en principio, no contar con tales características.
 - iii **Importancia de las denominadas condiciones generales de contratación**, que implica un conocimiento de estas condiciones generales, para una formación volitiva libre y

²⁰ La normativa mercantil general venezolana no posee una regulación específica para el caso de la contratación comercial entre ausentes (excepción hecha por la normativa de la Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica, en cuanto le resulte aplicable), no obstante en España, la Ley N° 47 de 2002, que recoge las normas de la Directiva 97/7 de la C.E. en materia de contratos a distancia, así como el Real Decreto N° 1906 de 1999, acerca de la contratación electrónica con condiciones generales de contratación, que determinan normas específicas para estas modalidades contractuales.

²¹ De lo dicho anteriormente resulta que se debe aplicar la normativa de Protección al Consumidor (Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios), que posee disposiciones específicas en materia de este tipo de negociaciones.

consciente al momento de contratar, así como la valoración del carácter justo o abusivo de tales cláusulas. Conviene precisar que esta clase de contratos, por su propia naturaleza están sujetos al principio fundamental de la autonomía de la voluntad, por lo que en todo caso las partes serán libres de contratar o no, en caso de no estar de acuerdo con las condiciones planteadas²².

VI. Del comercio electrónico al “*Social Commerce*”

El CE ha cambiado los hábitos de consumo, así como la forma de hacer negocios en la Sociedad de la Información. Esto se pone de manifiesto, si se observa la evolución de las compras tradicionales dentro de un entorno digital y un mundo interconectado donde cada vez adquieren una mayor importancia otros canales como son las redes sociales y los dispositivos móviles. Si bien es cierto que la realización de operaciones comerciales electrónicas es una realidad que lleva años en desarrollo, también es cierto que en los últimos años ha logrado una extensión e importancia insospechadas, puesto que ha logrado modificar los hábitos de consumo en la mayor parte de los ámbitos de la actividad mercantil.

Los nuevos hábitos de consumo, así como las nuevas tendencias en cuanto al CE deben ser tomadas en consideración por parte de las empresas que comercializan productos y servicios tanto *on line* como *off line*, de tal suerte de permitirles adaptarse a una realidad ciertamente cambiante, puesto que el consumidor en la actualidad es cada vez menos impulsivo, dado que los consumidores *on line* tienden a utilizar el CE por cuanto le permite realizar operaciones comerciales en condiciones más favorables, obtener la información requerida para efectuar una operación comercial deseada; vale decir, cada vez sean menos impulsivos e independientemente de dónde realicen las operaciones de compra de un producto o servicio, buscan más información antes de concluir una operación definitiva, para lo cual utilizan la información en la Red en general y las RSI, en particular. Por otra parte, la utilización de las RSI potencia el intercambio de información entre pares, puesto que los propios consumidores, la cual en muchos casos resulta más confiable que la presentada por los

²² Al respecto, María EGUSQUIZA, *Condiciones Generales y Comercio Electrónico*. Publicado en “Internet y Comercio Electrónico” II y III Jornadas sobre Derecho e Informática. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. P. 25, 2002, estima refiriéndose a la legislación española, que el art. 7 de la Ley de Condiciones Generales: “...excluye la incorporación de las cláusulas que el adherente no ha tenido oportunidad de conocer de manera completa o las que sean ilegible, ambiguas u oscuras. Estos deberes son de necesaria observancia en la contratación vía web, adquiriendo un especial protagonismo la técnica, ya que las condiciones generales deberán presentarse de forma que quepa acceder a ellas de forma fácil. Así se opta por incluirlas en páginas subordinadas se deberán ubicar de manera que no resulte sorprendente y permita una localización sencilla, además deberán indicarse inequívocamente...”

vendedores, y en este ámbito las Redes Sociales toman una importancia destacada.

Las redes sociales han ganado un sitio relevante en la sociedad actual, habida cuenta de la posibilidad de interactuar entre las personas que las utilizan, así como la factibilidad de generar espacios de convivencia en los que pueden interactuar, socializar, trabajar o hacer negocios de forma colaborativa; su crecimiento ha sido tal que han tornado en principal medio de vinculación e información para muchos individuos en la sociedad actual. Los cambios determinados por la socialización de las comunidades virtuales, han creado una realidad en pleno desarrollo. Genaro Matute, et al²³, opinan que:

...las comunidades virtuales y las redes sociales han descubierto que los eventos reales son una herramienta excelente para generar un negocio a través de servicios de formación, patrocinio y comercialización de servicios de valor añadido, entre otros. Por ello, no se debe pensar en los medios digitales como algo extraño al negocio ya que, de alguna manera, es necesario estar conectados con ellos. También lo es el consumidor digital.

Las RSI, constituyen un espacio creado para intercambiar información, que se construye constantemente sobre la base de los aportes que los integrantes de la propia red realizan. De allí que la participación resulta un elemento esencial para la configuración y crecimiento de las redes. No obstante, también debemos considerar que estas redes sociales representan en primer término un sistema, una plataforma que permite a terceros generar contenidos o bien crear aplicaciones, integrándose en un entorno colaborativo y de intercambio.

El poder comunicativo de estas plataformas deviene del hecho que para una persona el intervenir en una red social empieza por hallar allí otras personas con quienes compartir sus intereses, preocupaciones o necesidades, lo cual rompe el aislamiento que caracteriza a muchas personas en las sociedades contemporáneas, bien por la imposibilidad de establecer lazos permanentes, o bien por el hecho de vivir en grandes conglomerados humanos, donde curiosamente, el ritmo acelerado de la vida, restringe las oportunidades para compartir y comunicarse efectivamente. Frente a esta realidad, las redes sociales ofrecen alternativas, toda vez que según Eucario Parra Castrillón²⁴:

23 Genaro MATUTE, Sergio CUERVO, Sandra SALAZAR y Blanca SANTOS, *Del consumidor convencional al consumidor digital: el caso de las tiendas por departamento*, Lima, Universidad ESAN, 2012, p. 34.

24 Eucario PARRA CASTRILLÓN, "Las Redes Sociales de Internet: también dentro de los hábitos de los estudiantes universitarios". Artículo publicado en la *Revista Tendencias*. Vol XI, N° 2. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Nariño, Pasto, 2010, Disponible en fuente electrónica en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3417235&orden=0. P. 198.

Estas redes son medios para la instantaneidad, la actuación en tiempo real, el deleite por superar las distancias, el encantamiento producido por tener de cerca en cualquier momento a los suyos. Estas redes emergen como una posibilidad para el establecimiento de relaciones sociales y contratos entre personas que comparten intereses y necesidades. O sea, Internet deja en escena canales para las necesidades de comunicación de los cibernautas, quienes pueden integrarse a comunidades especiales, fundar otras, ensancharlas y relacionarlas con ideales e identidades individuales y comunes.

La importancia de las RSI, no sólo debe verse entonces desde el punto de vista del indudable impacto que han tenido desde el punto de vista social, ni tampoco por el evidente éxito que ha tenido en cuanto a la masificación que se ha producido por el impactante número de usuarios que actualmente supera los 1.000 millones de personas, y la inmensa penetración de estos servicios, así como el hecho de que la mayoría de los usuarios de Internet utilizan las Redes Sociales. La impronta que las mismas han impreso debe además ser ponderada, por cuanto según José Antonio Redondo²⁵:

Estas cifras y esta inmensa velocidad de implantación no son más que la punta del iceberg de un movimiento cualitativo en los medios de mucho mayor calado: las personas son ahora las que crean los contenidos; los medios tradicionales y la publicidad convencional difuminan su influencia, y nos hallamos, posiblemente, ante la quinta y más importante revolución de los medios de comunicación de la historia.

El crecimiento exponencial en el número de usuarios de las RSI, aunado a factores esenciales tales como el desarrollo de redes informáticas cada vez más poderosas en cuanto a capacidad de transmisión y almacenamiento de la información, la convergencia de los servicios de comunicaciones que permiten integrar gran variedad de recursos para los usuarios; han generado un importante interés en cuanto a la posibilidad de su utilización con fines de naturaleza comercial, mediante la integración de negocios de alta rentabilidad y un alto grado de especialización, ha dado paso a una nueva e importante manifestación del CE, como es el denominado '*Social Commerce*' o CE mediante las RSI, que determina uno de los nuevos derroteros de la actividad comercial electrónica²⁶.

²⁵ *Op. Cit.* P. 12.

²⁶ Para Genaro Matute et al. 26, el tránsito hacia el CE mediante las Redes Sociales, puede apreciarse como una evolución dentro del CE, puesto que: "*Así como la presentación del portal es importante, también lo es la manera de interactuar con el consumidor, quien se encuentra en un proceso de integración con otros consumidores para formar círculos sociales y, en consecuencia, redes sociales. En este punto cobra importancia todo lo referido a los medios sociales (social media) para la segmentación del target objetivo*".

Usualmente las RSI, en sus inicios comenzaron únicamente como elementos para el contacto entre las personas por medios electrónicos, así como para el intercambio de información y generación de contenidos que, no obstante, no parecían tener muy definidos sus modelos de negocios (los servicios en la mayor parte de las RSI son gratuitos), que fueron generándose sobre la base de las posibilidades de su aplicación y generación sobre la base de dos factores claves, la propensión hacia las actividades de publicidad y mercadeo, y la susceptibilidad para generación de aplicaciones de comercio electrónico directo e indirecto. Las RSI por lo demás, permiten a los usuarios la utilización de herramientas y aplicaciones que facilitan la vinculación entre los participantes en las mismas, tales como blogs, chats, podcast, RSS, wikis, etc., los cuales propenden por una parte hacia la promoción de la vinculación socio-afectiva, así como la elevación de la eficiencia en actividades de trabajo como la gestión del conocimiento, resolución de problemas, innovación y generación de trabajo colaborativo entre los usuarios.

A) Las redes sociales desde el punto de vista del comercio electrónico

El crecimiento del uso de las RSI ha impactado positivamente el CE en Internet, especialmente para los modelos de negocios B2C, lo cual puede apreciarse desde el punto de vista de las ventajas que representa para los consumidores y para las empresas. Desde la perspectiva de los consumidores, el uso de las RSI se puede apreciar (especialmente para los usuarios más jóvenes), facilita el compartir opiniones y recomendaciones respecto de los productos, empresas, marcas, productos y proveedores en Internet. Esto ha modificado los hábitos de compra de los consumidores que suelen, antes de tomar una decisión de compra, consultar las opiniones y experiencias de otros consumidores, cuestión que se facilita sensiblemente mediante el uso de las RSI, toda vez que si bien es cierto que las principales páginas de CE contiene aplicaciones que permite intercambiar y valorar a los proveedores, la información proveniente de las redes es ponderada como más pertinente, mediante sistemas más interactivos, fluidos, informales y confiables.

La importancia de las RSI viene determinada, no sólo por el explosivo crecimiento del número de usuarios que ha presentado en los últimos años, ni en la diversidad de distintas Redes Sociales que han surgido, desde redes genéricas que promueven la interacción entre personas, como Facebook, Flickr, Orkut, Hi5, Google+ o Twitter, hasta redes especializadas dirigidas a un público específico, como redes profesionales como LinkedIn, o Fiction City, o bien redes verticales por tipo de actividad, que promueven una actividad particular como YouTube (videos), Twitter (microbloggin), Blaving (notas de voz), Pintertest (fotografía), etc. De allí que se generen oportunidades insospechadas para la segmentación y adaptación de las operaciones comerciales electrónicas a las

condiciones, gustos e intereses de los consumidores, con una particular relevancia desde el punto de vista de la publicidad y el mercadeo.

B) Ventajas que desde el punto de vista del comercio electrónico presentan las redes sociales

Desde el punto de vista de los empresarios que desarrollan sus actividades de CE mediante las redes sociales; éstas presentan toda una serie de beneficios, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

- A. Facilita la implementación de estrategias innovadoras de ‘márketing viral’ (boca a oído), las cuales permiten contar con una mayor segmentación y especialización, sobre nichos de mercado específicos, lo cual optimiza a su vez, la utilización de los recursos de mercadeo²⁷. No sólo constituye un canal extremadamente barato, sino que además es un canal particularmente confiable y que genera relaciones de confianza con los consumidores.
- B. Se constituyen en una fuente de información confiable, que desarrolla la retroalimentación similar a un ‘*focusgroup*’, respecto del diseño de los productos y servicios, sus funcionalidades, campañas publicitarias, etc. Permiten una valoración neutral sobre los productos y servicios de la empresa, aparte de conferir una valoración neutral, más confiable para el consumidor. De hecho, una de las tendencias que marca el desarrollo actual del ‘*Social Commerce*’, es precisamente, que los consumidores tienden a confiar más en la opinión de otros consumidores, vertidas en las RSI, que en las opiniones emitidas o promocionadas por las propias empresas que publicitan sus productos o servicios.
- C. Permite incrementar el tráfico hacia un determinado sitio web, con la particularidad de que permite optimizar la calidad del mismo, en virtud de su segmentación, garantizando un tráfico cualificado (la información se mueve directamente entre personas focalizadas que se mueven por intereses comunes), lo cual incrementa la efectividad y microsegmentación de los mercados, para orientar el tráfico especializado hacia el nicho de mercado meta específico deseado.
- D. Permiten el generar valor en las relaciones con los clientes. Pues permiten generar políticas de fidelización de los clientes, mediante de prácticas de mercadeo destinadas a establecer vínculos más próximos con la clientela (premios, descuentos, promociones, sensibilización).

²⁷ Existen plataformas virtuales que auxilian a los empresarios virtuales para optimizar el contenido de sus páginas web, con la finalidad de hacerlas más atractivas y efectivas, desde el punto de vista del mercadeo, tales como ‘*AdWords*’ y para obtener ingresos por los linkeos efectivos que se realicen, mediante la plataforma ‘*AdSense*’, ambas de Google.

- E. Aparte de lo anterior, resulta un elemento de particular utilidad para potenciar las actividades de servicio al cliente, puesto que permiten interactuar con los clientes y consumidores para atender sus necesidades, inquietudes y reclamos sobre los productos y servicios que se venden o prestan.
- F. Las RSI pueden servir de plataforma operativa para el CE²⁸. En la actualidad las redes sociales permiten a los usuarios comunicarse, chatear, postear sus opiniones, jugar, compartir fotos y videos (generar contenidos); pero la importancia cardinal que estas plataformas pueden tener para las empresas desde el punto de vista del CE radican en las oportunidades que pueden representar para la venta de contenidos relacionados con el entretenimiento (juegos, imágenes, videos, contenidos musicales en formatos digitales), así como materiales que permitan promocionar productos o servicios, o bien encontrar nuevos clientes, y sobre todo para fomentar las compras 'on line', mediante tiendas virtuales, para promover actividades de comercio electrónico directo o indirecto²⁹.

Queda claro entonces que resulta extremadamente útil y señala uno de los derroteros del CE hacia el futuro inmediato, la utilización de las RSI, por cuanto representa una prioridad indeclinable, aprovechar las herramientas que interactúan en la actualidad en el universo de la denominada 'web 2.0'³⁰, lo cual impone un esfuerzo de adaptación, así como la constitución de los marcos conceptuales y legales que permitan determinar las principales normas que puedan regular los diversos planos de relaciones que se pueden establecer.

C) Efectividad del comercio electrónico mediante las redes sociales: los casos *Facebook* y *Twitter*

Conviene precisar que en muchos casos cuesta entender cómo las RSI establecen su modelo de negocios, en virtud de que la mayor parte de ellas

28 Si por ejemplo, desde un sitio comercial electrónico se utiliza la plataforma 'Facebook Connect', esto le permitiría acceder a las cuentas en la red social *Facebook*, sin salir de la tienda virtual. De modo que cuando se inicia la sesión (log in), el sitio comercial tendría la información del perfil del usuario, la cual podría ser utilizada para remitirle información comercial personalizada, lo cual permite establecerla conforme sus gustos, lo cual a su vez, podría ser visto por la red de amigos del usuario particular. Otras redes sociales como 'MySpace' y 'Twitter', tienen funcionalidades similares.

29 Resulta preciso para este tipo de empresas, establecer dentro de sus términos y condiciones legales, la definición clara de políticas de privacidad, en cuanto a la permisión por parte de los clientes de recibir comunicaciones por parte la empresa, con la finalidad de que las comunicaciones que reciba no sean consideradas como 'Spam' o comunicaciones electrónicas no deseadas.

30 Este término está comúnmente asociado con las aplicaciones web que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario y la colaboración en la *World*

funcionan sobre la base de servicios gratuitos.³¹ Esta gratuidad de los servicios de las RSI, es posible gracias a que la mayor parte de sus ingresos provienen de la publicidad que presentan, y del desarrollo de aplicaciones que promocionan. La publicidad en Internet en general, y en las RSI en particular, han venido cobrando una particular relevancia en atención a la facilidad para llevar el mensaje de manera diversificada, ágil, versátil y personalizada respecto del consumidor meta al cual se pretende llegar. La publicidad en Internet ha despertado el interés por parte de los anunciantes, en atención a la penetración que los medios electrónicos tienen en la vida del ser humano hoy en día, la extensión de su uso, en el ámbito laboral, comercial, o recreativo; de modo que ha venido ganando notoriedad por su efectividad en relación a los medios de comunicación tradicionales. Incluso, es notable el hecho de que algunas de las empresas más exitosas en el ámbito del CE en Internet, en virtud de sus enfoques innovadores, han hecho de la publicidad su principal fuente de ingresos³².

La principal ventaja de la inserción de publicidad en RSI es que permite llegar a grupos segmentados de consumidores (macrosegmentación comercial), que se pueden agrupar conforme los productos o servicios que las mismas promocionan. Además, normalmente las mismas RSI, prestan servicios a los clientes (anunciantes), que les permiten realizar análisis demográficos y comerciales, que permiten orientar los esfuerzos publicitarios a los sectores o nichos de mercado destino específicos a los que pueden dirigir los esfuerzos de mercadeo, haciendo la inversión publicitaria más eficiente y controlada. Queda demostrado que la información sobre los consumidores, pasa a tener un valor fundamental en el ámbito del CE, puesto que devela los gustos intereses hábitos de los usuarios de las RSI, de allí el gran valor que poseen.

Por otra parte, conviene indicar que si bien las RSI no suelen cobrar a sus usuarios por el acceso a los servicios que prestan, más bien por el contrario, se

Wide Web, que son propios de la tecnología actual, y su orientación hacia la prestación de servicios en la web.

³¹ Sólo excepcionalmente, algunas RSI como *LinkedIn* reservan algunos servicios *Premium*, que poseen ciertas funcionalidades adicionales de mayor valor agregado, por las cuales cobran a algunos usuarios tarifas fijas adicionales.

³² Claro ejemplo de lo indicado es Google, el principal buscador en Internet, servicio de gran extensión y utilidad, que por lo demás es completamente gratuito, pero que incluye publicidad por medio de enlaces patrocinados, incluidos o no dentro de los patrones de búsqueda, pero que se relacionan con los factores o elementos incluidos en la búsqueda de información deseada. En otros servicios prestados gratuitamente por esa empresa, como es por ejemplo su servicio de correo electrónico (*Gmail*), establece en sus condiciones de uso, se indicaba que “los servicios se mantienen con los ingresos procedentes de la publicidad y pueden mostrar anuncios y promociones”, de donde queda claro que como contraprestación por la recepción de ese servicio, el usuario autorizaba el tratamiento de sus datos personales para recibir publicidad (de donde queda claro, que el usuario renuncia a parte de su confidencialidad, a cambio de que la información sea utilizada con fines comerciales, asumiendo por supuesto el uso ético y confidencial de la información obtenida por medios electrónicos por parte de Google).

estima que la publicidad que albergan dichas RSI configura una suerte de “contraprestación” por la facilitación que hacen de sus plataformas de comunicación, para que los usuarios realicen sus actividades de intercambio de información y contenidos.

Las RSI tienen importantes potencialidades desde el punto de vista del CE, pues poseen toda una serie de información de sus usuarios, que revelan por ejemplo, las actividades que éstos realizan, sus gustos e intereses (información que los usuarios han hecho públicas en su plataforma)³³, lo cual le permite incorporarla en los procesos comerciales, puesto que al colocar por ejemplo una etiqueta de “recomendación”, los usuarios comunicados con esa persona, pueden enterarse de esa información y ser influidos por dicha información. Si el usuario no restringe o impide, conforme las políticas de privacidad de la RSI el uso de dicha información por parte de esta empresa, la red podría compartirla, lo cual facilita la generación de perfiles de los usuarios que tienen gran interés desde el punto de vista comercial, pues permite dirigir los esfuerzos de mercadeo, más aun si consideramos las capacidades de crear grupos, foros de personas con gustos, intereses y hábitos de consumo similares.

Ahora bien, se debe distinguir los casos de dos de las RSI más importantes en la actualidad, como son *Facebook* y *Twitter*, que comprenden dos casos paradigmáticos en el desarrollo de estas plataformas de comunicación e interacción social. En efecto, en el caso de Facebook fue creada por un estudiante de la Universidad de Harvard, en el año 2004, concibiéndola originalmente como un álbum o anuario electrónico³⁴, de modo que se inició como una iniciativa de apoyo académico para grupos universitarios dentro de esa Universidad; posteriormente se extendió a otras universidades³⁵ con un éxito casi instantáneo. La idea es básicamente ser una plataforma para conseguir amigos, actualizar contactos y extender relaciones sociales. En la actualidad cuenta con más de 1000 millones de usuarios³⁶ y ha venido evolucionando, creando versiones en más de 20 idiomas, incorporando funcionalidades que permiten intercambio de contenidos, imágenes, videos de *Youtube*, blogs (notas), agregar enlaces de direcciones en Internet, participación en foros, eventos, juegos (como *Farmville*), creación de grupos o círculos sociales, entre otras funcionalidades propias de las denominadas herramientas propias de la web 2.0.

³³ Además, conviene precisar que los usuarios de las RSI al darse de alta, suministran información sobre su persona, lugar de residencia, nivel educativo y socioeconómico, gustos e intereses.

³⁴ Originalmente se llamaba ‘*Facemash*’, que venía a ser la versión creada para Harvard de la página “*HotOrNot*”, donde se ponderaba el atractivo físico de personas comparándolas con otras, que posteriormente cerró, creándose ‘*TheFacebook*’, que posteriormente evolucionó a ‘*Facebook*’.

³⁵ Como *Stanford*, *MIT*, *Yale* y *Columbia*, inicialmente.

³⁶ De esta cifra, destaca el hecho que al menos 300 millones de usuarios, utilizan sus servicios desde teléfonos móviles.

En el caso de la red 'Twitter', conviene precisar que se diferencia en su origen de las demás redes sociales (sus diferencias han implicado que algunos no la consideren en puridad como una red social), que salió a la palestra el año 2007. Se originó a partir de una idea muy simple que tuvo su creador, Jack Dorsey, quien propuso en una 'tormenta de ideas', la creación de un sistema que permitiera utilizar mensajes cortos como los mensajes de texto (SMS), para expresar a un grupo de personas qué estaban haciendo, para estar informados en un momento determinado. La metodología de esta red es simple, los usuarios se clasifican en receptores y emisores. Los emisores pueden enviar mensajes no superiores a 140 caracteres (*tweet*, similares a un mensaje corto de texto o SMS) a quienes han elegido seguirlos. Los receptores (*followers*), reciben esos mensajes, si bien también pueden convertirse en emisores.

La sencillez y tamaño reducido de los *tweets* hace que se le considere como una red de 'microblogging', que obliga a sintetizar el contenido de los mensajes³⁷. Su éxito estriba en lo multifacética y polivalente que resulta su plataforma, pues al contener mensajes de reducido tamaño, se ha favorecido su uso mediante los teléfonos móviles (los *tweets* comprenden aproximadamente 20 palabras), y permiten crear, integrar e intercambiar información, ideas, localización de personas y múltiples aplicaciones de forma casi inmediata, aparte de contar con un motor de búsqueda (existe *TwitterSearch*, un motor que posibilita búsquedas actualizadas en tiempo real, sobre todos los *tweets* que se elaboran en el mundo, así como el establecimiento de un ranking de los temas relevantes (*trendingtopics*). Se estima que 'Tweeter', cuenta en la actualidad con más de 200 millones de usuarios, generando 65 millones de *tweets* al día y maneja más de 800.000 peticiones de búsqueda diarias, según estimaciones de la BBC de Londres.

Otro de los elementos que representan una diferencia es que permite el uso del sistema mediante aplicaciones externas que son desarrolladas por terceros (*Übertwitter*, *TweetDeck*, etc.), en muchos casos diseñadas específicamente para computadores portátiles, teléfonos móviles, tabletas, etc. Otra diferencia es que la comunicación no es necesariamente recíproca entre los emisores y receptores, pues se puede seguir a cualquier persona, sobre la base de su fama, de los intereses del receptor, así como a empresas, celebridades, personalidades del ámbito político, etc., lo cual lo hace una herramienta muy efectiva para divulgar información de forma inmediata, así como para establecer relaciones con clientes, relacionados, amigos, etc., lo que le otorga una particular ductibilidad y flexibilidad.

³⁷ Daniel ESPARZA, *Cómo twittear y no morir en el intento*, Ediciones Grijalbo. Caracas, 2010, pp. 21-22, estima al respecto que: "...el tráfico de información en estas redes...hace que su uso se haya convertido en un arte que combina la ya vieja tradición del chat con nuevas tendencias de mercadeo, divulgación viral de la información, periodismo ciudadano, exposición en medios e incluso tradicionales formas de etiqueta, reeditadas y adaptadas a los medios actuales de circulación de la información".

Por otro lado, parece que las empresas han identificado las ventajas que les brinda el uso de las RSI, mediante el '*Social Commerce*', mediante la incorporación de algún tipo de funcionalidad social a sus canales informáticos. Dentro de estos canales, el preferido es sin duda *Facebook*, puesto que la mayoría de los denominados '*retailers*', prefieren utilizarla en virtud de las evidentes ventajas que provee. Si hacemos un análisis comparativo de las ventajas que brinda *Facebook* en relación con *Twitter*, debemos concluir que la primera brinda toda una serie de elementos que tienen que ver con la configuración misma de su estructura como Red Social.

En efecto, *Facebook* está construida sobre la base de "amigos" (personas con intereses, actividades, historia, relaciones y gustos en común), lo cual facilita el organizar, segmentar e identificar los gustos e intereses de los usuarios, cuáles son sus hábitos de consumo, los contenidos que prefieren y las actividades que prefieren realizar. En cambio *Twitter* es una red social en la que los usuarios se agrupan sobre la base de "seguidores", que son personas que se agrupan en torno a personas o instituciones a los que siguen y que son las que dictan las tendencias y generan los contenidos relevantes, de tal suerte que es mucho más difícil inferir cuáles son los posibles gustos e intereses de los usuarios, a partir de las personas que siguen, o de las listas en las que se encuentran incluidos. De donde resulta fácilmente comprensible que las posibilidades de *Facebook*, desde el punto de vista del CE son, a no dudarlo muy superiores a las de *Twitter* y otras redes de naturaleza similar, si bien es cierto que ambas redes sociales, al igual que muchas de las demás (especialmente las RSI temáticas, sobre fotografía, deportes, personas con discapacidad, etc.), poseen una gran potencialidad para desarrollar actividades de CE, para incrementar las actividades de mercadeo, para optimizar el servicio al cliente, y en fin para mejorar la presencia e interacción de las empresas en relación con sus clientes en Internet.

Por otra parte, *Facebook* ha desarrollado aplicaciones sencillas, pero poderosas desde el punto de vista comercial, puesto que en los procesos de navegación, se permite a los miembros de la red, demostrar su agrado o desagrado respecto de un determinado producto o servicio promocionado en ella, por medio del botón 'me gusta', que determina el agrado con dicho producto o servicio, lo cual a su vez se ve reflejado dentro de las actualizaciones en el perfil del usuario, que notifica a los amigos de este usuario acerca del agrado-desagrado con respecto a determinado producto o actividad, lo cual se convierte en viral entre las múltiples personas conectadas a esa misma red y que muy probablemente, tendrán gustos e intereses similares. De allí su utilidad, ductilidad y carácter especializado y muy económico. Aparte de lo anterior, *Facebook* ha desarrollado herramientas que permiten desde su propia plataforma efectuar operaciones comerciales de comercio electrónico directo, y toda una serie de convenios que permiten facilitar su plataforma para la realización de operaciones de adquisición de contenidos, juegos on line, suscripción a servicios informáticos y vinculación

directa con empresas mediante páginas especializadas dentro de la propia plataforma de esa Red Social.

VII. Factores legales que influyen en el comercio electrónico en redes sociales

Respecto al fundamento legal del CE, se debe considerar que si bien es cierto que en Venezuela, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no existe una regulación específica en materia de CE³⁸; también es cierto que existe una normativa que brinda un sustento conceptual-normativo a las operaciones comerciales electrónicas, como es la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), que otorga y reconoce eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, lo cual permite que las operaciones que se realicen en el CE sean consideradas plenamente equivalentes e igualmente válidas a las realizadas sobre soporte papel. De igual modo, la norma en cuestión determina la validez jurídica de la firma otorgada por medios electrónicos, lo que a su vez, permite la celebración de contratos por medios electrónicos.

En tal sentido se debe tomar en consideración que la normativa de la LMDFE, complementa la normativa civil y mercantil vigente en Venezuela. De igual modo, por tratarse de relaciones que vinculan empresas con los consumidores, se deberá cumplir las disposiciones de la Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LDPABYS), especialmente por tratarse en su mayoría de operaciones comerciales enmarcadas dentro de los modelos de negocios B2C³⁹. Dicha norma establece como obligaciones para los proveedores de bienes y servicios en tal modalidad comercial, la aplicar prácticas equitativas en el ámbito comercial y publicitario; evitar incurrir en prácticas engañosas, fraudulentas o discriminatorias; ofrecer la información más completa posible, accesible y en idioma castellano sobre los bienes o servicios prestados, y llevar un registro de las transacciones efectuadas, las cuales deben conservar por un

³⁸ Mariana SILVERA, “Repercusiones Internacionales del Comercio Electrónico: El Marco Legal del Comercio Electrónico en América Latina y la Necesidad de Armonizar la Normativa Aplicable”, *Revista de la Contratación Electrónica* N° 18. Edicíp, Cádiz, 2001, p. 7, considera que: “*las leyes latinoamericanas, y en especial aquellas que se encuentran plasmadas en los viejos códigos civiles y comerciales, no resultan ya propicias para el desarrollo del comercio electrónico*”.

³⁹ La Ley en referencia establece en su regulación, un Capítulo (el V), dedicado particularmente dedicado a las operaciones de comercio electrónico. El artículo 31 de la Ley en referencia define al comercio electrónico, como: “*cualquier forma de negocio, transacción comercial o intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de cualquier naturaleza. Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas, sin perjuicio de las leyes especiales*”.

plazo no menor a cinco (5) años. De igual modo deberán prestar garantía respecto de los servicios prestados, con la indicación clara de los términos de dicha garantía y el tiempo para el reembolso⁴⁰.

Por lo demás, conviene precisar que en las operaciones de CE, determinan la relevancia de las “condiciones y términos legales”, que deben establecerse, tanto dentro de las páginas web que realizan tradicionalmente las operaciones comerciales electrónicas (tiendas virtuales, páginas temáticas, centros comerciales virtuales, etc.), como dentro de la regulación específica de las propias RSI, que deben tomar en consideración, por una parte, factores como la privacidad de la información de carácter comercial y de carácter personal que cursará por las redes; la protección de la propiedad intelectual de los contenidos (propiedad industrial y derechos de autor); así como los mecanismos para la resolución de los conflictos que se puedan producir. De igual modo, se debe disciplinar por vía contractual las relaciones entre la página web en particular (tienda virtual, por ejemplo), con la red social de que se trate, con la finalidad de regular las relaciones comerciales de vínculos (*web linkagreements*), de tal suerte que se fijen con claridad las diversas estipulaciones contractuales que surjan a consecuencia del tráfico que curse entre dichos actores comerciales electrónicos, así como los demás asuntos que se presenten respecto de uso de marcas, tecnología y software aplicables, propiedad intelectual de los contenidos cursados, etc.

A continuación, se pasarán a considerar algunos de los principales factores, con relevancia desde el punto de vista jurídico que se deben considerar en cuanto a las RSI, en cuanto a plataforma para la realización de actividades de CE:

A) Seguridad

Es un lugar común el considerar que las operaciones comerciales reposan sobre un trípode, representado por la celeridad, el crédito y, sobre todo la seguridad. En efecto, el lograr la confiabilidad en cuanto a la seguridad de las operaciones realizadas, especialmente si se considera que se realizan entre personas no presentes físicamente y que en muchos casos ni siquiera se conocen propiamente en las RSI. Las operaciones en Internet son pasto fértil para la realización de fraudes informáticos⁴¹, en virtud de la relativa facilidad para

40 Artículo 40 de la Ley en referencia, establece: “La proveedora o proveedor de los servicios electrónicos deberá especificar las garantías que cubrirán la relación que surja entre este y la persona. El certificado de garantía debe estar expresado en idioma oficial, en forma clara, precisa y suficiente, en la que se establecerá todas las características y condiciones de la negociación, de lo que se va a garantizar y el tiempo del reembolso, de ser el caso, este no podrá ser mayor de treinta días”.

41 La Ley Especial contra Delitos Informáticos de Venezuela, consagra entre otros, al fraude informático, en su Artículo 14. De la siguiente manera: “El que, a través del uso indebido

suplantar la identidad de las personas, así como la posibilidad de que terceros no autorizados tengan acceso a las comunicaciones particulares. Es por ello que han surgido protocolos de seguridad, que han permitido brindar un mayor rango de seguridad a las operaciones comerciales electrónicas, como por ejemplo el *Secure Electronic Transaction*, que funciona sobre la base de la encriptación de la información, que permite la autenticación de la información y la emisión de certificados y firmas digitales. Los sistemas de seguridad en general, deben garantizar la autenticación respecto de la identidad del remitente del mensaje de datos (para evitar la suplantación de identidad); la integridad del mensaje, para garantizar que los mensajes sean recibidos sin alteraciones, ni modificaciones no autorizadas; la confidencialidad en la información, en el sentido de impedir el acceso de personas no autorizadas; el no repudio que asegura por una parte, que el emisor del mensaje no pueda negar el envío, y por la otra que el destinatario no niegue la recepción del mismo por tratarse de un mensaje electrónico.

B) Medios de pago

La evolución del uso de los medios de pago electrónico, han sido resumidos por Mariliana Rico⁴², así:

En sus inicios, la mayor parte de las compras realizadas en el comercio electrónico a través de Internet se pagaban contra reembolso, transferencias y luego con la tradicional tarjeta de crédito. Las numerosas reclamaciones de los titulares de las tarjetas por cargos en sus cuentas por operaciones que no habían sido realizadas por éstos pusieron de manifiesto la importancia de idear mecanismos de pago alternativos –a la vez que impulsaron la regulación en este ámbito- dando lugar al nacimiento de nuevos instrumentos de pago, tal es el caso del dinero efectivo electrónico. A pesar de los avances experimentados en el sector de los medios de pago en Internet, las tarjetas de crédito y débito siguen siendo en la actualidad los medios de pago de mayor uso a nivel de usuarios.

de tecnologías de información, valiéndose de cualquier manipulación en sistemas o cualquiera de sus componentes o en la data o información en ellos contenida, consiga insertar instrucciones falsas o fraudulentas que produzcan un resultado que permita obtener un provecho injusto en perjuicio ajeno, será penado con prisión de tres a siete años y multa de trescientas a setecientas unidades tributarias”. Igualmente se sanciona la obtención indebida de bienes o servicios, en su Artículo 15, así: “El que, sin autorización para portarlos, utilice una tarjeta inteligente ajena o instrumento destinado a los mismos fines, o el que utilice indebidamente tecnologías de información para requerir la obtención de cualquier efecto, bien o servicio o para proveer su pago sin erogar o asumir el compromiso de pago de la contraprestación debida, será castigado con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias”.

42 Mariliana RICO (Op. cit. <2012>, Pp. 69-70).

Dentro de los diferentes instrumentos de pago electrónicos que se utilizan en la actualidad en el ámbito del CE, comprenden –siguiendo a la autora en referencia- básicamente dos tendencias, la primera consiste en la electrificación (sustitución del soporte tradicional sobre papel), respecto de los medios de pago tradicionales, y en segundo lugar la aparición de nuevos sistemas, diseñados específicamente para operar en redes de comunicación, generados por medio de programas informáticos. En el primer caso encontramos por ejemplo a las letras de cambio, pagarés y cheques electrónicos⁴³, que precisan determinar la adaptación de las normas mercantiles tradicionales con la finalidad de cumplir con las formalidades requeridas y no alterar su naturaleza jurídica, conforme el principio de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos privados que rige en la materia. Dentro de los principales medios e instrumentos de pago electrónicos encontramos a las tarjetas electrónicas (tarjetas de débito, crédito, sintéticas, monederos electrónicos, tarjetas virtuales), los títulos valores electrónicos (cheques electrónicos, letras de cambio electrónicas y pagarés electrónicos). Igualmente existen créditos documentarios electrónicos y dinero efectivo electrónico⁴⁴. Es precisamente el éxito de la implementación de un sistema de pagos electrónico, uno de los factores cruciales para la masificación definitiva del CE⁴⁵, determinado por la confiabilidad y aceptación generalizada del pago electrónico⁴⁶.

43 Destaca Mariliana Rico, dentro de los problemas que suelen presentarse en cuanto a la emisión de títulos valores electrónicos es precisamente el de la emisión de la firma, que tradicionalmente se sustituye por la firma electrónica, como ha sido reconocido en la mayor parte de las legislaciones. No obstante, otro de los problemas que suelen suscitarse con los títulos valores electrónicos, en el momento de la transmisión electrónica de los mismos, es la dificultad de acreditar la posesión de los mismos: “...debido a la estrecha vinculación de este requisito con la tradicional soporte documental en papel, uno de los problemas más serios que pueden presentar en estos casos es la duplicidad del documento”. (Op. cit. <2012>, p. 71).

44 Entre los mecanismos más utilizados se encuentran las *smartcards*, *e-money*, *digital cash*, *cybermoney*, *cybercurrency* y *cyberpayments*.

45 Genaro MATUTE et al (op cit. P. 29), estiman al respecto que: “Se ha detectado que el eslabón más débil en una cadena virtual comercial de valor es la forma de pago, lo que se ha convertido en el mayor obstáculo, tanto técnico como psicológico, que debe ser vencido para que se produzca el despegue definitivo del comercio electrónico”.

46 La LDPABYS, establece en su Artículo 39, que: “A las personas se les deberá proporcionar mecanismos fáciles y seguros de pago, así como información acerca del nivel de seguridad de los mismos, indicando suficientemente las limitaciones al riesgo originado por el uso de sistemas de pago no autorizados o fraudulentos, así como medidas de reembolso o corresponsabilidad entre el proveedor y el emisor de tarjetas de débito, crédito o cualquier otro medio válido de pago. Los pagos por concepto de compras efectuadas a través de comercio electrónico serán reconocidos por parte de la proveedora o proveedor mediante facturas que se enviarán a la persona que compró, para su debido control por el mismo medio de la venta de manera inmediata. Las proveedoras o proveedores estarán obligados a mantener un registro electrónico con su respaldo de seguridad respectivo, por un lapso de cinco años o en su defecto durante el tiempo que establezcan las leyes respectivas, una vez realizada la compra”.

C) Protección de datos personales. Privacidad y derecho a la intimidad

Las RSI permiten que se hagan públicas informaciones que tradicionalmente tenían un carácter privado o reservado, desvaneciendo las barreras entre lo público y lo privado; lo cual plantea el problema acerca de a quién pertenece la información publicada, y cuál es el grado de protección que se le otorga a dicha información⁴⁷. Esto ha conducido a que las principales redes sociales establezcan “niveles de protección”, que permiten al usuario determinar qué tan pública o restringida debe ser la información publicada. Conviene precisar que la protección de los datos de carácter personal es un tema amplio y de gran relevancia en la materia, ya que los datos de carácter personal que circulan por las RSI, pueden ser obtenidos por terceros maliciosos que los pueden utilizar, a su vez para la comisión de delitos⁴⁸.

Resulta conveniente precisar que en Venezuela no existe una regulación general específica sobre la materia (excepto de la regulación parcial establecida en la Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en su artículo 37)⁴⁹, a pesar de que el principio de la protección de datos de carácter

47 Vicente DÍAZ GANDASEGUI, “Mitos y Realidades de las Redes Sociales”, *Revista Prisma Social* N° 6. Fundación para la Investigación Social Avanzada. Madrid, España. Disponible en fuente electrónica, en: <http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/numeros/6/secciones/tematica/07-mitos-realidades-redes-sociales.html>, 2011, estima que: “La información es al fin y al cabo la materia prima de la que se nutren las redes sociales. Las redes animan a sus consumidores a mostrar la mayor cantidad de información posible y añadir al mayor número de contactos, ofreciéndonos amigos/contactos/individuos a los que seguir que nos pueden ser de interés. A su vez, la información que aportamos en nuestro perfil puede servir para captar a nuevos participantes. La red se extiende así como una telaraña en la que se va captando información que es útil para la plataforma”. P. 15.

48 Existen multiplicidad de casos documentados en diversos países como España, Colombia, el Reino Unido, Nueva Zelanda, Estados Unidos y en Venezuela (por sólo mencionar algunos países), en que la información o el contacto, mediante el uso de las redes sociales, se ha utilizado para secuestros, extorsiones y otros gravísimos delitos, lo que ha llamado la atención de las autoridades gubernamentales, las comunidades y expertos, en el sentido de alertar acerca del tipo de información que se coloca en los perfiles, pues muchas personas hacen en las redes sociales una suerte de vitrina, donde colocan toda la información acerca de sus actividades, itinerarios, viajes, dónde estudian sus hijos, etc. Mención aparte merecen las herramientas contenidas en ciertas redes sociales, como por ejemplo Twitter, que permite por medio de sus aplicaciones diseñadas para teléfonos móviles, informar acerca de las coordenadas exactas de ubicación del usuario, por medio de GPS, lo cual facilita la comisión de delitos contra las personas, de los que puede ser víctima el usuario.

49 Artículo 37: “En las negociaciones electrónicas, la proveedora o el proveedor deberán garantizar a las personas la privacidad y la confidencialidad de los datos e información implicada en las transacciones realizadas, de forma tal que la información intercambiada no sea accesible para terceros no autorizados. Sin menoscabo de la privacidad y confidencialidad aquí establecida, la autoridad competente, podrá solicitar en el ejercicio de sus funciones, la información que considere necesaria y practicar las investigaciones correspondientes. La negativa al cumplimiento

personal tiene rango constitucional (artículos 28 y 60 C.N.), y que existe desde hace casi una década, un Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual no ha sido aprobada hasta el momento, lo cual afecta sin lugar a dudas el ejercicio efectivo de este derecho, así como la protección de los excesos que se puedan producir en nuestro país. Dependerá en gran medida, por un lado de la educación y prudencia de los usuarios por una parte, por la otra por la generación de mecanismos de confianza, desde el punto de vista tecnológico que filtren y permitan denunciar los abusos a estos derechos, y sobre todo que le permita al usuario controlar los niveles de protección de la información personal.

Por otra parte, como ya se ha indicado, es frecuente que en las RSI, los usuarios suministren voluntariamente datos de carácter personal (nombre, edad, sexo, correo electrónico, etc.)⁵⁰, más información adicional de carácter interpersonal (social), que comprende información sobre sus gustos, intereses, actividades, fotografías o hábitos de consumo, que puede llevar además a las conexiones sociales del consumidor (red de amistades). Esta información que tiene relevancia y valor desde el punto de vista comercial y publicitario innegable⁵¹, que es aprovechada por las propias RSI dentro de sus actividades publicitarias, pero que puede ser también accesible a terceros no autorizados, por medio de los programas de minería de datos (*data mining*), que le pueden sacar provecho de carácter comercial, pero que también puede ser utilizado con finalidades contrarias a la Ley, para la comisión de delitos, contra la personas, la propiedad, la intimidad o la protección de los niños y adolescentes.

Resulta a todas luces discutible, que aspectos tan sensibles como la protección de datos de carácter personal, el derecho a la intimidad y la protección de personas especialmente sensibles, quede solamente a la “autorregulación” de las RSI, en la definición de sus políticas de privacidad y términos de contratación, las cuales por lo demás, comúnmente están redactadas de forma compleja, hermética e inaccesible para el común de los usuarios, de donde resulta prioritario

de lo establecido en este artículo será sancionado de conformidad con lo previsto en la presente Ley”.

⁵⁰ Para ilustrar lo indicado, Facebook, en sus ‘Condiciones de Uso’, establece por defecto, la opción de utilizar nombre y foto del usuario en su perfil, con fines de naturaleza comercial, aunque permitiendo restringir los grados de privacidad. Dicha política establece: “*Nuestro objetivo es ofrecer anuncios que no sólo sean valiosos para los anunciantes, sino también para ti. Para lograrlo, aceptas lo siguiente: 1. Puedes utilizar tu configuración de privacidad para limitar cómo se pueden asociar tu nombre y fotografía de perfil al contenido comercial o patrocinado que ofrecemos. Nos das permiso para utilizar tu nombre y foto de perfil en conexión con ese contenido, de acuerdo con los límites que tú establezcas. 2. No proporcionamos tu contenido o información a anunciantes sin tu consentimiento*”.

⁵¹ En el ámbito de las RSI, se ha identificado la importancia de la denominada ‘publicidad social’ (*on line social advertising*) y la ‘publicidad basada en el comportamiento del usuario’ (*on line behavioural advertising*), la publicidad basada en segmentación por búsqueda de palabra clave, la basada en segmentación contextual, la basada en segmentación geográfica o la publicidad basada en *re-targeting*.

establecer normativas de carácter legal que resulten aplicables para la protección de los derechos de los consumidores, por una parte, y por la otra la obligación en la que están las RSI de establecer medidas que garanticen el derecho de los usuarios de estar informados acerca de los usos que se darán a sus datos personales. De igual modo se debe garantizar que los contenidos disponibles en las RSI no sean inadecuados para menores; ofrecer a los usuarios herramientas sencillas para gestionar su información y para denunciar la existencia de contenidos inapropiados e informar adecuadamente a los usuarios acerca de las implicaciones que su ingreso en esa red social puede tener para su privacidad.

VIII. Conclusiones

El CE comprende una manifestación de los cambios determinados por la Sociedad de la Información en el ámbito comercial, que ha cambiado radicalmente la forma de hacer negocios. Por su parte las RSI representan espacios para que las personas intercambien ideas, opiniones, contenidos, dentro de un ámbito telemático. Las redes sociales obedecen a las múltiples relaciones que se establecen entre los seres humanos, que tejen y entretejen sus relaciones, creando espacios de colaboración y apoyo. La trasposición de esta realidad en el ámbito de la Sociedad de la Información, ha llevado a desarrollar las denominadas RSI, que se han establecido sobre la premisa de las múltiples relaciones de los integrantes de las mismas, y las cuales constituyen ámbitos de intercambio de información que permiten interactuar con otras personas en un entorno abierto que se construye de forma colaborativa, mediante los aportes de los miembros de las mismas, y en las cuales se intercambian opiniones, deseos, contenidos de diversa índole. Estas RSI tienen una gran importancia desde el punto de vista del comercio electrónico, por cuanto por una parte constituyen espacios en los cuales las empresas pueden vincularse efectivamente con sus clientes, así como conocer sus deseos, intereses y opiniones respecto de los productos y servicios que ofrecen, así como optimizar las relaciones de servicio al cliente, y del denominado ‘mercadeo viral’; contando con la ventaja de una segmentación y personalización de los servicios adaptándolos a las necesidades específicas del cliente o usuario. Aparte de lo anterior, las RSI, poseen un enorme potencial para la vinculación de espacios comerciales electrónicos donde realizar operaciones de comercio electrónico directo o indirecto, que permitan vender contenidos digitales o bien productos físicos mediante la vinculación de las páginas de comercio electrónico (tiendas virtuales, portales, centros comerciales virtuales, etc.), con las RSI, con la finalidad de prestar servicios especializados y especialmente adaptados a las particulares necesidades de los consumidores.

La importancia que el CE tiene desde el punto de vista de los consumidores, reside en la posibilidad de efectuar operaciones comerciales electrónicas, mediante las RSI, en atención a su utilidad para la realización de operaciones

comerciales electrónicas, y la utilización en el ámbito de la publicidad. Por otra parte, la masificación en el uso de las RSI, permite la utilización de la información que los usuarios suministran, como elemento que permite desarrollar elementos que determinan la personalización de las actividades de mercadeo, sobre la base de los gustos, intereses condiciones y actividades que desarrollan las personas. No obstante, la utilización con fines comerciales de las RSI, plantea toda una serie de cuestionamientos respecto de la protección de los datos de carácter personal, la protección de los derechos de autor, la protección de los derechos de los niños y adolescentes, así como la factibilidad de que la información en cuestión pueda servir para la comisión de delitos.

Sin embargo, la vinculación de las RSI para actividades de comercio electrónico abre un amplio panorama en pleno desarrollo, que vislumbra un futuro amplio en oportunidades y que aunado a otras tendencias vinculadas con la convergencia tecnológica de los medios de comunicación, representada entre otras por las posibilidades de integrar estas redes sociales y otras manifestaciones de comercio electrónico con la telefonía móvil, con la computación móvil, el comercio mediante las 'tablets' y pc-tv o televisión con acceso a Internet; representarán nuevos horizontes fértiles para el desarrollo de nuevas oportunidades de desarrollo en el ámbito comercial.

Las redes sociales como espacios publicitarios: el papel de la autorregulación

David López Jiménez*

SUMARIO: I. Introducción. II. La evolución y adaptación de la publicidad a nuevos canales: de la Web 1.0 a la Web 2.0. III. La publicidad en las redes sociales. 1. La remisión de comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas en dicho escenario: el denominado *spam* social. 2. El *geomarketing*: dilema entre la publicidad y la privacidad. 3. La publicidad basada en el comportamiento del usuario en Internet como fundamento de posibles ofertas en la red social. 4. La necesaria salvaguarda de las marcas: *Facebook* y *Twitter* como paradigmas de referencia. IV. El supuesto concreto de los menores de edad e incapaces. V. La sugerente labor complementaria de la autorregulación. 1. Concepto y caracteres. 2. Más allá de la pura norma legal: la ética como eje central. 3. Algunas iniciativas destacables y posibles recomendaciones a considerar.

Resumen

Las redes sociales constituyen espacios de interacción en la Red que han alcanzado un protagonismo muy significativo. La utilidad que las mismas representan es visible en diferentes escenarios. Uno de ellos es el publicitario. Ahora bien, la actividad comercial desarrollada en tales plataformas debe necesariamente observar la normativa legal. Esta última, como veremos, se ve complementada en virtud de las reglas derivadas de la autorregulación de la industria.

Palabras clave: Ética. Norma legal. Publicidad. Redes Sociales.

Abstract

Social networks provide opportunities for interactions in Internet that have achieved a very significant role. The usefulness that they achieve is visible in different scenarios. One of them is the advertising. However, the commercial activity developed in such

Recibido: 13/1/2013 • Aceptado: 15/2/2013

* Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España) Profesor Investigador. Universidad Autónoma de Chile.

platforms must necessarily pay attention to the regulations. The latter, as we will see, are complemented by the rules derived from the self-regulation of the industry.

Keywords: Ethics. Legal Regulation. Advertising. Social Networks.

I. Introducción

Toda empresa que en la actualidad pretenda perdurar en el mercado competitivo global debe incorporar las nuevas tecnologías en su actividad cotidiana para estar permanentemente adecuada a las tendencias de venta, a través de los nuevos medios de comunicación y poder diseñar estrategias de *marketing* electrónico. Uno de los ámbitos en los que tal afirmación puede vislumbrarse es el de las redes sociales.

En efecto, como los datos empíricos ponen de manifiesto, el número de prestadores de servicios de la sociedad de la información que, precisamente, acceden a este medio de carácter colectivo con fines comerciales, es progresivamente mayor. En tal escenario social, dadas sus ventajas inherentes para los empresarios, se promocionan numerosos bienes y/o servicios. Naturalmente, los prestadores de servicios que recurren a las redes sociales para publicitar sus productos también fomentan su imagen comercial con la finalidad de captar la atención de los posibles destinatarios –usuarios de las redes sociales- nuevamente con el objetivo de que contraten los bienes y/o servicios de la misma. El uso de las redes sociales, por parte de los empresarios que recurren a las mismas, ostenta, insistimos, ciertas ventajas, pues comporta una actividad de contrastada eficacia comercial.

La actuación que comentamos, por parte de los empresarios, posibilita la fidelización de los consumidores y/o usuarios. En virtud de este aspecto, se pueden conocer, con cierta precisión, sus intereses y preferencias, lo que, naturalmente, es especialmente relevante a efectos comerciales.

Nos encontramos, por consiguiente, ante plataformas con un enorme potencial desde el punto de vista publicitario. Ahora bien, siendo tal consideración realmente positiva para el empresario, también puede comportar ciertos efectos negativos para el destinatario de tales actuaciones desarrolladas en la red social que no es sino el usuario de tales espacios sociales. Y es que, en efecto, debe tomarse conciencia, como en el presente artículo veremos, de que, con tales prácticas, en ocasiones puede vulnerarse la privacidad de los usuarios. Tal extremo resulta constatable en diversos supuestos a los que nos referiremos. Así, en primer lugar, en el ámbito de la remisión de comunicaciones comerciales electrónicas –*spam* social-, el *geomarketing* o geolocalización –que goza de un enorme potencial, en gran medida, gracias a los denominados *smartphones*- y la publicidad comportamental. Igualmente, debe repararse en que las actuaciones

empresariales pueden, en determinados supuestos, plantear problemas en relación con los derechos que se derivan de la propiedad industrial y, en concreto, las marcas. Resultan paradigmáticas las actuaciones desarrolladas, a este último respecto, por parte de dos populares redes sociales –*Facebook* y *Twitter*–.

Entre los colectivos que pueden verse afectados, por las prácticas publicitarias desarrolladas en las redes sociales, destaca el caso de los menores e incapaces, pues, como veremos, pueden ver comprometida su privacidad.

Toda la problemática que hemos enunciado, de manera somera, es objeto de regulación legal, si bien la misma parece no ser suficiente. Es por ello que la propia industria se ha autorregulado, complementando –que no sustituyendo– la normativa imperante sobre el particular. Las bondades de este último fenómeno son visibles en el ámbito promocional que se desarrolla en las redes sociales.

II. La evolución y adaptación de la publicidad a nuevos canales: de la Web 1.0 a la Web 2.0

La publicidad representa un fenómeno característico de la sociedad actual que ha incrementado, de manera considerable, su actual trascendencia social y económica y presumiblemente así acontecerá en el futuro. Constituye una actividad que desempeña un papel muy relevante. Así, entre otros aspectos, estimula el crecimiento y la innovación, impulsa la competitividad, combate los abusos de posición dominante, y amplía las posibilidades de elección del consumidor. Para cumplir esta importante misión, la publicidad debe disfrutar de un alto nivel de confianza por parte de este último. A tal fin, es necesario que la misma sea veraz, legal, honesta y leal. A estos fines contribuye, además de la ley, el fenómeno de la autorregulación de la industria.

La mala publicidad –que no cumpla todos o alguno de los mencionados caracteres– aunque represente una porción minúscula, respecto al conjunto total, irá socavando la confianza del consumidor y toda publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuencias. Por ello, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad en general esté regulada. Existen dos opciones, que no son excluyentes, sino complementarias, a saber: la ordenación normativa –o heterorregulación– y la autorregulación –o disciplina de la propia industria–.

Entre los diversos canales de comunicación en los que la publicidad se difunde, existe uno que recientemente está desmarcándose frente a todos los demás. Nos referimos a Internet. En efecto, la publicidad realizada en tal medio, por sus ventajas inherentes, está creciendo –y presumiblemente, pese a la crisis económica, lo continuará haciendo en el futuro– a un ritmo notablemente mayor que la transmitida en los demás soportes.

En este último sentido, debe señalarse que la irrupción de las nuevas tecnologías de marcado carácter social –*blogs*, *wikis*, *podcast*, redes sociales, etc.– ha determinado un alto grado de interconectividad entre los usuarios de

Internet, lo que, dicho sea de paso, les permite intercambiar todo tipo de opiniones sobre diferentes productos y experiencias con otras personas. La llegada de la Web 2.0 ha supuesto una revolución, pues el potencial usuario adquiere un nuevo papel dentro del soporte, ya que deja de ser un mero espectador de contenidos para ser el que elige, el que participa e, incluso, el que crea esos contenidos. En suma, la Web 2.0 es, respecto a la Web 1.0, más colaborativa, ya que permite a sus usuarios acceder y participar en la creación de un conocimiento ilimitado y, como consecuencia de esta interacción, se generan nuevas oportunidades de negocio para las empresas. La actividad colaborativa que comentamos se manifiesta tanto en la forma como en el contenido del servicio de que se trate –ya sea, en el ámbito de la Web 2.0, *blog*, red social o *wiki*-. En otras palabras, en virtud de las motivaciones personales que en cada caso concurren, el usuario podrá modificar tanto el contenido –añadiendo, cambiando o borrando información, así como asociando datos a la información existente- como la forma de presentar los datos que desee mostrar en su perfil. Todo cuanto planteamos ha sido visible en el campo publicitario, pues el paso de la Web 1.0 a la Web 2.0 ha supuesto una revolución sin precedentes.

III. La publicidad en las redes sociales

La publicidad es un instrumento competitivo, de los más significativos de la sociedad contemporánea, que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado. Es un claro ejemplo de información asimétrica. También ha de repararse en que la publicidad no sólo expone los caracteres de los productos y/o servicios, sino que va más allá. En efecto, se configura como un medio que transmite, inculca y exalta determinados valores y pautas de conducta estimados como la base común de la conciencia colectiva.

Tal actividad no solo es información –ni siquiera hoy tiene el máximo protagonismo-, sino que prima la persuasión. A través de esta última, el fenómeno publicitario presenta connotaciones de agresividad, dado que, en la actualidad, la competencia económica de los empresarios se realiza a través de la publicidad.

Una de las manifestaciones más significativas que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación han supuesto a nivel empresarial, se observa en la publicidad virtual. Para que esta última sea más eficaz y eficiente se han puesto en práctica novedosas técnicas (caracterizadas básicamente por su bajo coste, rapidez y capacidad de llegar a un alto número de usuarios) que tienen como finalidad captar la atención integral de los receptores. Puede a tal efecto afirmarse, siguiendo a cierto sector de la doctrina¹, que el sistema de promoción

¹ Antón AZLOR VILLA, “La estrategia en el e-business”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. 56, núm. 173, 2001, pp. 251-270; Mariola GARCÍA UCEDA, *Las claves de la publicidad*, Madrid, Esic, 2001; Rafael LÓPEZ LITA, *La publicidad local*, Castellón de la Plana, Publicaciones de la Universidad Jaime I, 2004.

tradicional ha perdido valor en beneficio del virtual. Todo ello es apreciable en el caso de las redes sociales.

El modelo de negocio de estas plataformas de índole colaborativo no puede basarse en la simple información que voluntariamente aportan los usuarios que han creado un determinado perfil. Con la excepción de ciertas redes sociales que cobran una pequeña cantidad pecuniaria por su uso -a título de ejemplo, la cuenta *premium* de la red profesional *LinkedIn*- la inmensa mayoría de las mismas presentan carácter gratuito. Cabe considerar que tal gratuidad es, en gran parte, posible a los ingresos que la plataforma social obtiene de la publicidad². En este sentido, cuando el usuario efectúa el registro en una concreta red social debe manifestar su consentimiento para ser receptor de promociones comerciales realizadas en tal plataforma³.

En estas plataformas colaborativas tendrá lugar lo que se conoce como publicidad *on-line* social. Esta última puede definirse como aquella en la que preferentemente se emplean los datos, de carácter muchas veces personal, que el usuario ha hecho constar en su perfil, al efectuar el registro, pero también sus contactos sociales, así como la información que se deriva de sus relaciones que se suscitan con otros usuarios. En otros términos, podríamos manifestar que esta interesante modalidad publicitaria se fundamenta, en gran parte, en las interacciones de un usuario que, no lo olvidemos, ha permitido mostrar y compartir⁴.

Ahora bien, en tales escenarios sociales, también acontecen ciertas actuaciones reprobables⁵ que pueden menoscabar, de manera relevante, la

² Así, debemos destacar que, en mayo de 2010, la red social *Facebook* llegó a convertirse en la primera plataforma de publicidad virtual en el Reino Unido. De hecho, difundió nada más y nada menos que 11800 millones de anuncios, o, lo que es lo mismo, un 33% más que el año anterior. Este gran incremento de carácter cuantitativo sobre todo obedece a la efectividad de la publicidad virtual en redes sociales frente a la publicidad virtual de corte tradicional, que, como los datos empíricos ponen de manifiesto, no siempre es bien recibida por sus destinatarios.

³ En este sentido, por ejemplo, las condiciones de uso de la conocida red social española Tuenti -muy popular entre el público adolescente- determinan que, al aceptar esas condiciones durante el proceso de alta, el usuario conoce y acepta que hay publicidad en el servicio, por lo que, en consecuencia, desde su perfil podrá acceder a publicidad que terceras empresas y profesionales contraten con esa plataforma social en cuestión. En cualquier caso, como puede colegirse, la circunstancia que comentamos, habrá de ponerse en conocimiento del usuario de la red social. En todo este orden de cuestiones, podríamos, en cierta medida, afirmar que, como contraprestación por el registro y uso de la red social, el usuario autoriza la recepción de publicidad.

⁴ Debe destacarse que la red social puede, de esta manera, utilizar la información relativa a determinados datos que el usuario de un concreto perfil hubiera hecho públicos -como, a título de ejemplo, compras y recomendaciones-, para incluirla, de un modo destacado, en la publicidad que se difunde entre otros usuarios que forman parte de su red de contactos -y, generalmente, son amigos del usuario en cuestión-. Así, con este tipo de actuaciones, se podrá extender, entre cierto colectivo, la promoción de determinados bienes y/o servicios.

⁵ Asimismo, sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos, debe considerarse que la resolución sobre redes sociales, de mediados de 2009, efectuada por la *Trans Atlantic Consumer Dialogue*, pone de manifiesto que los modelos de negocio de estas plataformas están, en gran

privacidad de los potenciales destinatarios. En efecto, en ocasiones, se recurren a técnicas que pueden afectar, de forma sensible, a esta última. Nos referimos a la remisión de comunicaciones comerciales no solicitadas –*spam social*–, el recurso a la geolocalización, así como la publicidad comportamental. Asimismo, las actuaciones comerciales desplegadas en la red social, por parte de determinadas empresas, pueden incidir sobre las marcas de otras compañías, por lo que deben acometerse las actuaciones pertinentes para garantizar la tutela de los derechos de propiedad industrial también en ese contexto.

1. La remisión de comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas en dicho escenario: el denominado *spam social*

Se entiende por *spam*⁶ toda aquella comunicación publicitaria no solicitada (que, normalmente, tiene como fin ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés de un determinado producto, servicio y/o empresa) que llegue tanto al buzón de correo electrónico -que, dicho sea de paso, representa uno de los instrumentos más utilizados de Internet- como a otros espacios diversos⁷. Otro de los caracteres más notables de tal práctica es la difusión masiva del mensaje publicitario que la comunicación incluye. Cuando el mismo tiene lugar en las redes sociales, como hemos adelantado, se denomina *spam social*, o *spamming 2.0* o, incluso, *Social Networking Spam*. Uno de los caracteres inherentes más significativos, como puede deducirse de la propia definición, es que, precisamente, acontece en el marco de la red social electrónica⁸.

A pesar de que hace unos años había quien pronosticaba un posible fracaso del *spam*, la realidad es otra, pues el recurso a semejante práctica comercial,

medida, fundamentados en la utilización de la información de los usuarios registrados de un modo no siempre transparente y donde, además, no se ha obtenido el consentimiento que legitime dicho uso.

⁶ Sobre este particular, puede verse David LÓPEZ JIMÉNEZ, “El valor del silencio en el ámbito del comercio electrónico: comunicaciones, productos y servicios no solicitados”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 71, 2009, pp. 105-126; David LÓPEZ JIMÉNEZ, y Francisco José MARTÍNEZ LÓPEZ, “Las comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas en el contexto comunitario: incidencia de la autorregulación”, *Cuadernos de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual*, núm. 60, 2010, pp. 97-137.

⁷ Así, por ejemplo, el *bluetooth*. En relación a este último, David LÓPEZ JIMÉNEZ, “El *bluetooth* como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 24, 2010, pp. 59-94.

⁸ Así, a título de ejemplo, cabe referirse al caso en el que en 2008 una persona fue multada por un juez estadounidense a pagar más de 873 millones de dólares –unos 697 millones de euros– por mandar, a través de la red social *Facebook*, correos electrónicos no solicitados relativos a temas de orientación sexual, ofertas no solicitadas de medicamentos y otros productos. La imposición de la multa se efectuó en virtud de la Ley de Control de Pornografía y Marketing No Solicitados -*Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act*-. La sanción no cabe duda de que tendrá un importante efecto disuasorio de cara a posibles infractores futuros de la norma mencionada.

claramente invasiva de la intimidad, cada vez es mayor. Las posibles razones que explican la extraordinaria proliferación de este tipo de mensajes son, entre otras, la falta de consenso internacional –traducida en un trato legislativo diferente o, incluso, inexistente-, posibilidad de llegar a un amplísimo número de potenciales clientes a los que los *spammers* no accederían de otro modo, facilidad en la utilización de recursos tecnológicos que ocultan la identidad de los remitentes y permiten realizar envíos masivos, y bajos costes.

Respecto a las desventajas que esta práctica genera, además de la importante vulneración de la privacidad, entre otras, cabe destacar: la molestia personal de recibir información no deseada ni solicitada; la posibilidad de que el sistema de correo electrónico quede saturado; el coste, económico y temporal, que supone la descarga de los mensajes electrónicos no solicitados; posibilidad que el contenido del mensaje sea fraudulento; e incluya programas de carácter malicioso.

Los Estados que decidan combatir legislativamente el *spam* deberán, previamente, decidir si optan por un sistema *opt-in* (consentimiento expreso o inclusión voluntaria) u *opt-out* (oposición explícita o exclusión voluntaria). El primero –*opt-in*–, únicamente permite el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubieran manifestado su consentimiento previo y específico. El sistema *opt-out* consiente realizar comunicaciones comerciales, salvo que el destinatario manifieste su rechazo. El sistema *opt-in* es el vigente en el escenario comunitario, mientras que el *opt-out* resulta imperante en el espacio estadounidense. Repárese en que la divergencia normativa existente entre Norteamérica y Europa suscita un importante incremento del uso del correo electrónico para la remisión de *spam*.

Por lo que a la Directiva sobre comercio electrónico se refiere, cabe destacar que deja a la decisión de cada Estado la posibilidad de admitir o no el *spam*. En el supuesto de que opte por su licitud habrá de establecer ciertos presupuestos. En este sentido, las comunicaciones comerciales electrónicas, lo que también es extensivo a las redes sociales, deberán estar identificadas como tales de manera clara e inequívoca. De igual modo, los anunciantes deberán informarse y respetar las listas *opt-out* para no remitir comunicaciones a los usuarios (en nuestro caso de redes sociales) que se hayan opuesto. También indicaba que las comunicaciones promocionales no deseadas no debían redundar en gastos complementarios para los usuarios.

A nivel español, el *spam* es objeto de prohibición en el art. 21^º de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico -LSSICE-. Resulta interesante incidir en que el art.

9 Tal precepto determina que “1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas; 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos

21 de la LSSICE no distingue, de manera clara, entre oferta de contrato y actividad publicitaria. En este sentido, debemos poner de relieve que las restricciones que afectan a la actividad publicitaria no han de considerarse extensivas a la oferta y contraoferta de contrato, pues, si así fuere, el comercio electrónico sería, según tal opinión, de imposible o muy compleja práctica. La regulación de las comunicaciones comerciales se asienta en un principio general: la exigencia del consentimiento del destinatario, si bien existen excepciones vinculadas, en todo caso, al cumplimiento de ciertos presupuestos que aseguran que se trate de un consentimiento extraordinario y que, incluso, en tal caso, se garantice la posibilidad de oposición del destinatario mediante un procedimiento sencillo y gratuito y la transparencia del mensaje.

Igualmente, hemos de insistir en el deber de identificar claramente la naturaleza publicitaria de las comunicaciones comerciales electrónicas –para que, entre otros extremos, no se confunda con la mera información-. Tal obligación resulta, qué duda cabe, plenamente aplicable a la publicidad difundida en redes sociales. Repárese en que, si un usuario medio no llegase a identificar un contenido como publicidad, podríamos encontrarnos ante un supuesto de publicidad encubierta regulado en el art. 26 de la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Los *spammers* pueden, asimismo, utilizar la información personal disponible en las redes sociales para recopilar direcciones de correo electrónico, de modo que, cuando envíen *spam*, parezca que se envía desde los contactos directos. En este sentido, debe precisarse que un correo electrónico recibido desde una dirección de un contacto, es mucho más probable que llegue a abrirse, pues parecerá, por decirlo en términos coloquiales, un correo “más fiable”. Además, el *spammer* recogerá información relativa a aficiones o intereses, con el fin de crear mensajes con temas de interés para el usuario, lo que, unido a que se recibe de un contacto, aumentará las posibilidades de que el usuario abra ese correo malicioso y que el *malware* que, en su caso, contenga, se active.

Ahora bien, si se remitiera insistentemente *spam*, lo que también alcanza al caso concreto de las redes sociales, concurriendo la oposición del destinatario, tal práctica podría ser reputada desleal. En efecto, a tenor del art. 29.2 de la LCD, “se reputa desleal realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual”.

o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

2. El *geomarketing*: dilema entre la publicidad y la privacidad

Una novedosa técnica publicitaria respecto a los medios móviles es la denominada geolocalización o georeferenciación –o, en el lenguaje anglosajón, *location based services*- a la que, pese a su limitado uso actual, se augura –en el medio plazo- una enorme proyección y potencial de crecimiento. Constituye un servicio cuya funcionalidad básica estriba en localizar la ubicación espacio-temporal de un determinado dispositivo móvil. De esta manera, es posible, cuando se efectúa el acceso a algún sitio Web, captar información sobre los movimientos del usuario, así como sus requerimientos, con el fin de rediseñar la oferta comercial.

Este aspecto, *a priori*, supone ventajas tanto para el propio usuario como para las empresas a las que las comunicaciones comerciales aludirán. Por lo que a los usuarios se refiere, podrán recibir mensajes personalizados sobre bienes y/o servicios cercanos al lugar en el que en cada momento se encuentren, que puedan ser de su interés. Respecto a las empresas que empleen esta técnica, cabe decir que existe la posibilidad de que la promoción, dada la elevada personalización y segmentación, obtenga una importante eficacia. Se trata, en definitiva, de asociar lugares –así, por ejemplo, museos, restaurantes, parques, oficinas, cines, etc.- del mundo real con la situación espacio-temporal de los usuarios, utilizando, como plataforma que virtualmente conecte ambos agentes, la red social.

Además de las ventajas mencionadas, existen inconvenientes vinculados, en gran medida, a la posible violación de la privacidad de los usuarios de los dispositivos móviles. En efecto, si el simple uso de Internet implica riesgos, a efectos de privacidad, la puesta en práctica de algunas técnicas publicitarias, como las que analizamos –geolocalización-, van más allá, dado que permiten identificar al usuario, individualizarlo e, incluso, hacerle un seguimiento personal. En este sentido, en opinión de ciertos autores, en los dispositivos móviles pueden instalarse mecanismos electrónicos susceptibles de monitorizar el comportamiento –como las *cookies*¹⁰- lo que, unido a la geolocalización del usuario, permitiría su identificación completa. Aunque fue un servicio ofrecido originariamente por varios sitios Web –como *Foursquare*, *Gowalla*, *Brightkite* y *Loopt*-, lo cierto es que inicialmente su uso no se consolidó, tendencia que parece haber cambiado con las redes sociales, dado que representa una prestación muy aceptada por parte del público usuario de las mismas. En este sentido, algunas de ellas, como *Twitter*, *Foursquare* y *Facebook*, ya recurren a esta novedosa técnica publicitaria, mientras que otras se plantean hacerlo en el futuro inmediato.

¹⁰ Sobre esta cuestión David LÓPEZ JIMÉNEZ, “Las cookies como instrumento para la monitorización del usuario en la Red: la publicidad personalizada”, *Revista de Ciencias Económicas*, Vol. 29, núm. 2, 2011, pp. 175-190.

Dado que los datos expuestos en los perfiles de las redes sociales pueden comportar, en numerosas ocasiones, problemas de privacidad para sus titulares, de manera acertada, los criterios de configuración de las mismas optan por conceder al servicio de geolocalización un elevado nivel de protección de la privacidad. Es lo que, con carácter general, se ha denominado, por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos, intimidad mediante el diseño. De esta manera, suele estar desactivado, por defecto, por lo que para activarlo deberá operarse voluntariamente su puesta en práctica.

A tenor del art. 3 de la Directiva comunitaria 2002/58/CE, la misma resulta aplicable al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en las redes públicas de comunicaciones de la Comunidad. En aplicación de lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva europea 95/46/CE, la legislación nacional aplicable es la del Estado miembro en que esté establecido el responsable del tratamiento. Esta disposición supone que, dentro de la Comunidad Europea, el tratamiento de los datos de localización está sujeto a la normativa nacional del Estado miembro en el que esté establecido el responsable del tratamiento y no a la del Estado miembro del que sea nacional el interesado. En el supuesto que el responsable del tratamiento –el proveedor del servicio con valor añadido- no esté establecido en un Estado miembro, los datos de localización únicamente podrán transferirse del operador de comunicaciones electrónicas al responsable del tratamiento en las condiciones determinadas en el capítulo IV de la citada Directiva 95/46/CE relativo a la transferencia de datos personales a países terceros. Para evitar que tales prácticas electrónicas vulneren, de forma flagrante, la normativa imperante en materia de protección de datos de carácter personal, es preceptivo que el afectado otorgue su consentimiento y sea informado de las condiciones de dicho tratamiento –art. 9 de la Directiva 2002/58-. Tal declaración de voluntad deberá realizarse de manera libre, específica, informada e inequívoca.

De acuerdo con la Directiva 2002/58/CE –Considerando 35-, en los casos en que los usuarios hayan dado su consentimiento, éstos deben contar con un procedimiento sencillo y gratuito de impedir temporalmente el tratamiento de los datos sobre localización. El reconocimiento permanente del derecho a oponerse al tratamiento de los datos de localización es esencial teniendo en cuenta el carácter especialmente sensible de los mismos.

3. La publicidad basada en el comportamiento del usuario en Internet como fundamento de posibles ofertas en la red social

Los datos de carácter personal en la actualidad tienen un extraordinario valor. En este sentido, los perfiles constituidos se compran y se venden a un precio nada desdeñable y, lo peor de todo, se trata de una actividad invasiva de nuestra intimidad, pues, en muchas ocasiones, no habrá resultado, en absoluto,

conocida ni, mucho menos, consentida. De hecho, existen numerosos mecanismos tecnológicos ideados para tal fin cuales, entre otros, son, las *cookies*, troyanos, *spyware* y *web bugs*¹¹. En segundo término, además de los métodos de rastreo mencionados, procede referirse a la configuración del equipo –resolución de pantalla, idioma, colores, sistema operativo, navegador, versión del mismo, y un largo etcétera- que se conecte a Internet que, sin recurrir a las prácticas anteriores, por sí mismo, revela cuantiosos datos personales.

Estas aplicaciones y otras similares pretenden monitorizar nuestro comportamiento en la Red¹². Obviamente, cuanto mayor sea el tiempo que estemos conectados, más elevado será el volumen de información de carácter personal que tales instrumentos recopilen. Las conexiones dejan huella que, junto los datos obtenidos por tales técnicas, pueden llegar a identificarnos, vulnerando, de este modo, nuestra privacidad¹³.

El potencial de esta información es enorme, desde la perspectiva del marketing, incluyendo el caso de las redes sociales, pues con la misma se podrán ofrecer productos o servicios adicionales, sean propios –venta cruzada- o de terceros –productos complementarios- remitir correos electrónicos, lo más personalizados posibles sobre bienes y/o servicios que pudieran, o debieran, interesar a su destinatario¹⁴, redireccionamiento de la publicidad o *retargeting*-dirigido a los usuarios que visitaron una tienda virtual (pero que no compraron nada), animándoles a regresar por medio de publicidad segmentada en los sitios Web que visiten posteriormente-, etc. En definitiva, un elenco de posibilidades realmente amplio para los prestadores de servicios que enlazan con la denominada publicidad comportamental. En el caso concreto de España, no existe normativa específica sobre publicidad comportamental. Es decir, por ahora, no existen leyes que determinen expresamente qué es legal o qué no lo es en la publicidad comportamental. En efecto, la inexistencia de una regulación explícita sobre el uso y empleo de técnicas de publicidad comportamental hace necesario que nos remitamos a normas de tipo general que regulan la problemática emergente derivado del empleo de estas sugerentes herramientas.

11 Para ampliar esta información, véase David LÓPEZ JIMÉNEZ, “Privacidad y seguridad en el comercio electrónico: nuevos retos y desafíos”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 52, 2009, pp. 139-197.

12 Esta materia, con carácter general, es objeto de amplio examen en David LÓPEZ JIMÉNEZ y Francisco José MARTÍNEZ LÓPEZ, “Nuevas coordenadas en el ámbito de la Web 2.0: el caso de la publicidad comportamental”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales de la Universidad de Extremadura*, núm. 22, 2010, pp. 99- 134.

13 David LÓPEZ JIMÉNEZ, “La publicidad basada en la navegación efectuada en Internet: la privacidad en tela de juicio”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, 2010, pp. 36-42; David LÓPEZ JIMÉNEZ, “Libertad comercial y privacidad jurídica: un difícil equilibrio en la red”, *Encuentros Multidisciplinares*, 2011, núm. 38, pp. 59-69.

14 Como es obvio, los usuarios de la red social prestarán una mayor atención y receptividad a aquellas promociones virtuales que encajen con sus intereses o gustos.

Las técnicas aludidas de monitorización del comportamiento se emplean, como ya hemos adelantado, con fines publicitarios también en las redes sociales¹⁵. En otras palabras, la publicidad virtual basada en el comportamiento se fundamenta en el seguimiento continuo de ciertos usuarios de las redes, sobre la base de su navegación y visitas a determinados sitios Web. Tal control se opera por medio de las *cookies* de rastreo –*tracking cookies*- que recopilan información sobre el comportamiento de navegación de los individuos para ofrecer anuncios personalizados en la propia red social, lo que, obviamente, puede aumentar sensiblemente la eficacia de la campaña. Estas actuaciones pueden suponer violaciones de la privacidad. Por ello, el Grupo de Trabajo de Protección de Datos del Artículo 29, en un reciente dictamen –Dictamen 2/2010, de 22 de junio, sobre publicidad comportamental en línea-, entiende que, aunque se trata de prácticas que pueden aportar notables ventajas a la industria –y eventualmente a los usuarios-, comprometen la privacidad. Asimismo, el dictamen determina que antes de recurrir a este tipo de actuaciones, es preceptivo contar con el consentimiento previo del usuario. Y, todo ello, con independencia de que las *cookies* recaben o no datos de carácter personal, en cuyo caso sería aplicable la Directiva comunitaria 95/46/CE de protección de datos. Como puede deducirse del mencionado dictamen, uno de los conceptos nucleares es, qué duda cabe, el de la transparencia. En ese sentido, no se puede estimar, en modo alguno, apropiado el consentimiento que se haya obtenido en base a ciertas técnicas como, entre otras, es el caso de los sistemas de exclusión voluntaria, u otras diversas como la configuración del navegador en la Red. Sería, a este respecto, recomendable que se informase, de forma sencilla, sobre lo que suponen las *cookies*, pero que, con carácter complementario, se definan ciertos parámetros de privacidad por defecto.

Por ello, lo más adecuado, para evitar tales infracciones de la privacidad, sería exigir, por ley y/o en virtud de la autorregulación, que, cuando se hiciera uso de tales técnicas –con carácter general y en el supuesto de las redes sociales en particular-, se informará, como hemos dicho previamente, explícitamente al consumidor –usuario de la red social que cuente con un perfil- de tal extremo, a través de diversas medidas que son complementarias entre sí. A tal efecto, podría exhibirse un icono interactivo suficientemente representativo –como se hizo en la industria norteamericana– así como indicar, antes de acceder a un sitio Web que hiciera uso de tal técnica –incluyendo la propia plataforma social–, que el usuario va a acceder a “publicidad basada en el comportamiento”.

¹⁵ Igualmente, otros prestadores de servicios pueden, a su vez, beneficiarse de cuanto comentamos. En efecto, hace relativamente poco se registró una patente de *Microsoft* para un sistema dirigido a escanear nuestros *posts* o comentarios efectuados en la popular red social *Facebook*, pero también en otras redes sociales diversas, deduciendo, de tales resultados, nuestro estado de ánimo, intereses e incluso nuestra inteligencia para ofrecernos mejores ofertas de carácter publicitario ajustadas a ese momento.

También, con carácter adicional, podría desplegarse una ventana emergente que informase sobre lo que tal práctica representa, a efectos de limitaciones de la privacidad, para el usuario de la red social en cuestión: el consumidor y/o usuario.

Al hilo de cuanto planteamos, los *Good Practice Principles for Online Behavioural Advertising* del IAB con sede en el Reino Unido determinan que sus miembros –es decir, redes de publicidad *on-line* que actúan en el mencionado país- deben informar, de manera clara e inequívoca, a los usuarios que están recopilando datos con la finalidad de mostrar publicidad basada en el comportamiento. Aunque no establece de qué manera debe facilitarse dicha información, sí que enumera unas recomendaciones sobre la forma de efectuarlo. En las mismas se indica que dicha información podrá constar bien en el sitio Web de la red de publicidad bien en su política de privacidad.

4. La necesaria salvaguarda de las marcas: Facebook y Twitter como paradigmas de referencia

Cabe referirse, a continuación, a las cuestiones que pueden plantearse respecto a ciertos usos no autorizados de las marcas en tales escenarios¹⁶. De igual modo, aludiremos a las iniciativas acometidas, en virtud del fenómeno de la autorregulación, por cada una de las redes sociales, para, en cierta medida, proteger los derechos de propiedad intelectual. Debemos anticipar que nos detendremos en dos redes sociales que, en la actualidad, constituyen dos paradigmas de referencia en el plano internacional. Se trata, por un lado, de *Facebook* y, por otro, de *Twitter*.

En *Facebook*, desde junio de 2009, funcionan los localizadores uniformes de recursos personalizados –URL¹⁷-. En virtud de los mismos, los usuarios pueden tener un identificador o nombre de usuario único. Esta novedosa herramienta, puesta en práctica por la mencionada red social, *a priori*, planteaba ciertos riesgos para los titulares de las marcas, dado que existía la posibilidad de que los usuarios que se registraban¹⁸ optaran por inscribirse haciendo uso de una marca protegida. Ante la existencia de tal eventualidad, *Facebook* concedió a los derechohabientes un periodo de tiempo durante el que podrían registrar sus marcas como “*Facebook* URL” con carácter previo a que el público pudiera registrar su nombre de usuario único. Actualmente, un creciente número de empresas ostentan un URL personalizado en la mencionada red social. En virtud del mismo, pueden comunicarse con sus clientes, actuales y potenciales,

¹⁶ Con carácter general, para una amplia visión de esta materia, David LÓPEZ JIMÉNEZ, “Prácticas publicitarias electrónicas eventualmente vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, *La Notaría*, núm. 59-60, 2008, pp. 73-97.

¹⁷ URL significa *Uniform Resource Locator*, o, lo que es lo mismo, Localización Uniforme de Recursos, que representa la dirección de localización del sitio *Web*.

¹⁸ Debe destacarse que no pueden registrarse nombres genéricos.

registrados en *Facebook*. Teniendo en consideración el riesgo real que existe de que se efectúe un uso no autorizado de las marcas en tal red, puede generarse confusión entre los usuarios. Por ello, la red social que comentamos, ha puesto en marcha un procedimiento telemático en virtud del cual, los titulares de marcas pueden advertir a *Facebook* que un usuario emplea como identificador único una marca registrada¹⁹. Si tal extremo resulta acreditado, se eliminará el perfil infractor²⁰. Al hilo de cuanto analizamos, debe advertirse que, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de los nombres de dominio, los nombres de usuario de *Facebook* no resultan transferibles. De esta manera, se evita un elevado número de registros de mala fe por terceros que no son titulares de ciertas marcas.

Por lo que a *Twitter* respecta, que se caracteriza por el hecho que cada mensaje presenta una longitud máxima de 140 caracteres, también pueden suscitarse problemas vinculados en materia de propiedad intelectual. En efecto, en la práctica, algunos perfiles creados en dicha red social pueden ser susceptibles de generar cierta confusión sobre el uso no autorizado de determinadas marcas. Para hacer frente a este tipo de prácticas, *Twitter*, del mismo modo que *Facebook*, ha puesto en marcha un procedimiento al efecto. En virtud del mismo, los perfiles que incurran en dicha infracción serán desactivados. Debe hacerse notar que cuando el perfil del usuario pueda confundir a los usuarios, pero no pretenda hacerse pasar por la marca, el titular legítimo podrá notificárselo al usuario de la cuenta. Repárese en que la reputación de la marca podría verse afectada en el supuesto de que los mensajes fueran de mal gusto o contengan información de carácter inexacto. Finalmente, debe advertirse que *Twitter* ha sido demandada en, al menos, dos ocasiones por vulneración de los derechos de propiedad intelectual²¹. Sin embargo, en ambos casos, las demandas se retiraron voluntariamente por los demandantes.

¹⁹ Ahora bien, para que se pueda notificar una presunta infracción, es necesario que exista un número de registro de marca. Además, en el formulario telemático para presentar la reclamación, parece observable una cierta preferencia por los números de registro de los Estados Unidos. Por ello, podrían suscitarse dudas sobre si el procedimiento es adecuado para resolver, de manera adecuada, las reclamaciones de titulares de marcas que no cuenten con un registro, al efecto, en los Estados Unidos.

²⁰ En este sentido, *Facebook* determina que los nombres de usuarios eliminados no estarán disponibles para su uso posterior por parte de otros.

²¹ Se trata, por un lado, del asunto de *La Russa* contra *Twitter Inc.*, presentado ante el Tribunal Federal del Distrito Norte de California, cuyo demandante era un administrador de equipos de béisbol de los Estados Unidos de América. Y, por otro, de la demanda presentada por *Oneok Inc.* contra *Twitter Inc.* En este caso, se trataba de una empresa distribuidora de gas natural que demandó a *Twitter* por permitir que un tercero adoptara su marca, ONEOK, como nombre de usuario. Este asunto se planteó ante el Tribunal Federal del Distrito Norte de Oklahoma.

IV. El supuesto concreto de los menores de edad e incapaces

La progresiva importancia de estos espacios sociales electrónicos, como son las redes sociales, no está exenta, como hemos visto, de riesgos o posibles ataques malintencionados. Estamos, en este sentido, presentes ante una preocupación de las organizaciones, nacionales, europeas e internacionales, con competencias en las materias afectadas por el uso de las redes comentadas, que han impulsado la elaboración de normas y recomendaciones para garantizar el acceso seguro de todos los usuarios, con especial atención de menores de edad e incapaces, a estos nuevos instrumentos virtuales de interacción.

Según el art. 13 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica española 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal –LOPD- solo “podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”. No cabe duda que el registro en la red social implica que el usuario aporte datos de carácter personal, por lo que, en consecuencia, es imprescindible que el consentimiento provenga de una persona que tenga capacidad de obrar suficiente.

De igual modo, cuando los servicios de redes sociales vayan a registrar datos de los menores de edad deben de referirse a la información prevista en el art. 5 de la LOPD de una manera especialmente comprensible –art. 13.3 del Reglamento de la LOPD-. Aunque las redes sociales, durante un lapso temporal, requieran, para la creación de un perfil, completar la edad del titular de los datos, no establecían ninguna medida para la verificación de ésta. En cualquier caso, el art. 13.4 de la LOPD obliga al responsable del tratamiento a articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado, de manera efectiva, la edad del menor y, en su caso, la autenticidad del consentimiento prestado por los padres, tutores o representantes legales. En consecuencia, es necesario que se establezcan medidas que permitan el control de la edad o del consentimiento de los padres o tutores, si bien debería evitarse un tratamiento masivo de datos identificativos por los servicios de redes sociales –que podría dar lugar a un problema mayor-. A este respecto, el Dictamen 5/2009, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, sobre las redes sociales en línea, enuncia un elenco de directrices relativas a los tratamientos de datos personales de menores, por parte de las redes sociales, como: no pedir datos sensibles en el formulario de registro; no realizar comercialización directa destinada, de forma específica, a los menores; establecimiento de grados adecuados de separación lógica entre las comunidades de niños y de adultos.

Las redes sociales tienen, por consiguiente, la obligación de disponer de medios tecnológicos que garanticen la identificación de edad de los usuarios. Nos encontramos ante una cuestión realmente importante que, con relativa

frecuencia, se plantea en la práctica. De hecho, en este sentido, la AEPD ha tenido la ocasión de condenar, en diferentes procedimientos sancionadores, la falta de diligencia en la comprobación de la identificación de un menor que se registró en un determinado sitio Web, siendo sus datos empleados para remitirle publicidad.

Debe advertirse que los avances que las redes sociales y las plataformas colaborativas suponen, están modificando las prácticas comerciales, redefiniendo, de esta manera, la forma electrónica de ofertar bienes y servicios, a través de la publicidad hipercontextualizada, según los perfiles de usuario –en el que debe considerarse tanto el mayor como el menor de edad-, diversificando el mercado y creando nuevos canales de comunicación.

La información intercambiada entre los contactos, en estos sitios Web, suele explotarse con fines publicitarios –por ejemplo, la función “Me gusta” de *Facebook* supone la difusión a la lista de contactos de un evento, una empresa, un producto o una marca seleccionada que haya sido previamente marcado, con tal calificativo, por un determinado usuario²²-. En otras palabras, las redes sociales se han erigido en una poderosa herramienta de *marketing* para las empresas, a la hora de promocionar sus productos y servicios, ganando cada vez más terreno. Respecto a los caracteres de las redes sociales, que son valoradas por los anunciantes, podemos enunciar: la gratuidad del servicio, el rápido y exponencial crecimiento del número de usuarios, su extraordinaria revalorización económica, la facilidad de uso y la puesta a disposición de funcionalidades que permiten la interacción entre los usuarios.

Las disposiciones legales aprobadas en España para asegurar la protección integral de la privacidad de los menores de edad –lo que, naturalmente, incluye el supuesto de las redes sociales- son exigibles sólo a escala nacional. *A sensu contrario*, la aplicación de la normativa española no podrá reivindicarse ni en el espacio comunitario ni el internacional, pues no debe olvidarse que la ley únicamente desplegará eficacia en el espacio territorial para el que ha sido concebida. Uno de los mayores obstáculos que precisamente se presentan para conseguir una efectiva garantía y tutela de la privacidad, es la falta de instrumentos jurídicos que afirmen la extraterritorialidad de las conductas ilícitas de tratamiento informatizado de la información en relación con las que el territorio físico no tiene trascendencia alguna. Esta última precisión es especialmente relevante en el ámbito de las redes sociales. En todo caso, algunas, como Tuenti –con notable implantación en el público menor de edad-, al ser españolas, están sometidas a la actual legislación en materia de protección de datos. Pero, la

22 De esta manera, la red social en cuestión podrá remitir a los contactos de ese usuario –popularmente conocido como amigos- una actualización de su estado, informando de la aprobación de un determinado bien y/o servicio o de un anuncio concreto. Podría, en cierta medida, manifestarse que el usuario se estaría erigiendo, sin, por supuesto, saberlo o ser consciente, en una suerte de prescriptor involuntario del bien y/o servicio o empresa con la que ha interactuado –efectuando un simple *click* en el botón “me gusta”-.

inmensa mayoría de redes sociales están al margen de la ley española e, incluso, de la europea. Así, a título de ejemplo, algunas redes sociales, cual *Facebook*, manifiestan a los usuarios que, al aceptar la política de privacidad, lo cual, dicho sea de paso, se considera efectuado con el simple hecho de registrarse o acceder al sitio, se otorga el consentimiento para la recopilación y procesamiento de los datos en Estados Unidos. Lo más aconsejable pasa, como hemos visto, por fomentar, para todos los usuarios –mayores y menores de edad-, el establecimiento por defecto, en los sistemas de protección de la vida privada en Internet, de los parámetros más estrictos.

Para, precisamente, incrementar el nivel de seguridad de las redes sociales, con respecto a los menores de edad, la Comisión Europea, el pasado 10 de febrero de 2009, intervino en un acuerdo entre los principales prestadores de tales servicios denominado *Safer Social Networking Principles for the UE*. Tal iniciativa funciona en virtud de una metodología de autodeclaración y posterior evaluación que, por cierto, a comienzos de 2010 ha comenzado a dar sus primeros frutos. Será el tiempo el que ponga de manifiesto si el presente acuerdo representa una forma eficaz de incidir sobre el comportamiento de estas plataformas digitales. Uno de los supuestos más paradigmáticos, en este sentido, es el caso de Tuenti. Aunque tal plataforma goza de ciertos aspectos positivos, puede, en cierto sentido, manifestarse que se ha adherido a esta iniciativa con intereses de puro *marketing* o, en otros términos, de ganar legitimidad de cara a la sociedad. Para justificar cuanto argumentamos, debe tomarse conciencia que la mencionada plataforma española, hace, en gran medida con intereses publicitarios, una apelación a su activa participación en el programa europeo de seguridad en redes sociales. Ahora bien, la evaluación de la implementación de los principios del programa que comentamos, no le ha sido demasiado favorable. En efecto, en la evaluación de su autodeclaración, Tuenti no obtuvo la puntuación “conforme” en ninguno de los siete principios y en la evolución de las medidas abordadas únicamente en uno. Como anticipamos, será el transcurrir del tiempo el que pondrá de relieve si la iniciativa, fruto de la autorregulación, evoluciona de manera favorable, eludiendo las siempre presentes tentaciones del *bluwashing* –o, lo que es lo mismo, lavar la imagen de la compañía de cara a terceros-, o bien se produce un viraje definido hacia modelos de regulación sensiblemente más directos.

En Estados Unidos cabe referirse a una de las iniciativas fruto de la autorregulación que ha gozado de una elevada popularidad en todo el orden de cuestiones que venimos analizando. Nos referimos al *Joint Statement on Key Principles of Social Networking Sites*, promovido por los Fiscales Generales de cuarenta y nueve estados. Interesa resaltar su interés, sobre todo, en el ámbito de la protección de la infancia.

Iniciativas como las que comentamos deberían unificar criterios y alcanzar una protección más homogénea para los usuarios de las redes sociales. A mayor abundamiento, para garantizar un respeto integral de los menores de edad, en

este y en otros aspectos conexos, podría ser aconsejable que la propia Unión Europea desarrollara un programa para el aprendizaje de la herramienta publicitaria en Internet dirigido a los niños, basándose, por ejemplo, en el modelo británico de alfabetización mediática denominado *Media Smart*. En otros términos, se trata de invertir en la educación del menor, así como en la sensibilización respecto de las amenazas que conllevan las redes sociales.

V. La sugerente labor complementaria de la autorregulación

1. Concepto y caracteres

Podemos definir la autorregulación publicitaria con carácter general como un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario en virtud del cual se persigue que el ejercicio de la actividad publicitaria –tradicional²³ y virtual²⁴- se haga de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores y usuarios, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general²⁵. Para ello, quienes se adhieren a un sistema de autorregulación se someten conscientemente a unas normas de conducta cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano de control.

El fenómeno de la autorregulación publicitaria transfronteriza representa una manifestación del progresivo desarrollo de una normativa extraestatal –diferente de la legislación estatal y de la normativa internacional (contenida, en gran medida, en los convenios internacionales)- significativa, no solo para la ordenación de las relaciones mercantiles, sino, además, para la tutela de los consumidores en un entorno de expansión de la contratación internacional de consumo.

Aunque la publicidad difundida en Internet se encuentra sometida a la propia normativa legal, como no podía ser de otra manera, tal régimen parece no ser suficiente o adecuado. De hecho, aunque la heterorregulación debería ser una ordenación de mínimos, lo cierto es que la misma no está siendo todo lo eficaz que debiera.

Teniendo en cuenta numerosos factores que imperan en la cuestión que consideramos –como, entre otros muchos, la extraterritorialidad de la Red, la extraordinaria celeridad de las modificaciones tecnológicas acontecidas en el

23 Sobre este particular, José Antonio GÓMEZ SEGADÉ y Carlos LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria en Derecho comparado y en el Derecho español”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 7, 1982, pp. 31-114.

24 En relación a esta materia, José Domingo GÓMEZ CASTALLO, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos. La autorregulación e Internet”. En José Antonio GÓMEZ SEGADÉ, (Dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 449-475.

25 Rosario FERNANDO MAGARZO, “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 84, 2008, pp. 71-83.

espacio que analizamos, así como la necesidad de garantizar elevados niveles de protección para todos los tipos de agentes que, en este espacio, interactúan (los consumidores –mayores y menores de edad-, la industria, la Administración o, en otros términos, la sociedad en su conjunto)-, lo más aconsejable es que tal normativa se vea completada –pero no sustituida- por el fenómeno de la autorregulación. Ahora bien, no debe tampoco pasar desapercibido que el contenido de la legislación condiciona directamente el de la autorregulación.

Al hilo de cuanto planteamos, debe advertirse que la autorregulación de la publicidad no supone, en modo alguno, una fractura entre Estado y sociedad, ya que no implica la separación completa entre ambos. Por el contrario, permite desarrollarse en plenitud esta nueva emergencia de la sociedad civil y da plena fuerza a la capacidad creativa de los sujetos privados para aprovecharse de ello, permitiendo que los intereses públicos y privados confluyan.

2. Más allá de la pura norma legal: la ética como eje central

El contenido de las normas de conducta –recopiladas, en un elevado número de supuestos, en los denominados códigos de conducta-, cabe decir que va más allá de la mera compilación de la normativa legal aplicable a la publicidad, pues incluyen consideraciones de índole ética. A este respecto, puede subrayarse que la publicidad, por su propia naturaleza, tiene que ver con la conducta, con el *ethos*, y, por tanto, es susceptible de consideración ética. En este último sentido, conviene efectuar un breve paréntesis e, inicialmente, precisar qué se entiende por ética, para posteriormente aplicar tal concepto a la publicidad. La ética representa un conjunto de principios o valores que gobiernan la conducta de una persona, grupo u organización así como la convivencia en la sociedad. Ahora bien, como norma que juzga la conducta, no siempre coincide, de manera absoluta, en todos los supuestos, con las normas legales. Las leyes, en todo caso, marcan el umbral de la actuación ética.

La ética alude a las personas y no a las instituciones, por lo que su planteamiento, en el espacio publicitario, suele realizarse, con cierta frecuencia, desde una perspectiva relativista que prima la voluntad de la persona. No debe obviarse que depende de múltiples aspectos, como, entre otros, de los principios morales que el individuo acepte, el momento histórico y el ámbito cultural en el que se plantee.

Representa, asimismo, un valor –la ética- que engendra confianza en las relaciones comerciales, por lo que, en consecuencia, las favorece. Por ello, desde la perspectiva de la eficiencia del mercado, la actuación comercial de la empresa debe estar orientada al bien común, entendiendo por tal aquel que represente un desarrollo humano integral, no sólo económico. Aunque pueda ser una obviedad, para que estos comportamientos sean éticos deben serlo también las acciones generales de la sociedad.

Tras todo lo apuntado, podríamos definir la publicidad ética como aquella comunicación cuya recepción no vulnere el conjunto de valores sociales, culturales, religiosos y morales del grupo social que resulte afectado por el mensaje, dando lugar a una merma del bienestar común. Aunque, en la práctica, lo más frecuente será que la publicidad ética coincida con la publicidad lícita, no será óbice para que el contenido de un mensaje comercial, calificado normativamente como lícito, vulnere el conjunto de valores sociales que comentamos, suscitando, de esta forma, cierto malestar. Es más, en la práctica, existen actuaciones vinculadas con la publicidad –lo cual es especialmente visible en la difundida en las redes sociales- que pueden no estar reguladas por la ley que pueden reputarse no éticas.

En el caso concreto de la publicidad –tradicional y virtual-, la ética está adquiriendo un papel de gran relevancia –para todo tipo de empresas-, debido a que el entorno, cada vez más competitivo, ha llevado a las empresas a buscar en la publicidad un instrumento que les permita diferenciarse de sus competidores, así como incrementar sus ventas y la fidelidad de sus clientes, lo que es visible en las redes sociales. En este sentido, por decirlo sintéticamente, en la práctica, los aspectos éticos del contenido del mensaje publicitario podrían analizarse teniendo en cuenta tanto la veracidad como el estilo y la forma adoptados en el mismo.

El esfuerzo comunicativo es cada vez mayor, si bien las críticas hacia esta actividad difundida en las redes sociales crecen como consecuencia de ciertos comportamientos y efectos negativos. Estos últimos, dicho sea de paso, tratan de evitarse en virtud del fenómeno de la autorregulación.

3. Algunas iniciativas destacables y posibles recomendaciones a considerar

El valor de la autorregulación resulta especialmente relevante en un ámbito que, como el que analizamos, no parece conocer de fronteras territoriales. Sin perjuicio de las consideraciones que, sobre este particular, hemos referenciado anteriormente –a las que, para no resultar reiterativos, nos remitimos-, cabe referirse a ciertas iniciativas relativas a la autorregulación que, directa o indirectamente, inciden en la promoción realizada, por parte de los prestadores de servicios, en tales plataformas de marcado carácter social. Una de las cuestiones sobre las que las mismas pueden repercutir es la privacidad, pues, como hemos visto, en no pocas ocasiones, puede verse comprometida.

En efecto, los espacios en las que las redes sociales se fundamentan, en muchos casos, se encuentran situados fuera de la Unión Europea, principalmente en Estados Unidos, por lo que, en el momento del registro, los datos serán trasladados a los servidores y oficinas situados en ese país. Es, en consecuencia, necesario y plausible que las políticas de privacidad de las redes sociales que, en el ámbito territorial mundial existen, garanticen altos niveles de protección

de la privacidad de los usuarios²⁶. Las políticas de privacidad realizadas por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que operan en Internet en múltiples escenarios (en el que, naturalmente, debe entenderse incluido el relativo a las redes sociales) constituyen uno de los puntos jurídicos relevantes que deben ser tenidos en consideración para desarrollar actividades susceptibles de ser conceptualizadas en el ámbito de la publicidad interactiva, la contratación electrónica y otras conexas. Su importancia va mucho más allá del simple cumplimiento de la legalidad vigente. En efecto, con las mismas no se trata únicamente de garantizar la obediencia de un conjunto de obligaciones normativas, pues su contenido, en numerosas ocasiones, supera las mismas, cubriendo un cierto vacío legal. Tal extremo puede vincularse, no sólo a la labor de promoción que el legislador efectúa por lo que a la autorregulación respecta –de la que la política de privacidad es una manifestación–, sino a que las propias empresas valoran, de manera importante, la preocupación que los ciudadanos manifiestan respecto a su privacidad.

Dado que, como ya hemos anticipado, Internet no conoce de fronteras de índole territorial²⁷, una vía en virtud de la cual puede alcanzarse, con elevados niveles de éxito, la finalidad mencionada es gracias a la autorregulación que, como hemos tenido ocasión de vislumbrar, es susceptible de operar en relación a la publicidad difundida en las redes sociales.

En cuanto a los posibles contenidos que los instrumentos de autorregulación reguladores de las redes sociales deberán abordar, desde el punto de vista de la protección de la privacidad de los usuarios, cabe decir que son extraordinariamente amplios. Una de las prerrogativas de tales documentos estriba en que mejorarán, de forma más o menos relevante, la normativa legal imperante, pudiendo responder, asimismo, a cuestiones sobre las que no se ha pronunciado el legislador.

Es realmente loable, en este último sentido, que la Comisión Europea haya manifestado su intención de aprobar un código de conducta que reglamentará la privacidad en el ámbito de las redes sociales. No debemos perder de vista que uno de los caracteres de los códigos de conducta reside en su voluntariedad, por lo que, para que los usuarios puedan demandar el cumplimiento de su articulado, habrá tenido que ser previamente asumido por la plataforma en cuestión. En todo caso, debe advertirse que su asunción comportará numerosas

²⁶ Sobre esta sugerente cuestión, en sentido amplio, David LÓPEZ JIMÉNEZ, “La protección de datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales electrónicas: el valor de la autorregulación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares de 2009*, núm. 2, pp. 239-276.

²⁷ Aunque nos encontramos ante plataformas inexcusablemente sometidas a la legislación que, en materia de protección de datos personales, impera, no cabe perder de vista que las leyes son, por naturaleza, limitadas, desde su origen, pues, como regla general, sólo despliegan eficacia en el espacio territorial para el que precisamente han sido concebidas. En Internet, como es sabido, no existen fronteras territoriales y, si bien las leyes nacionales son aplicables, la virtualidad, que, en la práctica, despliegan es extraordinariamente limitada.

ventajas para la red social que se comprometa a su cumplimiento, dado que con tal actitud, que será un elemento diferenciador respecto a sus competidores, podrá acreditar la observancia de las mejores prácticas en materia de protección de datos de sus usuarios. Tales documentos, derivados de la autorregulación, podrán ser de aplicación a un espacio territorial amplio –como la propia Unión Europea–, pero también podrá ceñir su aplicación a un determinado Estado. Este fue precisamente el caso reciente de *Facebook* que muy recientemente se ha adherido a un código de conducta alemán imperante en materia de privacidad.

Consideramos que los códigos de conducta deberán incluir las mejores prácticas publicitarias –y no meras herramientas de *marketing* corporativo– en el ámbito interactivo que, dicho sea de paso, tanto la propia industria como los destinatarios precisan.

Se hace, de todo punto, conveniente, como ya se ha sugerido desde instancias comunitarias, fomentar, en primer término, la creación de un código de conducta regulador de las redes sociales, cuyo alcance será, inicialmente, el espacio comunitario, si bien lo deseable, todo hay que decirlo, hubiera sido un código de conducta de eficacia internacional. En todo caso, no debe infravalorarse la importancia del paso dado, pues tal decisión no representa, en modo alguno, óbice para que, en el futuro, se alcance un código de conducta internacional.

En la actualidad, no se ha elaborado código de conducta alguno, en el espacio comunitario, si bien, como hemos determinado, presumiblemente tendrá lugar próximamente. Como ya adelantamos, algunos Estados, como Alemania, han acordado que algunas redes sociales, cual *Facebook*, se adhieran al código de conducta elaborado al efecto en el ámbito de la privacidad. No debe olvidarse que tal código de conducta será de carácter, en todo caso, voluntario. En efecto, su articulado se erigirá en un referente en materia de protección de datos, en el ámbito de las redes sociales, no siendo, en consecuencia, obligatorio, si no ha sido previamente asumido, para las plataformas. Las redes sociales que deseen adherirse al mismo, con tal actitud, pondrán de manifiesto, de manera pública, que su comportamiento, desde el punto de vista de la protección de la privacidad de los usuarios, es más tuitivo para el usuario que lo que al respecto determina la propia legislación. En otras palabras, en ciertos supuestos, se mejorarán las disposiciones legales a favor del usuario, mientras que, en otros, se cubrirán eventuales vacíos legales.

El fomento de códigos de buenas prácticas de las comunidades de una red social puede contribuir, de forma importante, a la formación y concienciación de los usuarios. Sería deseable, en este sentido, fijar la necesidad de que las redes sociales instauren, en sus respectivas páginas de inicio, un apartado específico dirigido a informar a los usuarios de las condiciones del servicio y de los efectos de cada una de las acciones que, en su caso, realicen. Igualmente, deberían incluir diversos apartados relativos a informar, de manera sencilla, sobre los pormenores de la publicidad en tal plataforma social, demandando a los prestadores de servicios un comportamiento ejemplar.

Los contenidos publicados por el trabajador en *Facebook* y sus consecuencias jurídico laborales

Sulmer Paola Ramírez*

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. La publicación de contenidos en *Facebook*. III. El poder disciplinario del empleador. 1. Poder de control sobre el acceso del trabajador a su *Facebook*. 2. Poder de control sobre el contenido publicado por los trabajadores en *Facebook*. IV. Sujeción de los contenidos publicados a las causales de despido justificado establecidas en la legislación laboral venezolana. IV. Valor jurídico de la información publicada V. El derecho a la intimidad del trabajador frente al poder de supervisión del patrono

Resumen

En el ejercicio de sus derechos fundamentales, los trabajadores pueden acceder a las redes sociales en Internet y publicar información sobre su intimidad, sus relaciones con terceros, o sobre su empleo y su empleador. Esto supone la existencia de nuevos conflictos entre patronos y trabajadores, ya que en algunos casos, la publicación de información puede ser considerada como un ejercicio excesivo de la libertad de expresión y configurar un supuesto de finalización de la relación laboral. En la presente investigación se analiza la actividad de los trabajadores en las redes sociales y sus implicaciones en el ámbito laboral, tomando como referencia la legislación laboral venezolana.

Palabras Clave: Facebook. Libertad de expresión. Intimidad. Trabajador. Empleador.

Abstract

In exercising their fundamental rights, workers have access to social networks and to publishing private information, about their relationships with others, or about their jobs and their employer. This implies the existence of new conflicts between employers and employees. In some cases, publication of information can be considered an excessive exercise of freedom of speech, and raise the presumption of termination of employment.

Recibido: 27/7/2013 • Aceptado: 11/9/2013

* Abogada con Especialización en Derecho Laboral UCAT, Derecho Administrativo, UCAT. Negocios con América Latina IDEC Universidad Pompeu Fabra Barcelona-España, Doctoranda en Derecho de la UCV. Profesora de la Universidad Católica del Táchira. sulmerp@yahoo.com

In this research the activities of workers in social networks and their implications in the labor law are analyzed, with reference to Venezuelan labor legislation

Keywords: Facebook. Freedom of Speech. Privacy. Employee. Employer.

I. Consideraciones generales

El ser humano gregario por naturaleza, como parte de su desarrollo integral busca en sus congéneres afinidades que le permitan desarrollar lazos mediante los cuales se compartan experiencias, emociones, conocimiento, sentimientos, sensaciones, estados de ánimo y todo tipo de expresión. Estos lazos, en principio surgen sin búsqueda alguna en este plano, ya que al nacer automáticamente formamos parte de un grupo de personas vinculadas entre sí por consanguinidad, afinidad o por Ley según sea el caso.

Al transcurrir el tiempo, los lazos que al nacer nos vincularon con otras personas pueden fortalecerse, mantenerse o debilitarse gracias a las experiencias vividas, pero en la generalidad de los casos, estos lazos se van multiplicando y nos vinculan con otros grupos de personas en los que los intereses comunes suelen ser la base de la relación, bien sea que surjan por un mismo colegio, trabajo, religión, vecindad, práctica de algún deporte o actividad, simpatía de ideas, entre otros, incrementándose así el número de miembros de nuestra red social.

Téllez, J.¹, conceptualizó las redes sociales como:

...un espacio de diálogo y coordinación, a través del cual se vinculan personas u organizaciones en función de un objetivo común y sobre la base de normas y valores compartidos. Las redes sociales han permitido generar relaciones de colaboración, poner en común recursos, desarrollar actividades en beneficio de los participantes, ampliar y estrechar vínculos, crear sentido de pertenencia y socializar conocimientos, experiencias y saberes, al establecer relaciones de intercambio y reciprocidad.

Los avances de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en lo adelante TIC, han dinamizado el intercambio propio de las redes sociales, dando lugar a las Redes Sociales en Internet, denominadas RSI que Castells,

¹ TÉLLEZ, J. (2011) Panorama Introdutorio a las Redes Sociales y el Derecho. Ponencia presentada en el Primer Simposio sobre Redes Sociales y Derecho. Colegio de Abogados de Costa Rica. San José de Costa Rica. Disponible en fuente electrónica, en: <http://es.scribd.com/doc/49963679/Julio-Tellez-Panorama-Intro-Duc-to-Rio-Redes-Sociales>. P 3.

M.² concibe como "... una sociedad cuya estructura social está construida en torno a redes de información a partir de la tecnología de información microelectrónica estructurada en Internet". No es que se trate de una red social diferente a la que se produce sin el uso indispensable de las TIC, viene a ser un complemento de dicha red, en la que pueden coincidir parte de sus miembros, pero también puede estar integrada por personas solo contactadas gracias a los medios telemáticos e informáticos, formando en su conjunto la gran red social a la que pertenece un individuo.

Las RSI, han permitido que según la voluntad del actor, se conozcan en tiempo real sus expresiones y las reacciones que provocan entre los miembros de su red social, pero también pueden agredir su privacidad al ver expuestos en la red datos personales por publicaciones de terceros, o afectar las relaciones de trabajo hasta el despido como medida disciplinaria en atención a contenidos publicados por el trabajador, atacando inclusive la seguridad de la empresa y sus secretos industriales y comerciales.

Todo lo anteriormente expuesto, supone la existencia de nuevos conflictos jurídicos laborales en los que cabría estudiar la sujeción a la legislación laboral de cada país, de la actividad en redes sociales de los trabajadores y hasta qué punto su participación en las RSI puede ser considerada ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión o supuestos de finalización de las relaciones de trabajo por causas justificadas, sin olvidar el derecho a la intimidad del trabajador y la libertad de comercio o libertad de empresa según la cual el empleador puede ejercer el *ius variandi* y el consecuente poder de control y supervisión.

II. La publicación de contenidos en *Facebook*

La publicación de contenidos en las redes sociales, citando entre otras, Facebook, obedece al ejercicio del derecho a la libre expresión que es connatural con el ser humano³, desde el primer llanto al nacer le estamos diciendo al mundo que allí estamos, que exteriorizaremos en principio nuestras necesidades pero luego además de las necesidades básicas, compartiremos nuestras opiniones, creencias, ideas y pensamientos, modelados generalmente por la sociedad en la que vivimos y por los sucesos e intereses políticos y económicos de un determinado momento.

German Teruel Lozano, define la libertad de expresión en sentido amplio, como "aquella libertad pública que protege la facultad de toda persona de difundir

² CASTELLS, M. (2010) Internet y la Sociedad Red. Conferencia inaugural del Doctorado sobre Sociedad de la Información y el Conocimiento en la Universitat Oberta de Catalunya. Disponible en: <http://www.uoc.edu/web/cat/articles/castells/castellsmain2.html>. P 8.

³ SÁNCHEZ, R. "Libertades de Expresión e Información en Internet y Las redes Sociales: ejercicios, amenazas y garantías" editado por Lorenzo Cotino Hueso, publicado por PUV Publicaciones de la Universidad de Valencia.

y recibir mensajes comunicativos de cualquier género de contenido –ideas, informaciones y opiniones, pensamientos...-, con independencia del medio que sea utilizado para su expresión”⁴

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la libertad de expresión, es considerada igualmente un derecho fundamental estableciéndose que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”⁵.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra dentro del Capítulo de los Derechos Civiles, el derecho de toda persona a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones⁶ en cualquier medio, ya sea de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, pudiendo utilizar los medios de comunicación y difusión que estén a su alcance, sin que pueda establecerse censura. Y deja establecido que quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado.

La libertad de expresión ha sido consagrada como derecho fundamental, sin discriminar la persona, solo por el hecho de ser viviente se tiene derecho a expresarse libremente. En principio se podría pensar que el ejercicio de este derecho no tiene límites, pero es bien conocido que los derechos fundamentales no son absolutos siendo normalmente limitados por el ejercicio de otros derechos. Lo que se ilustra con la sencilla afirmación: “Mi derecho termina donde comienza el derecho de los demás”, allí confluyen derechos fundamentales con límites impuestos por el respeto a los derechos de las otras personas, situación propia de la civilización.

El uso de las RSI crea la ficción de “privacidad” pudiendo rayar en la idea de anonimato. Por no estar ante la presencia física de las personas con las que se comparten las opiniones, ideas o pensamientos, se carece de ese contacto visual que toca lo íntimo del ser tamizando muchas veces la expresión con la conciencia, consideración, veracidad entre otros tantos filtros de expresión. Esa idea de “privacidad”, permite que las palabras fluyan a la velocidad de la escritura, sin pensar muchas veces en el contenido de lo exteriorizado.

El trabajador, que se encuentra prestando un servicio subordinado, con ajenidad percibiendo una remuneración, es sujeto del ejercicio de todos sus derechos fundamentales incluyendo la libertad de expresión, que le permite como ya se señaló exteriorizar sus ideas, pensamientos y opiniones sin censura,

4 Germán M. TERUEL LOZANO, “La Libertad de expresión en Internet y sus garantías constitucionales en el control de contenidos de paginas web” Disponible en: <http://inpurisnaturalibus.files.wordpress.com/2010/12/trabajo-fin-de-master-germc3a1n-teruel.pdf>

5 Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Disponible en: <http://www.derechos humanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>

6 Artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>

por cualquier vía y medio sea en forma presencial o no, lo que implica la posibilidad de publicar los contenidos que a bien tuviere referentes a su persona o a terceros incluyendo su empleador.

La publicación de contenidos en las redes sociales por parte del trabajador, responde a su voluntad de elección sobre lo comunicado, abarcando igualmente dicha voluntad el escenario o ámbito de dicha publicación. El trabajador en principio, es autónomo y absolutamente libre de comunicar bien sea en una plaza pública, en el trabajo, en su casa o en las RSI, por citar algunos ámbitos sus ideas, pensamientos y opiniones, pero la citada libertad, trae consigo, el ser sujeto pasivo de las consecuencias jurídicas que se deriven de la información que se ha comunicado.

En las formas tradicionales de trabajo, caracterizadas por la prestación de servicio durante una jornada previamente establecida y en una sede física determinada, las TIC son motivo de control por parte del empleador en su uso para fines distintos al objeto del contrato. Se supervisa por tanto, qué páginas son visitadas por el trabajador con los ordenadores del empleador, además de verificar la actividad del prestador de servicio durante su jornada laboral a fin de constatar si se ha destinado parte de la misma para actividades distintas al objeto de contrato, como sería el uso del correo electrónico para fines personales o la visita a RSI, lo que podría significar modificaciones en la productividad⁷ de la empresa.

Los avances tecnológicos han modificado las preocupaciones del empleador en materia del uso de equipos de la empresa durante la jornada de trabajo para fines distintos a los contratados, ya que la proliferación y no tan difícil acceso de teléfonos inteligentes permite a los trabajadores visitar las distintas web entre ellas las RSI, además de sus correos electrónicos desde sus propios equipos, sin necesidad de utilizar las herramientas informáticas que le han sido entregadas para prestar sus servicios. El problema en este caso ya no es el uso de las herramientas de la empresa sino el tiempo destinado para ello, lo que se regula con supervisión directa por parte del empleador o sus representantes.

Las características de las RSI y su gran poder de comunicación, modificaron nuevamente el objeto de control del empleador en lo que respecta al uso de las NTIC, ya que no solo le puede afectar los equipos o el tiempo de la jornada de trabajo que se destina a las redes sociales, sino los contenidos allí publicados por sus trabajadores, quienes manejan informaciones sobre características

⁷ Sobre el aumento o disminución de la productividad en la empresa por el uso de *Facebook* durante la jornada laboral, se debate en la actualidad, cobrando mayor fuerza la tesis que aboga por la regulación del acceso permitiendo incluso los *e-breaks* que aquella que sostiene su prohibición absoluta. Estudios han demostrado que se podría incluso aumentar el grado de productividad de un trabajador si le es permitido el acceso a su cuenta en *Facebook* y otras redes sociales durante su jornada laboral, claro está, respetando la regulación en tiempo establecida por el empleador. A manera de ejemplo se menciona el estudio publicado por Keas titulado “*The Case for Facebook*” Disponible en: <http://keas.com/blog/case-for-facebook/>

personales de los empleadores, sus representantes, compañeros de trabajo y clientes, y sobre los secretos industriales y comerciales del empleador además de las condiciones propias de la empresa, lo que se traduce en un riesgo latente para el patrono que puede ver afectada su reputación o sus intereses empresariales.

III. El poder de disciplinario del empleador

El principio de la libertad de empresa, también conocido como libre comercio⁸, permite al empleador, además de la posibilidad de dedicarse libremente a la actividad económica de preferencia, la facultad de modificar las condiciones de trabajo, de supervisar y sancionar a sus trabajadores. Surge entonces en el campo de las RSI específicamente en *Facebook*, la necesidad de analizar el poder del empleador en el control sobre el acceso a las RSI por parte de su trabajador y el control sobre el contenido de la información publicada por su trabajador en dichas redes, para posteriormente analizar el poder sancionador del empleador.

1. Poder de control sobre el acceso del trabajador a su *Facebook*

El poder de supervisión y control del empleador sobre el acceso y uso de los medios telemáticos e informáticos por parte del trabajador y por ende su acceso a las RSI, puede variar si se está en presencia de equipos propiedad del empleador o por el contrario equipos propiedad del trabajador o de terceros.

Sobre los equipos propiedad del empleador, la supervisión y control acerca del acceso a las redes sociales por el trabajador, puede sobrepasar los límites de la jornada de trabajo encontrando límite solo en lo que respecta al espacio físico donde se encuentren instalados. Así el empleador está facultado para vigilar quien accede y para qué a sus equipos inclusive fuera de la jornada de trabajo.

Otro escenario se presenta cuando se trata de equipos propiedad del trabajador o de terceros, ante los cuales el empleador solo podría supervisar su uso en la sede de la empresa y durante la jornada de trabajo. De forma tal, que resulta más difícil impedir al trabajador fuera de su jornada laboral, el uso de equipos que no sean propiedad del patrono, quedando limitado el poder de supervisión y control del empleador al establecimiento de normas que permitan la “convivencia” dentro de la empresa, como sería graduar el volumen de los

⁸ Está en Venezuela establecido en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y permite a toda persona dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las establecidas en dicha Constitución y en las leyes.

equipos así como el tono de las comunicaciones entre otros aspectos, siempre que tal graduación tenga como contexto la sede de la empresa⁹.

2. Poder de control sobre el contenido publicado por los trabajadores en *Facebook*

En cuanto al control sobre el contenido de lo publicado por los trabajadores en las RSI, el empleador enfrenta una serie de obstáculos, destacando el acceso a los mismos. Cabría la siguiente interrogante: ¿Puede lícitamente el empleador controlar un contenido publicado en el Facebook de un trabajador, si no forma parte de su lista de contactos?¹⁰

En principio, es un deber del trabajador prestar sus servicios en los términos pactados o que se desprendan de la naturaleza de la labor que desempeña y corresponde al empleador la supervisión de la labor ejecutada. Cada vez con mayor frecuencia, dicha prestación de servicio implica la utilización de ordenadores y demás equipos telemáticos e informáticos como herramientas de trabajo empleadas en la ejecución de la labor pactada. Pero ¿será esta garantía suficiente para poder interceptar una comunicación privada o acceder desde el servidor de la empresa al *Facebook* de un trabajador y vigilar lo que publica en su red?

Las relaciones de trabajo¹¹ comportan derechos y obligaciones para el trabajador y el empleador, si dentro de los derechos del empleador se estableció la posibilidad de supervisar a su trabajador no solo en el acceso a las herramientas telemáticas e informáticas dadas por el empleador para la prestación de sus servicios, sino además supervisar el contenido de las publicaciones y mensajes compartidos por el trabajador en uso de dichas herramientas, el empleador se encuentra legitimado para acceder a la información suministrada por el trabajador. Pero esta facultad no es obvia al poder de dirección, requiere haber sido previamente notificada en forma expresa al trabajador, de forma tal que estando en pleno conocimiento del alcance del poder de supervisión del empleador, el trabajador se cuida en los contenidos publicados y compartidos en uso de las herramientas del empleador.

Cabe destacar, que estar facultado el empleador para la supervisión del contenido publicado en *Facebook*, no lo autoriza a difundir dicho contenido, ya

⁹ En este supuesto, se da por hecho que está permitido el acceso de equipos telemáticos e informáticos propiedad del trabajador, a la sede de la empresa. De lo contrario, no aplica la distinción realizada.

¹⁰ Quedan a salvo las fuentes de acceso público, en las que el trabajador no tiene una cuenta protegida, lo que permite que el empleador acceda al contenido sin ningún tipo de restricción.

¹¹ Las relaciones de trabajo surgen por voluntad común de las partes, son contratos bilaterales que pueden celebrarse en forma escrita o verbal y que comportan tanto para el trabajador como para el empleador una serie de derechos y obligaciones, pactadas desde el inicio de la relación de trabajo pero que pueden ser modificadas dados los requerimientos de la empresa o las realidades sociales, económicas y tecnológicas existentes en un momento determinado.

que en este caso, se podría estar atentando contra el derecho a la intimidad, a la honra, reputación o vida privada del trabajador, aspecto desarrollado más adelante.

Otra situación se presenta, cuando el trabajador accede a *Facebook* desde equipos no propiedad del empleador, en este caso interceptar una comunicación sin orden judicial previa podría significar la violación del derecho al secreto de las comunicaciones¹² además de la violación a la intimidad del trabajador. Siendo menester la inclusión del empleador o sus representantes dentro de la lista de contactos del trabajador, para poder estar así legitimado de acceder a los contenidos publicados por el prestador de servicios desde equipos no propiedad del empleador. Queda a salvo la posibilidad de control que pueda ejercer el empleador sobre los contenidos publicados en *Facebook* que conozca el empleador porque hayan sido compartidos con él por contactos del trabajador o terceras personas.

IV. Sujeción de los contenidos publicados a las causales de despido justificado establecidas en la legislación laboral venezolana

El trabajador en *Facebook* inmerso en esa falsa idea de “privacidad” y libertad plena de expresión, pueden llegar a publicar contenidos que afecten la reputación e intereses de su empleador señalando por ejemplo que su patrono no respeta la normativa laboral, que es descuidado en su higiene personal, que maltrata al personal, o que los productos que utiliza no son de calidad, o sintiéndose entre amigos comparte secretos industriales o comerciales de la empresa para la que presta sus servicios, en otros tantos contenidos, violando parte de sus deberes laborales¹³. En este caso el ejercicio de la libertad de expresión del trabajador afecta el derecho a la reputación e imagen de su empleador y/o sus representantes, inclusive puede llegar a afectar el derecho del empleador a la libertad de empresa y de comercio.

Surge entonces para el empleador la facultad de aplicarle al trabajador según el contenido publicado y el grado de afectación que el mismo produce, una medida disciplinaria que puede ser una amonestación o hasta el despido justificado. Podría ser que el acceder a RSI durante la jornada de trabajo amerite una amonestación, pero la publicación de contenidos nocivos para la reputación

¹² Previsto en el artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos: Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

¹³ El principal deber del trabajador es prestar el servicio en los términos y condiciones establecidos por el patrono, o que se desprendan de la naturaleza de la labor desempeñada, mientras que pagar el salario y proteger al trabajador en el ejercicio de su actividad son las principales obligaciones del patrono.

o intereses comerciales del empleador puede conllevar al despido e inclusive la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que fuesen procedentes por la actuación del trabajador.

Las causas de despido como medida disciplinaria, están establecidas en la ley laboral de cada país, tendría que analizarse para el caso en concreto si la actuación del trabajador relacionada con *Facebook* esta incurso en alguna de las causales de despido justificado.

En Venezuela, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, en lo adelante LOTT, señala las causas consideradas como fundamento del despido justificado, que a continuación se mencionan vinculándolas para el presente estudio con *Facebook*:

a) Falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo¹⁴: Podría probarse con publicaciones en *Facebook* que el trabajador mintió para no asistir a su trabajo alegando que había tenido un accidente que ameritaba reposo en cama, cuando su condición era otra evidenciada con sus comentarios y fotos subidas a dicha red social. Ejemplo de ello es el caso reseñado por *Reuters*, en el que una empleada de *Nationale Suisse* llamó al trabajo diciendo que se sentía enferma y que “no podía trabajar frente a un equipo informático ya que tenía que estar en la oscuridad”. La empresa descubrió que estuvo utilizando *Facebook* y fue despedida. La extrabajadora sostuvo que había usado su *iPhone* para comprobar su página de *Facebook* desde la cama, sin embargo, *Nationale Suisse* dijo en un comunicado que el incidente “había destruido su confianza en su empleada”¹⁵.

b) Vías de hecho¹⁶, salvo en legítima defensa. Por la naturaleza de la falta, que implica agresión física, no se materializa por regla general con el uso de *Facebook*. Salvo que la intimidación o amenaza grave de agresión física, se haga con contenidos publicados por el trabajador en uso de *Facebook*.

¹⁴ Un caso de despido por conducta inmoral en el trabajo, puede ser el ocurrido en la aerolínea china *Cathay Pacific* que despidió a un piloto y una azafata porque se fotografiaron practicando sexo oral en la cabina del avión de la compañía, y luego fueron subidas a la red las fotos tomadas. A pesar que ellos aseguran no haber publicado la foto en la red, según reseña el diario *Levante EMV*. Disponible en: <http://es-es.facebook.com/media/set/?set=a.259263330768656.79806.140256176002706>.

¹⁵ Disponible en: <http://www.hunterspr.com/?cat=19&paged=3>

¹⁶ Las Vías de Hecho son entendidas como: “Acción violenta o injusta o conducta intimidatorio con evidente coacción ejercida por el patrono, sus representantes o sus familiares contra el trabajador o de éste contra aquellos” tomada del Glosario de Términos Laborales, Freddy Zambrano, citada en sentencia del Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui Barcelona, de fecha nueve de agosto de dos mil siete, expediente BP02-S-2006-006578. disponible en: <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2007/agosto/1869-9-BP02-S-2006-006578-.html>.

c) Injurias o falta grave al respeto y consideración debidos al patrono o a la patrona, a sus representantes o a los miembros de su familia que vivan con él o ella. Esta falta se puede materializar con contenidos publicados por el trabajador en *Facebook*. Debido a que no se especifica el medio para cometer esta falta, la misma puede ejecutarse vía presencial, o a través de medios telemáticos, informáticos o en soporte papel, por citar algunas vías.

El caso de *Atlantic Airways Ltd*¹⁷, podría ilustrar esta causal de despido, ya que la mencionada compañía de viajes aéreos, despidió a 13 tripulantes de cabina debido a comentarios inapropiados en *Facebook*. Las 13 personas, participaron en un debate en *Facebook*, en el que se hicieron referencia a los motores las aeronaves, a la higiene en los aviones, así como a insultos proferidos contra algunos pasajeros, lo que llevó a la empresa a despedirlos con base en el descrédito causado a la misma.

Otros casos, que podrían subsumirse dentro de esta causal de despido, lo protagonizaron: la empresa de ambulancias *American Medical Response of Connecticut*, que despidió a *Dawnmarie Souza* por la publicación en su cuenta de *Facebook* de comentarios negativos sobre su supervisor¹⁸ y la línea aérea rusa AEROFLOT que despidió a una azafata por escribir en su red social comentarios ofensivos acerca del accidente del avión ruso estrellado en Indonesia¹⁹.

Como se señaló, la materialización de esta causal puede verificarse por cualquier medio, y también en cualquier momento, no se limita al tiempo de la jornada de trabajo. En este sentido se pronunció igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social, en sentencia 3636/2007 del 26 de mayo de 2007. Caso: procedencia del despido de una trabajadora, con base en sus comentarios en su Blog personal. Los argumentos de las partes versaron sobre la libertad de expresión y sus límites con respecto a otros derechos, situación por la cual el Tribunal señaló lo siguiente:

“La Sala está de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que a través de un blog informático personal un trabajador, también desde su

¹⁷ Disponible en <http://www.taigaspain.com/es/noticias/120-como-facebook-arruino-mi-carrera>

¹⁸ Este caso fue objeto de reclamo por la extrabajadora despedida, quien considero ilegal la causa de finalización de la relación de trabajo, concluyendo con un arreglo amistoso entre las partes y la revisión de las políticas de la compañía. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2011/02/08/business/08labor.html>

¹⁹ Después del trágico accidente del avión Sukhoi Superjet-100, que se estrelló mientras realizaba un vuelo de demostración en Indonesia el 9 de mayo, la azafata rusa publicó en la red social el siguiente mensaje: “¿Un Superjet se ha estrellado? ¡Jajaja! ¡Vaya trasto! ¡Lástima que no haya sido en Aeroflot, habría uno menos y tal vez los devolvieran todos!” Todas las entradas fueron borradas, pero ya habían sido captadas por contactos que las publicaron en *Facebook* y otras redes sociales. Disponible en: <http://edunewscolombia.com/2012/05/12/rusia-azafata-de-aeroflot-es-despedida-por-burlarse-en-twitter-de-accidente-aereo-en-indonesia/>

domicilio, puede incurrir en faltas disciplinarias laborales si, a través de esta forma escrita, pública y abierta, insulta y trata de forma vejatoria, clara y explícita, directivos o compañeros de trabajo o su empresa empleadora. Efectivamente el derecho fundamental a la libertad de expresión no es absoluto y queda limitado por el ejercicio de otros derechos fundamentales, también en el ámbito de la empresa”.

d) Hecho intencional o negligencia grave que afecte a la salud y la seguridad laboral. Debe tratarse de contenidos publicados por el trabajador en Facebook que afecten la salud y seguridad laboral.

e) Omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo. En estos casos, *Facebook*, podría servir de medio de prueba, con fundamento a los contenidos publicados por el trabajador.

f) Inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles en el período de un mes, el cual se computará a partir de la primera inasistencia. La enfermedad del trabajador o trabajadora se considerará causa justificada de inasistencia al trabajo. El trabajador o trabajadora deberá, siempre que no existan circunstancias que lo impida, notificar al patrono o a la patrona la causa que lo imposibilite para asistir al trabajo. En este caso como ya se dijo, *Facebook* puede servir de medio de prueba de la causa de inasistencia del trabajador, que además de considerarse como falta de probidad, verifica que la inasistencia del trabajador no se debió a causas justificadas siendo igualmente procedente la aplicación de este literal.

g) Perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las máquinas, herramientas y útiles de trabajo, mobiliario de la entidad de trabajo, materias primas o productos elaborados o en elaboración, plantaciones y otras pertenencias. Con el uso de *Facebook*, el trabajador puede exponer a su empleador a los *Spam*, *Malware*²⁰ poniendo en riesgo el funcionamiento de los equipos que utiliza para acceder a su red social, además de exponer a terceros no autorizados la información contenida en los equipos utilizados para acceder a *Facebook*, entre otros perjuicios.

h) Revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento. La falsa idea de “privacidad” de *Facebook* o la deliberada intención del trabajador, pueden hacer que éste publique secretos de la empresa, configurándose así esta causal de despido.

20 Problema que ha sido abordado en España: STSJ Cataluña 841/2011, de 3 febrero.

i) Falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo. El contrato de trabajo contiene como ya se dijo, derechos y obligaciones para cada una de las partes. Entre otros aspectos, se puede establecer como obligación del trabajador abstenerse de publicar determinados contenidos, como es el caso de la Prohibición que la Procuraduría General de la República de México hizo a todos los agentes de la Policía Federal Ministerial de difundir a través de las redes sociales cualquier fotografía donde aparezcan con uniforme y armas, así como de las instalaciones de la corporación, sopena de la aplicación de las respectivas sanciones²¹. También se puede prohibir el uso de redes sociales entre ellas *Facebook* durante un determinado tiempo como es el caso de la decisión de la Real Federación Española de Fútbol que prohibió el uso de las redes sociales a los jugadores de la selección española durante la Eurocopa de Polonia y Ucrania²², prohibición que también recibieron los jugadores de la selección danesa de fútbol²³.

j) Abandono del trabajo, que implica además de ausentarse en forma intempestiva y sin autorización de la empresa, la negativa del trabajador a realizar las tareas a que ha sido destinado. Con el uso de *Facebook* durante la jornada laboral, salvo que ésta sea su labor, puede considerarse que el trabajador abandonó su trabajo ya que en lugar de ejecutar la actividad encomendada esta accediendo a su RSI.

k) Acoso laboral o acoso sexual. La existencia de esta causal de despido justificado, dependerá de los contenidos publicados por el trabajador en su red, en otras palabras la comunicación en Facebook de ideas, pensamientos u opiniones del trabajador deben ser suficientes para hostigar al empleador u otros trabajadores, produciéndoles miedo, terror desprecio o desánimo hacia el trabajo.

Es importante destacar, que no todo lo publicado por el trabajador en *Facebook*, puede ser considerado como causa justificada de despido. Según la tesis gradualista, aplicable a las causas de despido justificado, las faltas del trabajador “han de alcanzar cuotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario,

21 La medida fue tomada el 24 de septiembre de 2012, mediante un oficio circular publicado en el Diario Oficial de la Federación. Detalles disponibles en <http://vivirmexico.com/2012/09/pgr-pfm>.

22 Información disponible en: <http://www.goal.com/es/news/519/selecci%C3%B3n/2012/06/01/3142020/vicente-del-bosque-prohibe-a-sus-jugadores-usar-las-redes>

23 Información disponible en: <http://eleconomista.com.mx/deportes/2012/04/24/prohiben-seleccion-danese-uso-redes-sociales>

análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor²⁴.

En la relación laboral el trabajador tiene pleno derecho a la libertad de expresión por cualquier medio, incluyendo las redes sociales y que el empleador tiene el derecho de sancionar a su trabajador por las faltas que cometa. Sanción que puede ser desde un llamado de atención hasta el despido como medida disciplinaria, sin dejar de lado el principio de responsabilidad extracontractual, según el cual todo el que cause un daño está en la obligación de repararlo, con lo que el trabajador deberá de ser el caso, resarcir los daños y perjuicios que con sus publicaciones le hubiere causado a su empleador²⁵.

V. Valor jurídico de la información publicada

Las informaciones, datos, opiniones, imágenes, sonidos, publicadas por los trabajadores en *Facebook*, tal y como quedó evidenciado en el punto anterior, pueden ser utilizadas por su empleador²⁶ como fundamento de medidas disciplinarias. El valor jurídico de estos contenidos se rige por principios internacionales, recogidos en la mayoría de los casos en las legislaciones de cada país.

En Venezuela, la ley que regula el valor de los Mensaje de Datos y de toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material es el Decreto con rango y Fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, que desarrolla entre otros, el principios de equivalencia funcional, mediante el cual se equiparan los efectos de un documento contenido en soporte papel firmados autógrafamente, con los efectos que se derivan de su homólogo en soporte y con firma electrónica y el principio de libertad contractual²⁷, basada en la autonomía de la voluntad de las partes, que aplicada a la relación laboral implica la manifestación de voluntad del trabajador de prestar

²⁴ Tomado de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia de Aragón 568/2010, de 21 de julio. Disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/47704/sentencia-tsj-aragon-568-2010-de-21-de-julio-despido-disciplinario-no-se-acredita-conducta-imp>

²⁵ En Venezuela la Responsabilidad Extracontractual encuentra su fundamento legal en el artículo 1.185 del Código Civil, que establece: “El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

²⁶ El trabajador que se sienta agredido por contenidos publicados por su empleador en Facebook, puede ejercer las acciones a que hubiere lugar, y si las agresiones están dentro de las causas de retiro justificado, podrá retirarse justificadamente de su trabajo, lo que en la mayoría de las legislaciones laborales, implica el pago de indemnización por parte del patrono. Tal es el caso de lo establecido en el artículo 80 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores de Venezuela.

²⁷ Principios aplicados al derecho del comercio electrónico, pero con plena vigencia para los contenidos publicados por el trabajador en las redes sociales y demás sitios de internet.

un servicio en beneficio de su empleador, sujetándose a las normas por él establecidas, dentro de las que se pueden encontrar las reglas sobre el uso de los equipos telemáticos y la supervisión del contenido publicado a través de ellos. Por su parte, el empleador manifiesta su voluntad de pagarle al trabajador la respectiva remuneración por la labor desempeñada, entre otros aspectos.

El medio de prueba de los contenidos publicados en *Facebook* varía igualmente según la legislación de cada país. En virtud del principio de equivalencia funcional, la prueba documental resultaría la idónea para el caso *in comento*, siendo recomendable igualmente dadas las características propias de los mensajes de datos en soporte electrónico, como medios de prueba complementarios, la experticia y la inspección judicial.

VI. El derecho a la intimidad del trabajador frente al poder de supervisión del patrono

Intimidad, honra, reputación, vida privada, honor, son derechos que pueden estar en riesgo con el uso de *Facebook*, ya sea que se trate del trabajador o del empleador. En el primer caso, el trabajador puede sentir afectada su intimidad o vida privada entre otros supuestos, cuando el patrono en ejercicio de su poder de control y supervisión accede a su cuenta de *Facebook* quedando al descubierto datos del trabajador que quizás no hubiese querido compartir con su patrono, mientras que en el caso del empleador, la afectación a sus derechos se materializa principalmente por los comentarios publicados por sus trabajadores en *Facebook*.

La falta de toma de conciencia real²⁸ por parte del trabajador o empleador de que sus datos personales pueden ser accesibles por cualquier persona y del valor que éstos pueden llegar a alcanzar en el mercado, pone en riesgo además del derecho a la intimidad, vida privada, honor y reputación, el derecho a la libertad de empresa del patrono que se ve descubierto al ser revelados por su trabajador asuntos relativos al manejo, elaboración de sus productos o datos de índole personal del patrono o de los representantes del empleador en caso de ser persona jurídica.

El contrato de trabajo que nace por el acuerdo de voluntades²⁹ del trabajador y del empleador, genera derechos y obligaciones para ambas partes. Desde el

28 Tomado del “Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line”, realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Agencia Española de Protección de Datos, citados por la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-260/12, Referencia: expediente T-3.273.762, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-260-12.htm>

29 Acuerdo de voluntades expresas ya sea en un contrato escrito o verbal. En algunos casos como el establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras de Venezuela, no es necesario que exista el contrato de trabajo, basta que la prestación personal de un servicio sea recibida por otra persona, para presumir que se está en presencia de

inicio de la relación laboral, se establecen las normas y condiciones de trabajo, pudiendo ser modificadas con el transcurrir de los días, pero siempre que exista una causa justificada para ello según la legislación laboral que esté en vigencia, surge para las partes, la posibilidad de acatar o no la modificación realizada.

Dentro de las normas y condiciones de trabajo, se puede regular el uso de los equipos que van a ser utilizados para la prestación del servicio contratado. Estos equipos entre otras herramientas de trabajo, son de diversa índole, dadas las necesidades del servicio.

En el caso de los ordenadores, teléfonos celulares y otros equipos telemáticos que permitan el acceso a *Facebook* si estos han sido puestos a disposición del trabajador para la realización de su labor, en aras de salvaguardar el derecho a la intimidad de éste, debe el empleador notificarle en la forma más detallada posible las normas de uso de dichos equipos.

El empleador gracias al *ius variandi* y el consecuente poder de control y supervisión del trabajador, está en plena libertad de colocar los límites que juzgue pertinentes en relación al funcionamiento de su empresa y al uso de los equipos y herramientas de su propiedad. En el caso de equipos telemáticos e informáticos, dadas sus características comunicacionales, puede el patrono establecer que el control no se limitará solo al encendido, apagado, estado de mantenimiento del equipo, sino también a los sitios que sean visitados con inclusión de los contenidos en ellos publicados, permitiendo o no el acceso a dichos sitios para fines personales o solo laborales.

El trabajador que ha sido advertido por su empleador del alcance de su poder de supervisión y control en la relación laboral, y de un uso exclusivo para fines laborales, está en pleno conocimiento que los sitios que visite en Internet incluyendo las redes sociales, podrán ser objeto de revisión del contenido publicado, siempre que el acceso a los mismos haya sido mediante el uso de los equipos del patrono. En este caso, el derecho de intimidad del trabajador ha sido expuesto voluntariamente por él, ya que conociendo que su patrono puede controlar el movimiento de sus equipos, debe entenderse que si los usa para fines personales, es porque desea compartir con su empleador los contenidos publicados en *Facebook* u otras redes sociales. De forma tal, que en el supuesto planteado, las normas y condiciones del trabajo que fueron notificadas al trabajador, sirvieron como contraseña para el acceso a su *Facebook*.

Otro escenario se puede presentar, al establecerse dentro de las normas de uso de los equipos telemáticos e informáticos entregados al trabajador, la posibilidad que éste los utilice para fines personales. En este caso, el acceso a Internet para asuntos personales, esté quizás limitado por el horario, ya sea que forme parte o no de la jornada laboral. En principio la jornada de trabajo debe

una relación de trabajo subordinada, claro esta que ésta es una presunción *iuris tantum* que se desvirtúa solo si se demuestra que en dicha relación no se encuentran presentes los postulados de subordinación, ajenidad, remuneración propios de las relaciones de trabajo.

dedicarse a la ejecución del servicio contratado, pero está siendo permitido en algunas empresas el uso del “e-descanso”³⁰ en el que a pesar de estar dentro de la jornada de trabajo, el trabajador puede usar sus equipos o los del empleador para acceder a su correo electrónico, redes sociales o simplemente navegar en la web. En este caso la supervisión recaerá sobre el tiempo que dure el «e-descanso» y su forma de uso, pero si también se quieren revisar las informaciones y contenidos publicadas por el trabajador desde los equipos del empleador, éste deberá contar con autorización³¹ previa para ello, garantizando así el derecho a la intimidad y vida privada del trabajador.

Los conceptos de intimidad y vida privada, usados algunas veces como sinónimos, tienen contenidos distintos según Ortiz-Ortiz³² quien señala que “...la vida privada es un marco referencial necesario para determinar la intimidad, pero que aluden a bienes jurídicos diferentes, y en este sentido todo elemento de la intimidad es per se de la vida privada pero no a la inversa”.

En lo que al derecho de intimidad respecta, merece destacarse el Informe de la Comisión de Calcutt sobre Intimidad y Cuestiones Afines, referido por Riquert³³ según el cual:

“...el derecho a la intimidad sirve para que se lo proteja de:

- la intromisión física
- la publicación de un material personal que se pudiese considerar perjudicial o embarazoso (ya sea verdadero o no);
- la publicación de un material inexacto o engañoso; y
- la publicación de fotografías o grabaciones de un individuo que hayan sido realizadas sin su consentimiento”.

³⁰ El e-break o e-descanso, consiste en concederle al trabajador un lapso de diez minutos para que ingrese a las Redes Sociales o simplemente para que navegue por internet dentro de su jornada laboral, práctica que según el estudio encargado por la empresa PopCap y dirigido por psicólogos de la Universidad de Goldsmiths, tiene efectos positivos sobre la productividad del trabajador, toda vez que reduce el estrés, ayudada a despejar la mente del trabajador, a la vez que se contribuye a crear un ambiente de trabajo basado en la confianza y aumentar la moral del equipo de trabajo. Tal y como lo reseñó en su artículo “Uso de las Redes Sociales dentro de la Jornada Laboral” Pablo Zeledón, director de la carrera de Derecho en la Universidad Central de Costa Rica. Disponible en: <http://www.universidadcentral.com/web/actualidad-uc/uso-de-las-redes-sociales-dentro-de-la-jornada-laboral>

³¹ Autorizaciones que muchas veces se establecen desde el inicio de la relación de laboral, en los respectivos contratos de trabajo.

³² ORTIZ-ORTIZ, R. (2002). “Configuración del Derecho a la Intimidad como Derecho Civil Fundamental”. *Revista de Derecho*, 5, 87-149.

³³ RIQUERT, M. (2003). La protección penal de la intimidad en el espacio virtual. Buenos Aires: Ediar, pag. 49, en versión electrónica disponible en: <http://riquertdelincuenciainformatica.blogspot.com/2008/01/derecho-penal-informtica-e-intimidad.html>.

En cuanto al comparativo con la expresión ‘vida privada’ resulta importante la reflexión efectuada por Rebollo³⁴ de la cual se toman cuatro ideas principales:

- El elemento volitivo en la intimidad es total, en comparación con dicho elemento en la vida privada que es sólo parcial, toda vez en esta última existe una parcela indisponible derivada de la interrelación social.
- Los límites de la intimidad son establecidos únicamente por el individuo, lo que se observa en la vida privada pero en una menor medida.
- La intimidad es la concreción o realización efectiva de una parcela de la vida privada.
- La vida privada es “lo generalmente reservado” en tanto que la intimidad es “lo radicalmente vedado, lo más personal”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁵ no hace distinción entre intimidad y vida privada, ya que establece en su artículo 12 que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Por su parte la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si utiliza los términos intimidad y vida privada por separado, consagrado en su artículo 60 el derecho que tiene toda persona a “la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación”. Y añade un aspecto de suma importancia en el caso en cuestión, al establecer que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

Sobre la privacidad de los comentarios de un trabajador en Facebook, se pronuncio en Canadá, la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica, en el caso *Lougheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union*³⁶, donde la empresa decidió despedir a dos de sus empleados por diversos comentarios insultantes, agresivos y ofensivos en sus páginas de *Facebook*, situación por la cual su sindicato planteó una queja ante la junta antes mencionada. Entre las argumentaciones esgrimidas por la parte trabajadora, destaca la de la violación a la privacidad de los empleados, debido a la naturaleza íntima que para ellos tenía *Facebook*. Como parte del razonamiento expuesto en la decisión final, la junta determinó:

³⁴ REBOLLO, L. (2005). *El Derecho Fundamental a la Intimidad*. (2ª Ed.) Madrid: Dykinson, p 74-75.

³⁵ Artículo 12 de la declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

³⁶ Tomado del artículo “Redes Sociales y el Despido Sanción” escrito por María del Rocío Carro Hernadez y Gabriel Espinoza C. Disponible en: http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/revista9/pdf/arti_01_09.pdf

“Los comentarios formulados por los reclamantes en *Facebook* fueron los comentarios perjudiciales sobre el negocio del Empleador (...) Estos comentarios fueron hechos para Facebook a casi 100 o 377 personas, incluyendo empleados. Me parece, con base en los hechos y el análisis en *Leduc v. Romana*, que los reclamantes no podían tener una expectativa seria de privacidad cuando publicaron comentarios en sus sitios web de *Facebook* y por lo tanto los comentarios son perjudiciales para el negocio del empleador”.

En España, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, en sentencia 3636/2007 del 26 de mayo de 2007³⁷, al analizar la procedencia de despido por comentarios de un trabajador en su Blog, señaló:

“Estamos de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al que puede acceder cualquier persona ajena, implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quien lo promueve o utiliza. La Web-blog no va dirigida a ninguna persona en concreto y conlleva que cualquier persona tenga acceso, porque es un espacio abierto, de manera que se renuncia a la privacidad de su contenido”³⁸.

El fundamento de la referida sentencia del Tribunal Superior, se puede igualmente aplicar a los contenidos publicados en *Facebook* que sean de acceso al público, e inclusive según lo señalado por relaciones laborales de la Columbia Británica en el caso citado, la idea de privacidad deberá atender al número de personas que tuvo a su disposición lo publicado por el trabajador, independientemente que el acceso a dichos contenidos sea abierto al público³⁹ o solo a los amigos.

De lo anteriormente expuesto, en aras de salvaguardar el derecho a la intimidad del trabajador sin menoscabar el poder de dirección y control del

³⁷ *Ídem*.

³⁸ No obstante todo lo anterior, una situación volcó el juicio a favor del trabajador. La falta de comentarios de forma directa en contra de la empresa o sus representantes, o en contra de compañeros de trabajo, indujo al Tribunal a fallar a favor del ex empleado: “Los escritos imputados como vejatorio e insultantes no se refieren de forma clara a ningún directivo ni trabajador o compañero, ni siquiera se cita el nombre de la empresa recurrente. Las expresiones descalificadoras son escritas de forma general y por tanto no podemos entender que constituyan ofensas e insultos dirigidos de forma concreta a la empresa, los directivos o los trabajadores, tal como requiere la tipificación de la falta disciplinaria contemplada en el artículo núm. 54 del Estatuto de los Trabajadores (RD. Legislativo 1 / 1995), aunque la recurrente se considere razonablemente al aludida como empleadora del trabajador cuando trata temas laborales en la forma transcrita”.

³⁹ Los contenidos pueden estar expuestos al público en general bien porque así lo quiere quien abre su cuenta en Facebook o por no establecer adecuadamente su perfil de privacidad en el momento del registro, ya sea por desconocimiento o porque la red no disponga de estas opciones de configuración. Tal y como se desprende del estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line, realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: http://documentostics.com/component/option/_docman/task,cat_view/gid,145/Itemid,3/.

patrono, se desprende la necesidad de notificar previamente al trabajador sobre las normas de uso de los equipos telemáticos durante la jornada de trabajo, detallando de la forma más precisa el alcance del poder de supervisión del patrono, siendo conveniente indicar si el mismo abarca el contenido de lo publicado en las redes sociales y demás sitios de Internet en los términos expuestos al tratar “la notificación de las normas de trabajo como “contraseña” de *Facebook*” o si por el contrario solo se limitará al uso de los equipos telemáticos sin incluir la información, datos, opiniones, en fin contenidos enviados, recibidos, visitados o publicados por el trabajador⁴⁰.

⁴⁰ Queda a salvo como ya se dijo, la información que obtenga el patrono, bien sea por ser contacto del trabajador en su Facebook, o por ser información pública, o por tener acceso a ella gracias a terceras personas.

La responsabilidad de los proveedores de servicios en las redes sociales

Nayibe Chacón Gómez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza de la relación entre proveedor y usuario de las redes sociales. 1. Descripción del servicio. 2. Principales actores a) El proveedor de servicios b) El usuario. 3. Relaciones contractuales. III. La responsabilidad civil en la prestación del servicio de redes sociales. 1. Régimen de responsabilidad civil de los proveedores o prestadores de Servicio de la Sociedad de la Información según la Directiva 2000/31/CE. 2. Régimen de responsabilidad civil de los proveedores o prestadores de servicios de la Sociedad de la Información según la ley española 34/2002. 3. Régimen de responsabilidad civil de los proveedores o prestadores de servicio de la Sociedad de la Información: el caso venezolano. IV. Conclusiones.

Resumen

La presente investigación tiene por objeto el análisis de la naturaleza jurídica de la relación entre los proveedores y usuarios de las redes sociales en Internet, con la finalidad de determinar la responsabilidad civil del proveedor a la luz del Derecho de las obligaciones. El trabajo se centra en el estudio de las doctrinas propias del ordenamiento jurídico sobre las fuentes de las obligaciones del Derecho europeo, español y venezolano para luego aplicarlas en las relaciones que tienen lugar en las redes sociales y concluir con aspectos técnicos y jurídicos de gran importancia y actualidad en esta materia.

Palabras clave: Responsabilidad Civil. Proveedores. Redes Sociales. Protección. Usuarios

Recibido: 28/5/2013 • Aceptado: 23/6/2013

* Abogada. Especialista en Derecho Mercantil. Doctora en Ciencias Mención Derecho. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Sección de Derecho Mercantil, Investigadora-Docente, categoría: Asociado. Profesora de Pregrado y Postgrado de Derecho Mercantil. nayibe.chacon@ucv.ve

Abstract

The goal of this research is to study the legal nature of the relationship between providers and users of social networks, in order to determine the liability of providers under the Law of obligations. The study is based on legal doctrines about sources of obligations under European, Spanish, and Venezuelan Law, which are applied later on to the relationships that take place in social networks, and conclude with technical and legal aspects of important value and relevance in this matter.

Keywords: Liability. Providers. Social Networks. Protection. Users

I. Introducción

Vista la creciente intromisión de Internet en nuestras vidas resulta imposible negar la transformación que ha surgido en las últimas décadas de la manera de relacionarnos con nuestro entorno. Somos los mejores testigos de cómo se ha creado y sigue creándose una infraestructura global accesible, por su comodidad para casi todas las personas, dado las múltiples interrogantes acerca de las posibilidades de uso y acceso a los servicios y bienes en línea para todos los estratos sociales, han ido desapareciendo.

El impresionante alcance de las innovaciones electrónicas en la transmisión de datos en tiempo real ha pasado de ser una actividad de simple interés tecnológico para convertirse en objeto de análisis desde el punto de vista jurídico, económico, político y social.

La creación en el año 1989 de la *World Wide Web* (www) por el científico británico Tim Bernes-Lee evolucionó por completo las bondades hasta esos momentos conocidas de Internet. La aparición de un mayor número de creadores de programas y de nuevas formas de interacción en la creciente Sociedad de la Información ha alcanzado su punto máximo con la aparición de las Redes Sociales en Internet (RSI).

Si bien se pudiera pensar que las RSI constituyen un acontecimiento reciente, lo cierto es que se trata de un hecho que viene manifestándose desde hace décadas. Queda claro que las redes sociales comenzaron a surgir sólo a partir de la consolidación de la red Internet, aproximadamente en 1995. Es desde entonces cuando comienzan a emerger muchos de los grandes servicios que dominan actualmente el mercado virtual, tales como los de correo electrónico, almacenamiento de documentos, intercambio de archivos y compras virtuales, así como cientos de servicios menores y anuncios publicitarios. Si a finales de la primera década del siglo XXI no entendíamos como habíamos vivido sin Internet, hoy no sabemos cómo manejar nuestras relaciones sociales sin estas redes de comunicación global.

En la presente investigación nos centraremos en presentar la naturaleza de la relación entre el proveedor del servicio de la red social y el usuario, para estudiar cuál es el nivel de vulnerabilidad de esta relación y la responsabilidad civil principalmente del proveedor a la luz del Derecho de las obligaciones. En este sentido, el presente estudio enlaza proposiciones que operan desde las doctrinas propias del ordenamiento jurídico sobre las fuentes de las obligaciones, para luego verterlos en las relaciones que tienen lugar en las redes sociales, para concluir con aspectos tecno-jurídicos de gran importancia y actualidad¹. Los datos aquí aportados son el reflejo de la selección y análisis de bibliografía sobre las relaciones que tienen lugar en las RSI y la responsabilidad civil; para luego presentar las conclusiones de manera lógica y sencilla para todos los lectores, no pretendemos abarcar exhaustivamente el tema, dada la complejidad del mismo.

II. Naturaleza de la relación entre proveedor y usuario de las redes sociales

1. Descripción del servicio

“Las redes sociales son sin duda alguna las principales plataformas de comunicación en los medios sociales, porque son las que mejor permiten a los usuarios relacionarse entre sí, mediante el intercambio de experiencias y eventos de su vida diaria y la interconexión entre diferentes grupos de amigos de cada usuario”².

Las redes sociales han sido definidas por el Grupo Europeo de Autoridades de Protección de Datos³, en el documento sobre redes sociales online, denominado: *Opinión 5/2009*⁴, como “las plataformas de comunicación en línea que permiten a individuos unir o crear las redes de usuarios de la misma opinión” y cuyas características comúnmente establecidas son: 1. Invitan a usuarios a proporcionar

¹ La importancia del estudio de las redes sociales y sus implicaciones desde la perspectiva jurídica me fue manifiesto con ocasión de servir de tutora de una tesis presentada para obtener el título de abogado por dos estudiantes de la Universidad Metropolitana, en ese estudio titulado: *Análisis de la relación jurídica entre la red social Facebook y el Usuario*, Joel KOHN SALAMA y Jorge GONZÁLEZ BELFORT, sus autores, no sólo analizaron el peculiar origen de la famosa red social, sino adelantaron conceptos que bien pueden abrir la puerta a la realización de numerosos trabajos en el área del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de Consumo, algunos de los cuales son trabajados en esta investigación.

² Rafael BONNELLY RICART, “La Huella Social: Cómo los usuarios tomaron control de Internet”, Caracas, *El Nacional*, 2011, p. 41.

³ Ver sobre las actividades del Grupo Europeo de Autoridades de Protección de Datos, en: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm

⁴ Grupo Europeo de Autoridades de Protección de Datos, *Opinión 5/2009*, [en línea] Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf [Consulta 19 agosto 2012]

datos personales con el objetivo de generar una descripción de ellos o “el perfil”. 2. Los servicios de redes sociales también proporcionan los instrumentos que permiten a usuarios fijar su propio material (el contenido generado por el usuario puede ser una fotografía o una entrada de diario, la música o el clip video o se vincula a otro sitios). 3. La “interconexión social” permiten a cada usuario crear una lista de contactos, con la cual los usuarios pueden interactuar reciprocamente. Así las RSI generan la mayor parte de su ingreso por la publicidad que se muestra junto a las páginas Web de la red social a la cual tienen acceso los usuarios. Se destaca que los usuarios que fijan grandes cantidades de información sobre sus intereses, en sus perfiles ofrecen un mercado refinado a anunciantes que desean colocar publicidad basada en aquella información.

Así tenemos que el núcleo de las actividades de algunas RSI, tales como *Twitter* y *Facebook*, consiste en una interfaz social que permite a los usuarios que se encuentran registrados en la misma, a través de la creación de una cuenta, relacionarse y entrar en contacto con los demás usuarios de inmediato al navegar en la página. La interfaz puede permitir igualmente compartir determinados tipos de archivos, específicamente contenido de tipo visual, así como archivos musicales y direcciones web, todo ello integrado con el diseño y la orientación de la creatividad. De la misma manera, las RSI pueden incorporar otros servicios como el chat o sala de conversación, los juegos online, la posibilidad de enviar regalos en combinación con mensajes, mensajería privada y toda una serie de elementos lúdicos.

Consolidado el concepto principal de las RSI, a la fecha han alcanzado un número importante de usuarios⁵, así que estas redes son el foco de atención de anunciantes y proveedores de todo tipo de bienes y servicios interesados en llegar a interactuar con esos potenciales consumidores y usuarios de sus marcas y productos. Así uno de los elementos más exitosos de muchas de las RSI ha sido su capacidad para anticipar que cierta información de los usuarios (si no toda), debía estar al alcance de los anunciantes para permitirle a sus respectivos asesores publicitarios diseñar mejores campañas en función de los gustos personales de los usuarios.

⁵ “Según el análisis efectuado por ComScore, y para hacernos una idea de la dimensión del fenómeno, sólo el servicio de red social *Facebook*, el sexto sitio más visitado del mundo, registra 275 millones de visitas al mes. En Europa, el pasado mes de febrero, unos 100 millones de personas habrían accedido al servicio Facebook, que supone cuatro de cada cien minutos pasados en línea y representa más del 30% del tiempo total invertido en sitios de RSC, frente a sólo un 12% el año anterior”. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Repercusión de las redes sociales de comunicación e interacción en el ciudadano/consumidor”, Ponente: Jorge Pegado Liz, [en línea] Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:128:0069:0073:ES:PDF> [Consulta: 22 de agosto de 2012].

2. Principales actores

La generalidad de las RSI que actualmente son utilizadas cuentan con una estructura similar, donde podemos identificar al menos dos personajes que interactúan en la red: 1. El proveedor de servicios de la red social, aquella persona natural o jurídica, que proporcionan la infraestructura de la red; y 2. El usuario, aquella persona natural o jurídica que crea una cuenta en una RSI. Entre estos dos actores se desarrollan distintos tipos de relaciones, todas basadas en la confianza que se tiene en el uso de la red, sobre todo porque las RSI se inician y se mantienen a través de suministrar y compartir información entre los usuarios sus amigos o seguidores, información que ha sido solicitada y que se encuentra depositada en los servidores del proveedor de la RSI.

a) El proveedor de servicios

Es importante ubicar al proveedor de la red social dentro de los Proveedores de Servicios de Internet, también conocidos como “ISP” (en inglés *Internet Service Provider*), son empresas encargadas de prestar el servicio de acceso a Internet.

Siguiendo la clasificación anotada por algunos autores⁶, podemos distinguir claramente dos tipos de proveedores de servicios de Internet, a saber: 1. *Los Proveedores de Acceso a Internet*, conocidos como “IAP” (en inglés *Internet Access Providers*), que hacen posible la entrada a la red, con independencia de los portales a que se acceda o de la información que sea buscada. Por una cuota o pago mensual, el proveedor da un paquete de software, un nombre de usuario, una contraseña y un número de teléfono de acceso, a través de un módem o banda ancha estos proveedores simplemente permiten navegar por el *World Wide Web*, el *USENET*, y enviar y recibir correo electrónico. En Venezuela podemos citar por ejemplo las siguientes empresas prestadoras del servicio: Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV) y Movistar, entre otras.

2. *Los Proveedores de Alojamiento en Internet*, también conocidos como “HSP” (en inglés *Host Services Providers*), almacenan y mantienen los contenidos en un servidor con el fin de que los usuarios al conectarse a Internet accedan a esos contenidos o los recuperen. La utilización de los servicios

⁶ LIPSZYC, Delia. *Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional*. Asunción: OMPI, SGAE, Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay, noviembre de 2005. (En: XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE) citado por: David Felipe ÁLVAREZ AMÉZQUITA, Julio Cesar PADILLA HERRERA, Andrea Liliana GARZÓN ZULUAGA y Laura Yolanda MUÑEZ HERNÁNDEZ. *Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor*, En: *Studiositas*, edición de diciembre de 2009, 4(3): 51-64, [en línea] Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3658940.pdf> [Consulta: 21 de agosto de 2012].

ofrecidos por los proveedores de alojamiento, se centran en el alojamiento Web, requerido para publicar un sitio Web, los cuales constan de varios archivos de datos que conforman las páginas navegables de un sitio en línea. Principalmente, el servicio de alojamiento Web es almacenar los archivos en un servidor de datos que carga directamente a la Web, proporcionando conectividad a Internet y permite a los usuarios acceder a su sitio a través de su nombre de dominio elegido; sin embargo, los servicios de alojamiento Web pueden variar enormemente, desde la pequeña escala de alojamiento de archivos para páginas web personales a alojamiento más completos con base de datos y soporte de script⁷.

Por su parte, la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*⁸ de España, utiliza la expresión “Prestador de servicios” o “prestador” definiéndolo como “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. Se definen los “servicios de la sociedad de la información” como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4. El envío de comunicaciones comerciales. 5. El suministro de información por vía telemática. 6. El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual”.

Luego la Ley 34/2000 establece de manera separada el “Servicio de intermediación” como una especie dentro de los Servicios de la Sociedad de la Información, que facilita la prestación o utilización de otros servicios de dicha sociedad o el acceso a la información. Se describen como Servicios de Intermediación los siguientes: a) la provisión de servicios de acceso a Internet, b) la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, c) la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, d) el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y e) la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

⁷ Para más información sobre servicios de alojamiento Web se puede consultar: <http://web-hosting-review.toptenreviews.com/>

⁸ Ley Española 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. [en línea] Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/07/12/pdfs/A25388-25403.pdf> [Consulta: 22 de agosto de 2012].

De una lectura del contenido de citada legislación española, se pueden clasificar a los prestadores de los servicios de la Sociedad de la Información en los siguientes tipos:

1. *Los operadores de redes y proveedores de acceso*, aquellos que prestan servicios de intermediación que consiste en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o faciliten acceso a dicha red.
2. *Los prestadores de servicio de transmisión*, aquellos que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal.
3. *Los prestadores de servicio albergar*, aquellos que albergan datos proporcionados por el destinatario de este servicio.
4. *Los prestadores de servicios de enlace*, aquellos que facilitan enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos.

Ahora bien, a la luz de lo mencionado, se pueden identificar a los Proveedores de Servicios de Redes Sociales (PSRS), como un tipo muy especial de proveedor de servicio de Internet o de prestador de servicios de la Sociedad de la Información, así y de conformidad con la citada *Opinión 5/2009* del Grupo Europeo de Autoridades de Protección de Datos, los PSRS son “reguladores de datos” y proporcionan el medio para el tratamiento de los datos del usuario, junto a todos los servicios “básicos” relacionados con la dirección de usuario (por ejemplo: el registro y la tachadura o eliminación de cuentas). Los PSRS también determinan el empleo que puede ser hecho de datos de usuario para anunciar y comercializar objetivos –incluyendo la publicidad proporcionada a terceros⁹.

b) El usuario de la red social

Cuando se utiliza la palabra “usuario” nos estamos refiriendo a una categoría propia de personas, es decir, aquellas que se encuentran reguladas de manera especial y en algunos casos excepción por el Derecho de consumo.

El usuario de las RSI es aquella persona natural o jurídica que utiliza, por cualquier motivo, los servicios de las RSI. En este sentido, se podría incorporar a la denominación de “destinatario del servicio” o “destinatario” que otorga la Ley Española 34/2002, para la: “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”.

⁹ http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf

Los usuarios de las RSI han sido clasificados a través de su “perfil tecnográfico” tomando en consideración las actividades que éstos desarrollan en las redes y su nivel de participación, así tenemos¹⁰:

1. *Los creadores*: aquellos que se caracterizan desarrollar todas o algunas de las siguientes actividades: publicar en blogs, tener sus propias páginas web, crear y subir videos y/o música tanto propia como de otros, y escribir y publicar artículos.
2. *Los conversadores*: aquellos que se caracterizan principalmente por actualizar sus perfiles constantemente en todas las RSI en las que participan.
3. *Los críticos*: aquellos que se caracterizan por crear entradas y comentarios sobre productos y servicios en la red.
4. *Los coleccionistas*: aquellos que se caracterizan por utilizar los buscadores sociales de noticias y demás servicios de distribución de contenidos-
5. *Los que se apuntan*: aquellos que se inscriben en alguna RSI y mantienen su perfil sin actualización.
6. *Los espectadores*: aquellos que se caracterizan por leer, escuchar y ver comentarios y productos de los demás usuarios.
7. *Los inactivos*: aquellos a quienes no le importa o no le interesa el mundo digital y lo que ocurra en éste, aunque tienen acceso al mismo.

De la clasificación anotada podemos destacar, como lo hacen los autores¹¹, que ciertos sujetos que frecuentan la red son simples usuarios que navegan en busca de información; otros (que cada vez se confunden más con los anteriores) son propietarios o licenciarios de información en forma de contenidos protegidos, lo que tienen en común todo tipo de usuario, es que todos ellos dispensan información a la RSI desde el momento que se registran para acceder a ella.

3. Relaciones contractuales en las redes sociales

En la mayoría de las RSI, el ingreso requiere un registro en línea, donde el usuario introduce sus datos personales, creando así un perfil con la identidad “real” del nuevo miembro. De la misma manera, al ingresar, el usuario debe aceptar una serie de términos y condiciones que han sido identificados como las “*condiciones generales de contratación*” que se encuentran compuestas de “cláusulas estándar”, conocidas como “aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y que son utilizadas de hecho sin ser negociadas con la otra parte... Ellas son frecuentes en una multitud de contratos

¹⁰ Rafael BONNELLY RICART, “La Huella Social:..., *ob. cit.*”, pp. 31-32.

¹¹ David Felipe ÁLVAREZ AMÉZQUITA, Julio Cesar PADILLA HERRERA, Andrea Liliana GARZÓN ZULUAGA y Laura Yolanda MUÑEZ HERNÁNDEZ. *Proveedores de Servicios de Internet...*, *ob. cit.*, p. 52.

celebrados a través de formularios o contratos tipo pre redactados, tales como las pólizas de seguro, los contratos de tarjetas de crédito, el leasing mobiliaria o inmobiliario, etc.”¹² a esta lista se le puede sumar los contratos realizados a través de los medios electrónicos.

En las condiciones generales de contratación de las RSI, como en la mayor parte de los contratos celebrados a través de los medios electrónicos, “la aceptación se manifiesta pulsando en un lugar señalado “ad hoc”, cliqueando en un botón o icono en el que se incluyen las expresiones “OK” o “aceptar” (o la expresión de la tecla “enter”), por ejemplo en una página “web” que funciona como tienda virtual”¹³.

Esta situación ha permitido afirmar que la relación entre el PSRS y el usuario, se inicia con la aceptación de dichas condiciones generales de contratación formadoras de un contrato, del tipo adhesión¹⁴, en el cual el usuario, navegante en la red, deberá suministrar información de tipo personal y se sujeta a las condiciones y reglas elaboradas por el PSRS¹⁵.

En Venezuela, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios define el contrato de adhesión en los siguientes términos: “los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”¹⁶.

Según la doctrina patria en este tipo de contratos donde se presenta una superioridad de una de las partes frente a la otra, se pueden conseguir con que las condiciones de contratación se encuentren redactadas de manera tal que crean cláusulas abusivas o que son dañosas por crear cargas exorbitantes para una de las partes, llamada “débil jurídico”¹⁷. A este último el legislador se

¹² José MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, 4ª Edición Corregida y Ampliada. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2006, p. 525.

¹³ José Ricardo PARDO GATO, *Las Páginas Web como soporte de condiciones generales contractuales*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 50.

¹⁴ “No necesariamente deben identificarse estas “condiciones generales de contratación” con el concepto de “contrato de adhesión”, pues aunque sea en teoría, nada se opondría a que las “condiciones generales de contratación” sean el fruto de un acuerdo libremente discutido entre las partes para precisar un conjunto de reglas aplicables a un contrato paritario que ellas resuelven celebrar”. José MELICH ORSINI, *Doctrina General...*, *ob. cit.*, p. 525.

¹⁵ “Al clicar el usuario acepta, generalmente sin leer, un universo de declaraciones perfiladas por distinguidos colegas americanos. Como contrato de adhesión ha sido redactado unilateralmente y no da lugar a negociar los términos de inclusión. Si no se está de acuerdo, se está fuera de la plataforma social”. Fernando TOMELO, *Las Redes Sociales y su régimen de responsabilidad civil* [en línea]. Disponible en: www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/las-redes-sociales-y-su-regimen-de-responsabilidad-civil [Consulta: 22 de agosto de 2012].

¹⁶ Artículo 70 de la *Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*, Gaceta Oficial No. 39.358 de fecha 1º de febrero de 2010.

¹⁷ “...no todas las cláusulas contenidas en las “condiciones generales de contratación” o aun en un “contrato de adhesión” son necesariamente “cláusulas abusivas”, así como nada es

encuentra llamado a proteger, de allí que de conformidad con la legislación venezolana la protección al consumidor y usuario es materia de orden público e irrenunciable por las partes.

III. La responsabilidad civil generada por la utilización de las redes sociales

“La responsabilidad civil es el fenómeno jurídico del cual se hace derivar un derecho de indemnizatorio, por las acciones, omisiones o incumplimiento de una obligación, cometidas por una persona, bien sea persona física o jurídica, y que han causado un daño, cualquiera que sea su naturaleza (corporal, material, patrimonial o de índole moral), y en el que haya mediado algún grado de culpa o negligencia. Que aparece como la necesidad jurídica de hacer frente a las consecuencias del obrar culpable –culposo o doloso- que ha ocasionado un daño a otro. Su supuesto, el acto ilícito, concebido como el acto voluntario con cuya ejecución se viola una norma y que, de producir un daño, obliga a su autor a repararlo”¹⁸.

Unas vez anotado lo anterior debemos advertir que la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual, según exista o no una relación convencional entre las partes; “es tradicional en nuestro sistema jurídico distinguir entre “responsabilidad contractual” y “responsabilidad extracontractual”... y considerar que solamente estamos en presencia de la primera cuando 1º) existe un contrato entre quien reclama por la ilicitud de una conducta y aquél a quien ella se le imputa; 2º) la ilicitud de la conducta imputada consiste en la contravención de una obligación emergida de ese contrato; y 3º) el daño cuyo resarcimiento se reclama consiste en la privación de una ventaja a la cual no se habría tenido derecho sin tal contrato”¹⁹.

Habría responsabilidad civil contractual por actividades realizadas en Internet, y especialmente en los contratos de uso de las RSI, cuando las partes del contrato de adhesión hayan incumplido el alcance del mismo, ya sea por acción o por omisión, “se afirma que quien opera una base de datos... y ofrece sus servicios a terceros asume frente a su contraparte contractual una obligación de seguridad en cuanto al contenido, exactitud y periodicidad de la información que suministra.

obstáculo para que aun en contratos paritarios una de las partes, prevalecida de la situación de necesidad en que se haya su contraparte, imponga determinadas cláusulas abusivas. No por eso deberá clasificarse este contrato en su integridad como un contrato de adhesión, si bien habrá que purgar el mismo de cuantas puedan reputarse cláusulas abusivas”. José MELICH ORSINI, *Doctrina General...*, ob. cit., p. 526.

¹⁸ Katherine FUNDINAGA, *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios Internet* [en línea]. Disponible en: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/2/D124T07237/35/.../411768> [Consulta: 21 de agosto de 2012].

¹⁹ José MELICH ORSINI, *Doctrina General...*, ob. cit., pp. 452-453.

El gestor de un banco de datos debe suministrar información correcta al usuario, lo que implica un compromiso de permanente actualización²⁰.

Por su parte, estaremos en presencia de la responsabilidad extracontractual “cuando la obligación violada no ha nacido del contrato aunque exista un vínculo de este tipo entre el agente del daño y la víctima”²¹. Autores anotan que “para que se dé la responsabilidad civil extracontractual por actividades realizadas en la Internet, es necesario que existan cuatro presupuestos: (i) una acción o una omisión dañosa; (ii) un daño de carácter moral o patrimonial actual o futuro; (iii) un “nexo causal” entre la acción o la omisión y el daño y (iv) un criterio de imputación de la responsabilidad”²².

En ambos casos, en la responsabilidad civil contractual y en la responsabilidad civil extracontractual, el elemento común es la ocurrencia de un “daño”²³ que puede ser imputado a una persona determinada, en el caso que nos ocupa, esa persona sería el PSRS como agente del daño, y como víctima de ese daño encontramos al usuario de esa red. En tal sentido, nos referiremos a continuación al daño que puede ocurrir en el contexto informático y especialmente en las RSI.

“La gran variedad de supuestos de responsabilidad civil vinculados a la utilización de la informática hace imposible abarcarlos todos... piénsese solamente en los distintos supuestos de responsabilidad civil que podrían surgir para las partes intervinientes en contratos informáticos abarcando tanto la adquisición de *hardware* como del *software*; los supuestos de responsabilidad civil por daños causados por la utilización de bancos de datos informatizados; los daños ocasionados por la transmisión de contenidos ilícitos o nocivos a través de Internet o a los cuales se pueda acceder a través de dicha red; las lesiones a la propiedad industrial o intelectual; los supuestos de competencia desleal; la responsabilidad civil que surge de la celebración de contratos celebrados a

20 Enrique URDANETA FONTIVEROS, “Orientaciones Modernas en el Derecho de Daños”, en: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio. Serie Eventos* No. 23, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2007, p. 657.

21 Claudia MADRID MARTINEZ, *La Responsabilidad Civil como Mecanismo de Protección de Consumidores y Usuarios*, en Homenaje a Anibal Dominicci, Ediciones Liber, Caracas, 2008, p. 95.

22 David Felipe ÁLVAREZ AMÉZQUITA, Julio Cesar PADILLA HERRERA, Andrea Liliana GARZÓN ZULUAGA y Laura Yolanda MUÑEZ HERNÁNDEZ. *Proveedores de Servicios de Internet...*, *ob. cit.*, p. 59.

23 “Se denomina daño a la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que le acongoja”. David Felipe ÁLVAREZ AMÉZQUITA, Julio Cesar PADILLA HERRERA, Andrea Liliana GARZÓN ZULUAGA y Laura Yolanda MUÑEZ HERNÁNDEZ. *Proveedores de Servicios de Internet...*, *ob. cit.*, p. 59.

través de medios electrónicos; la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos informáticos, etc.”²⁴

De la lectura pormenorizada de trabajos sobre la naturaleza de los daños que pueden tener lugar en el contexto de las Tecnologías de la Información y Comunicación, especialmente en el servicio de acceso, en el servicio de hospedaje y el servicio del proveedor de contenido en Internet, se concluye que todas estas actividades son susceptibles de ser generadoras de daños y por tanto, las mismas representan un riesgo tanto para el usuario como para el proveedor de los servicios, especialmente de las RSI.

Los autores consideran que la actividad de gestión de bancos de datos, es decir, de compilación, transmisión y almacenamiento de información emitida por los usuarios constituye una “actividad peligrosa” y que hace “civilmente responsable a quien cause un daño en el desarrollo de esta actividad, salvo que demuestre haber adoptado todas las medidas adecuadas para evitar dicho daño. Se basa esta responsabilidad civil objetiva en el hecho de entender que el procesamiento electrónico de datos constituye una actividad riesgosa, con fundamento en la teoría del riesgo creado”²⁵. Según dicha teoría, propia de la responsabilidad objetiva, quien desarrolla una actividad y se beneficia de ella es quien debe responder por los daños que ésta cause. Debemos tener en cuenta que la responsabilidad civil, no se presenta como una sanción sino como una medida indemnizatoria del daño sufrido.

En el citado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Repercusión de las redes sociales de comunicación e interacción en el ciudadano/consumidor”, se hace referencia a la preocupación por los riesgos que entrañan el uso ilegal y abusivo de las RSI, riesgos asociados a la utilización por parte de menores y otras personas en situación de riesgo, como personas con escasa alfabetización digital, muchas veces víctimas de quienes se aprovechan de ellas para realizar actos ilegales que ofenden la dignidad personal y ponen en peligro su salud física o mental e, incluso, su propia vida. Algunos de los daños que pueden generar responsabilidad civil –y en algunos casos responsabilidad penal- en los términos aquí planteados, destacados por el Dictamen son los siguientes: 1) traumas psicológicos provocados por insultos transmitidos por medio de dichos servicios; 2) acoso sexual a niños y jóvenes; 3) la exhibición de fotografías y vídeos de adolescentes desnudos o semidesnudos, colgados por ellos mismos o por terceros; 4) anuncios explícitos de prostitución y servicios de “acompañamiento” (*escort*); 5) violaciones reiteradas de la privacidad, de la honra y la dignidad personal; 6) atentados a la salud física y mental de los usuarios; 7) llamamientos a la violencia, el racismo y la xenofobia; 8) divulgación de ideologías totalitarias de carácter fascista o que hacen apología

²⁴ Enrique URDANETA FONTIVEROS, “Orientaciones Modernas...”, *ob. cit.*, pp. 653-654.

²⁵ *Ibid.*, pp. 655-656.

del nazismo; 9) suicidios de jóvenes, supuestamente como consecuencia de la divulgación de determinadas situaciones íntimas a través de estas redes, entre otros.

Otros casos de situaciones que entrañan responsabilidad para los PSRS, son los asociados propiamente al uso de la tecnología, como es el caso de la propagación de virus²⁶, que pueden traer daños a redes completas de computadores, produciendo gran impacto económico a los usuarios.

Ahora bien, teniendo claro que las actividades realizadas a través de las RSI son imposible de precisar en su totalidad, ya que estas redes evolucionan su contenido cada día a cada minuto, resulta igualmente imposible determinar cuáles serían los daños que estas actividades ocasionarían, es por esto que es de difícil, por no repetir que sería imposible, que un cuerpo legislativo cuente con todas esas situaciones para el establecimiento de la responsabilidad²⁷. Los esfuerzos

26 El Dictamen anota como ejemplo el virus “que afectó a *Twitter* el fin de semana de los días 11 y 12 de abril de 2009 y que generó automáticamente más de 100000 mensajes, propagándose a un número indeterminado de cuentas”. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Repercusión de las redes sociales de comunicación e interacción en el ciudadano/consumidor”, *ob. cit.*

27 Como se puede ver, desde el mismo momento en que se inician las actuaciones en las Redes Sociales pueden surgir actos que derivan en responsabilidad, ha sido señalado por el autor Germán Esteban Müller, “Para el usuario el proceso comienza con registrarse, ingresando sus datos personales. Esa información es fácilmente falsificable, ya que no existe control sobre los datos incluidos en los perfiles de sus usuarios. Una vez que se ingresa en la comunidad, sólo resta buscar entre los otros usuarios a aquellos que tengan alguna relación o afinidad, invitarlos a formar parte de su lista de amistades y listo: se puede compartir todo. Con diferencias en sus targets y modalidades, así funcionan las redes sociales. Desde el punto de vista de la red social, ésta sólo ofrece el marco tecnológico, pero no ejerce ningún control sobre los perfiles o las opiniones que se cuelgan. Es posible crear cualquier perfil y decir lo que le plazca, nadie se lo impedirá. Si ese contenido resulta agravante para alguien, recién entonces, y a partir de su denuncia, el sitio analizará el contenido, y podrá o no retirarlo —sin notificar a los interesados— de acuerdo con sus propios criterios y sin derecho de réplica para ninguna de las partes. Para el sitio, más usuarios significa mayor rentabilidad y valor económico. Son muchas las versiones sobre el valor de *Facebook* y sus ganancias anuales: en todos los casos los números son millonarios en dólares. Está claro, entonces, que la política será: más usuarios, más utilización por más tiempo, menos control. Son las propias redes sociales las que monopolizan el “poder de policía” sobre los contenidos que se publican. Es decir que, aun cuando la información no es creada por ellas, sí pueden ejercer algún control, que será menor o mayor según el caso y las conveniencias. *Facebook* promete que investigará en profundidad las denuncias sobre contenidos dañinos antes de decidir las medidas a tomar, pero aclara que su veredicto no será notificado al denunciante. Imaginemos ser víctimas de publicaciones que afecten nuestro honor: hacemos un reclamo al administrador. Sólo podemos esperar y rogar que consideren, como nosotros, que nuestros derechos fueron afectados. Pero atención: no esperemos que nos informen qué resolvieron. Tendremos que ingresar cada día y confirmar si ese contenido que nos agravia sigue “colgado”. Se trata de una situación de total y absoluta indefensión, que al daño que causa el propio comentario adiciona la angustia de la incertidumbre, y en la que único el real beneficiario es la red social, que mientras tanto factura millones. En adelante, no se analizará a los dos primeros tipos de sitios web; el estudio se limitará a las redes sociales. A modo de resumen, y antes de ingresar en la cuestión jurídica, es importante destacar que las principales características de estos sitios son que: a) los contenidos son creados

para regular la responsabilidad generada por las actividades realizadas en la Sociedad de la Información, han tenido sus frutos por ejemplo en la Unión Europea donde se ha establecido un régimen de responsabilidad de los proveedores o prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, consagrado en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)²⁸, que por su parte ha sido armonizada en España en la ya citada Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico.

A continuación revisaremos dichos regímenes para luego perfilar la situación de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Redes Sociales en Venezuela según la citada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

1. Régimen de responsabilidad civil de los proveedores o prestadores de servicio de la Sociedad de la Información según la Directiva 2000/31/CE

En el artículo de Miguel Peguera Poch del año 2001²⁹, el autor realiza un análisis sobre la Directiva 2000/31/CE, derivando en dos conclusiones: 1º La Directiva de comercio electrónico no establece propiamente una regulación general de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Lo que hace simplemente es fijar a favor de tales prestadores unos ámbitos concretos de exención de responsabilidad. Esto es, prohíbe que cuando hayan prestado un determinado servicio (cumpliendo una serie de requisitos subjetivos y/o objetivos) se les pueda imputar responsabilidades derivadas precisamente de haberlos prestado. 2º la Directiva trata las exenciones de responsabilidad separando las actividades que realiza el proveedor de servicios intermediarios:

por personas que poseen un perfil en la red social y que en muchos casos no son identificables (ya sea por falsear los datos, o por no incluir los necesarios para determinar su identidad); b) las redes sociales son meras intermediarias entre el lector y el creador del contenido; c) esa intermediación significa para los sitios grandes ganancias económicas". Germán ESTEBAN MÜLLER, *La responsabilidad de las redes sociales en Internet*, [en línea] Disponible en: <http://www.dab.com.ar/articulos/139/la-responsabilidad-de-las-redes-sociales-en-intern.aspx> [Consulta: 22 de agosto de 2012].

²⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). [en línea] Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:ES:PDF> [Consulta: 22 de agosto de 2012].

²⁹ Miquel PEGUERA POCH, *Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los proveedores de servicios intermediarios*, [en línea] Disponible en: http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/Articulo_Peguera_castellano.pdf [Consulta: 22 de agosto de 2012].

a) **La mera transmisión de datos y la prestación del servicio de acceso**³⁰. “El proveedor que presta el servicio de transmisión de datos, o el de facilitar el acceso –y por tanto la obtención de datos- en una red, y más concretamente en Internet, suele realizar una operación técnica que facilita la transmisión. En esta operación, que se produce automáticamente, lo que hace el proveedor es almacenar provisionalmente los datos que debe hacer llegar al destinatario final de la transmisión, simplemente a los efectos de poder realizar dicha transmisión (almacenamiento que es ya una copia o reproducción de datos y por tanto tiene implicaciones jurídicas, particularmente desde el punto de vista del derecho de reproducción de obras protegida por la normativa de propiedad intelectual). Se trata, sin embargo, de un almacenamiento efímero, que dura sólo el tiempo razonablemente necesario para realizar la transmisión, y en el que el proveedor de servicios tiene una intervención puramente pasiva. La directiva ha querido dejar claro que la exención de responsabilidad abarca también las mencionadas operaciones técnicas y pasivas de almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos, siempre que este almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión a la red de comunicaciones, y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión”³¹.

b) **El almacenamiento automático y provisional de datos**³². El llamado *caching*, es decir, la sección reservada de memoria de alta velocidad que almacena temporalmente aquellos datos que son utilizados con mayor

³⁰ Directiva 2000/31/CE, **artículo 12.- Mera transmisión** “1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos. 2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión. 3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida”.

³¹ Miquel PEQUERA POCH, *Mensajes y mensajeros en Internet...*, *ob. cit.*, p. 7.

³² Directiva 2000/31/CE, **artículo 13.- Memoria tampón (Caching)** “1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que: a) el prestador de servicios no modifique la información; b) el prestador de

frecuencia con el fin de mejorar el rendimiento de la computadora u ordenador. El prestador de este servicio no será considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, cuando cumpla con la diligencias requeridas por la Directiva en el artículo 13.

c) El alojamiento de datos³³. La Directiva establece la exención de responsabilidad cuando el proveedor del servicio de hospedaje (*Hosting*), no cuente con el conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información que aloja. “Y en particular, ante una acción de reclamación de daños y perjuicios, no haber tenido conocimiento de hechos o de circunstancias por las cuales se revele el carácter ilícito de la actividad o de la información. Este requisito negativo se complementa con la obligación de desplegar una actividad positiva tan pronto como el prestador de servicios tenga conocimiento de aquellos extremos; actividad que consiste en actuar con prontitud para retirar los datos, o bien hacer que el acceso a los mismos sea imposible”³⁴.

Al igual que el citado autor Miguel Peguera Poch, consideramos que el establecimiento en la Directiva 2000/31/CE de supuestos de exención de responsabilidad a las actividades del Proveedor de Servicios de Internet no puede ser tomado como absoluta, es decir, que en ningún caso pueda ser considerado como responsable de algún resultado dañoso que haya derivado de su actuación. “No es muy difícil pensar en casos en los que el servicio prestado se habrá ajustado a la descripción y a los requisitos objetivos y subjetivos indicados

servicios cumpla las condiciones de acceso a la información; c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella”.

³³ Directiva 2000/31/CE, **artículo 14.- Alojamiento de datos** “1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios. 3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos”.

³⁴ Miquel PEGUERA POCH, *Mensajes y mensajeros en Internet...*, ob. cit., p. 9.

en los artículos 12, 13 ó 14, y en que no obstante podremos exigir determinadas responsabilidades al prestador. Por ejemplo podremos exigirle responsabilidad contractual por la prestación defectuosa del servicio, con el correspondiente resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados... También podremos exigirle responsabilidad extracontractual derivada de los daños que ocasione y que caigan fuera del ámbito de inmunidad que quiere ofrecer la exención³⁵.

Finalmente, el artículo 15 de la Directiva³⁶ prevé la prohibición de establecer obligaciones generales de supervisión, en palabras de Iñigo de la Maza Gasmuri, “la prohibición del artículo 15 inmuniza al ISP del deber de supervisar los contenidos y realizar búsquedas activas de ilícitos en el uso de sus servicios. Ahora bien, conviene preguntarse, ¿si debe entenderse que esta norma impide a los Estados imponer cualquier deber de inspección al ISP respecto de los datos que aloja? La respuesta es negativa, el Estado puede fijar al ISP un deber de supervisión específicos y, además, puede exigirle, en general, un cierto deber de diligencia de los datos que aloja³⁷”.

35 Miquel PEGUERA POCH, *Mensajes y mensajeros en Internet...*, ob. cit., p. 9.

36 Directiva 2000/31/CE, **artículo 15.- Inexistencia de obligación general de supervisión.** “1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14. 2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento”.

37 Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracción de los Derechos de Autor*, [en línea] Disponible en: [www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos de analisis Coleccion Derecho Privado/numero1/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf) [Consulta: 22 de agosto de 2012], p. 48. En este mismo sentido, resulta oportuno anotar la opinión de Xabier Ribas, quien participó en el debate de la Directiva, “El artículo 15 de la Directiva 2000/31 establece que los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios de almacenamiento de contenidos. La única obligación del prestador de servicios de alojamiento es la de retirar los contenidos ilícitos o hacer que el acceso a ellos sea imposible cuando tenga conocimiento efectivo de su ilicitud. Todo se reconduce por lo tanto a determinar en qué casos se produce un conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, y es evidente que el conocimiento efectivo no va asociado al interés económico del prestador del servicio. Como hemos visto hasta ahora, es imposible que el prestador del servicio llegue a conocer los eventuales contenidos ilícitos del cliente, ya que todo el proceso de contratación y gestión de las campañas se realiza de forma automatizada”. Xabier Ribas, *El conocimiento efectivo en el caso de buscadores y páginas web de enlaces*, [en línea] Disponible en: http://xribas.typepad.com/xavier_ribas_tablas/2009/12/el-conocimiento-efectivo-de-los-buscadores-y-las-webs-de-enlaces.html [Consulta: 22 de agosto de 2012].

Por otra parte, la autora Sandra García Cabeza destaca que “la citada Directiva europea con relación a las limitaciones de responsabilidad de los intermediarios es, en general, satisfactoria, la misma adolece de dos ausencias reseñables, que hacen dudar de la consistencia del régimen establecido. Por un lado, la Directiva “*olvida*” establecer una limitación de responsabilidad para una actividad básica para el desarrollo y actual efectividad de la Red, la llevada a cabo por los proveedores de servicios de búsqueda y localización de información y proveedores de hipervínculos... Por otro lado, la Directiva difiere igualmente el reexamen de la necesidad de regulación de un sistema de notificación y retirada o bloqueo de acceso a material ilícito en Internet, y lo que es más encomienda a los Estados miembros la labor de fomentar acuerdos privados al respecto entre las partes interesadas”³⁸.

2. Régimen de responsabilidad civil de los proveedores o prestadores de servicio de la Sociedad de la Información según la Ley Española 34/2002

Por su parte, España incorporó en el año 2002 al Derecho interno la normativa comunitaria consagrada en la Directiva 2000/34/CE, recogiendo “tres aspectos fundamentales sobre las comunicaciones informáticas, a saber: la prestación de servicios de la sociedad de la información, el régimen de comunicaciones comerciales (publicidad) y la contratación por vía electrónica...”³⁹

Así el ámbito de aplicación de esta Ley acoge, como ya viéramos, “un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de video o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet

³⁸ Sandra GARCÍA CABEZAS, *La Responsabilidad de los Proveedores de Servicios. Consecuencias de la Ausencia de Regulación del Sistema de Notificación y Retirada en la Directiva Europea de Comercio Electrónico*, [en línea] Disponible en: http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001981_SandraGarciaCabezas.pdf [Consulta: 22 de agosto de 2012].

³⁹ José Ricardo PARDO GATO, *Las Páginas Web como...*, *ob. cit.*, p. 29.

a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico⁴⁰.

La Ley establece en cuatro artículos de la Sección 2ª, el régimen de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la Sociedad de la Información, comenzando con una disposición que establece que los mismos se encuentran sometidos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esa Ley.

Luego, ampliando la descripción de la Directiva comunitaria⁴¹, se establecen las exenciones de responsabilidad conforme el tipo de actividad que desarrolle el prestador, a saber:

1º Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso: 1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos. No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión. 2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.

2º Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios: Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional

⁴⁰ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Editorial Dykinson, S.L. Madrid, pp. 231-232.

⁴¹ Como anotamos anteriormente, la Directiva 2000/31/CE no trata la responsabilidad que se puede derivar de los enlaces a contenidos (*links*) o instrumentos de búsqueda, situación que según el texto de la citada normativa comunitaria debería ser atendida en una revisión posterior (artículo 21), y que fuera incorporada en la transposición que realizó el legislador español. “Desde el punto de vista del derecho de daños parece que la exención tan sólo contempla los daños que puede sufrir el usuario del servicio que activa el *link* y accede a un contenido que es de tal manera ilícito que el hecho de acceder a él le provoca ya un perjuicio”. Miquel PEGUERA POCH, *Mensajes y mensajeros en Internet...*, *ob. cit.*, p. 16.

y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si: a) No modifican la información. b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita. c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información. d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de: 1. Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente. 2. Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o 3. Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

3° Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos: 1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

4° Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda: 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se

refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

Para ilustrar el alcance de las normas consagradas en esta legislación española, citaremos el ejemplo que escribe María Luisa González Tapia, “una empresa que preste servicios de alojamiento de blogs no tendría responsabilidad en relación a injurias y calumnias vertidas en una de las bitácoras alojadas si no tuviera conocimiento efectivo de la ilegalidad de estas manifestaciones... El prestador del servicio de alojamiento sólo respondería civil o penalmente frente al calumniado o injuriado sí, habiendo recaído sentencia en la que se declare la ilicitud de los contenidos, no hubiese procedido a retirar el blog en cuestión de su sistema de alojamiento”⁴².

3. Régimen de responsabilidad civil de los proveedores o prestadores de servicio de la Sociedad de la Información: el caso venezolano

En Venezuela, aunque existe copiosa legislación que regula distintos aspectos inherentes al creciente uso de las tecnologías y especialmente su valor como agentes del desarrollo social, no contamos con legislación específica sobre la responsabilidad de los proveedores de los servicios que se prestan en la Sociedad de la Información, salvo algunos preceptos que encontramos en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y en su Reglamento aplicables a la actividad desarrollada por los Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica⁴³. No parece estar en la agenda de los legisladores la elaboración

42 María Luisa GONZÁLEZ TAPIA, *Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: comentario de la sentencia “Telecinco” contra “Youtube”* [en línea] Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-DerechoInformatico/201101-66697125852.html> [Consulta: 22 de agosto de 2012].

43 Sobre la responsabilidad de los Proveedores de Certificación Electrónica según la legislación venezolana se puede revisar el trabajo de la Profesora de la Universidad del Zulia, Gladys RODRÍGUEZ, titulado *Proveedores en Línea: Responsabilidad Jurídica en Venezuela*, donde la autora analiza la responsabilidad derivada de la transmisión de mensajes de datos. Gladys RODRÍGUEZ, “Proveedores en Línea: Responsabilidad Jurídica en Venezuela”, *TÉLÉMATIQUE* Revista Electrónica de Estudios Telemáticos, Volumen 7, edición No. 2, año 2008, [en línea] Disponible en: <http://www.urbe.edu/publicaciones/telematica/indice/pdf-vol7-2/4-proveedores-en-linea.pdf> [Consulta: 22 de agosto de 2012].

de una regulación sobre la responsabilidad civil –contractual o extracontractual– en materia de redes sociales.

En este sentido, dado que los principales actores en las redes sociales son, como hemos visto, proveedores y usuarios que convergen en una relación eminentemente de prestación de servicio, lejos de ser actividades al margen de la Ley, ya que le son aplicables las disposiciones en materia del Derecho de consumo, específicamente las consagradas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Autores afirman que “las normas sobre protección de los consumidores no establecen propiamente reglas de responsabilidad civil, sino más bien se trata de mandatos cuya finalidad es ordenar las respectivas actividades económicas de productos y servicios, precisando un marco de deberes a cargo de quienes fabrican o distribuyen los productos o prestan los servicios”⁴⁴.

Así tenemos el artículo 78 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios en Venezuela, donde se establece la responsabilidad de los Proveedores, en el siguiente tenor: “Los proveedores de bienes o servicios, cualquiera sea su naturaleza jurídica, serán solidaria y concurrentemente responsables, tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aun cuando no tengan con los mismos una relación laboral”.

Lo que permite afirmar que la Ley no distingue si el daño sufrido por el Usuario del cual es responsable el Proveedor deviene de naturaleza contractual o extracontractual; en opinión de la Profesora Claudia Madrid Martínez, que nosotros compartimos, “la misma –refiriéndose a la norma supra transcrita– hace abstracción del dato de que pueda tratarse de responsabilidad civil contractual o extracontractual; pues lo que se busca, más bien, facilitar el derecho al resarcimiento a través de criterios de objetivación de la responsabilidad... Así, se considera, por un lado, la necesidad de dotar de protección a consumidores y usuarios y el objetivo de conseguir la máxima pulcritud en la fabricación de bienes de uso y consumo y en la prestación de servicios; y, por otro lado, también se tiene en cuenta la necesidad de no sofocar el progreso industrial y la implantación de nuevas tecnologías o la introducción de nuevos bienes y servicios, del mismo modo que el imperativo de evitar que normas demasiado exigentes conduzcan a situaciones de verdadero abuso por parte de los consumidores; fenómeno que ha llegado a situaciones extremas en Estados Unidos, donde se ha implementado, por tal razón, la llamada *patent danger rule*, según la cual el fabricante no está obligado a advertir al consumidor de aquellos riesgos que son manifiestos y obvios”⁴⁵.

44 Claudia MADRID MARTÍNEZ, *La Responsabilidad Civil derivada de la Prestación de Servicios: Aspectos Internos e Internacionales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 101.

45 *Ibid.*, pp. 55-56.

Ahora bien, como podemos advertir en el caso que nos ocupa de la responsabilidad civil del PSRS, al no existir dispositivo legal específico y en aplicación de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, la cual no consagra un régimen especial de responsabilidad, la doctrina ha dicho que esta regulación establece el principio de reparación integral del daño, para lo cual debemos volver a revisar los tipos de daños a los cuales se encuentran expuestos los usuarios de las RSI, asimismo, será necesaria la determinación de si tales daños han sido ocasionados en una relación de naturaleza contractual o extracontractual, y si tales daños son imprevisto o imprevisibles. Todos estos elementos a los cuales hace referencia la doctrina, deberán ser tomados en consideración para la determinación del alcance de la indemnización.

IV. Conclusiones

La doctrina venezolana anota que la relación existe en la prestación de servicios puede ser descrita según los intereses de los intervinientes, así para el prestador o proveedor, es “un medio de desarrollo de clientela; sea directamente, cuando el servicio es su actividad principal; sea indirectamente, cuando es un elemento de la distribución de un producto. Para el cliente, generalmente, el servicio no es fuente de plusvalía o enriquecimiento, sino que obedece más bien, a la satisfacción de una necesidad, a la búsqueda de utilidad o confort”⁴⁶.

En las RSI los conceptos tradicionales de proveedor y usuario pueden verse desdibujados, y la aplicación de las posiciones tradicionales en materia de responsabilidad civil quizás no sea la solución a los conflictos proveniente de daños ocasionados por el uso de estas redes de comunicación.

La fórmula empleada por la Unión Europea y los países a los cuales se vincula, donde se establece un conjunto de situaciones donde el proveedor puede invocar la exención de responsabilidad, pudiera ser acogido por otros ordenamientos en aras de lograr encausar las relaciones que tienen lugar en Internet soluciones semejantes a los riesgos de los que son susceptibles todos los usuarios de estas redes. Aunque en opinión de Alejandro Touriño, la solución consagrada tanto en la Directiva como en la ley española, “no es más... que la aplicación al ámbito de Internet de la institución clásica de la culpa in vigilando, prevista desde tiempos de Justiniano y que todavía nos sirve de inspiración”⁴⁷.

De igual forma, es importante destacar que en el caso venezolano se observa una ausencia de regulación específica en materia de responsabilidad civil de los PSRS, que permita incorporar regulaciones sobre la creación, el uso, el

⁴⁶ Id., p. 56.

⁴⁷ Alejandro TOURIÑO, *Régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, [en línea] Disponible en: <http://www.diariojuridico.com> [Consulta 12 de agosto de 2012].

almacenamiento y la manipulación de la información de las personas, naturales o jurídicas; ya que la obtención o creación y el tratamiento de esta información es una actividad que involucra derechos fundamentales, y que requieren de normativas e instituciones que garanticen su adecuada protección e indemnización en caso de generarse daños.

JURISPRUDENCIA

La citación electrónica

Gustavo Adolfo Amoni Reverón*

Comentarios al auto N° 339 dictado por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 7 de agosto de 2012.

1. Resumen del auto N° 339 de 2012

El Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia declaró improcedente la solicitud dirigida a lograr que la empresa Hidrológica de la Región Capital, C.A, fuera citada por medios electrónicos en calidad de demandada a los fines de continuar con el proceso de indemnización por daño material y moral incoado contra la referida empresa pública, y en su lugar instó al demandante “...a que utilice algunos de los otros medios que regula la Ley, a fin de lograr la citación del demandado, esto es, citación por correo certificado o por carteles” (corchetes añadidos).

El fundamento jurídico sobre el que se basó la decisión bajo análisis se encuentra en el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹ (LOJCA), que prevé lo siguiente:

“El tribunal podrá practicar las citaciones y notificaciones por medios electrónicos. Las certificaciones de las citaciones y notificaciones se harán de conformidad con lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad. El Secretario o Secretaria dejará constancia en el expediente de las citaciones y notificaciones realizadas, cumplido lo cual comenzarán a contarse los lapsos correspondientes”.

En criterio del referido órgano judicial, aun cuando la norma transcrita prevé la citación y notificación electrónicas, “esta novísima práctica judicial sólo

* Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad de Carabobo. Especialista *Cum Laude* en Derecho Administrativo de la Universidad Católica “Andrés Bello”. Cursante de la especialidad en Derecho Procesal de la misma universidad.

¹ Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2010.

podrá implementarse, una vez que el sistema informático de este Alto Tribunal, sea adecuado a las nuevas exigencias legales”.

Con esta posición, el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa garantiza que la citación electrónica cumplirá con estrictas medidas de seguridad para evitar así la indefensión, especialmente cuando la normativa jurídica procesal² prevé que las partes estarán a derecho desde la citación, por lo que no se requiere notificarlas nuevamente, salvo en los casos excepcionales previstos en la ley.

Aunado a este criterio, pareciera que la norma referida admite otras interpretaciones que permitirían practicar notificaciones y citaciones electrónicas por parte de los órganos jurisdiccionales venezolanos, con la tecnología y regulación actuales.

En este sentido, se partirá de definir ambas instituciones, verificando luego lo que establece el ordenamiento jurídico al respecto y qué ha manifestado la jurisprudencia, para finalizar con una propuesta que contribuya a estimar la posibilidad de generar otro resultado a situaciones similares.

2. La notificación y la citación procesal

La notificación es el acto procesal del que se valen los órganos jurisdiccionales para comunicar sus decisiones a las partes, demás sujetos procesales y posibles interesados en general; mientras que la citación es el acto procesal emitido por los tribunales para que un sujeto comparezca ante su autoridad en un día y hora específicos³.

De estas definiciones, se extraen tres características importantes. La primera, que la generación y ejecución de ambos actos procesales son competencia del órgano jurisdiccional, por lo que debe tenerse presente que no se trata de actos procesales exclusivos del juez, sino de actos de comunicación en los que participan también los demás miembros del tribunal (secretario y alguacil)⁴, ya que el juez

² Artículo 26 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario, del 18 de septiembre de 1990) y 37 de la LOJCA.

³ ORBANEJA, _____. Citado por COLOMBO, Juan. *Los actos procesales*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, pág. 369. En el mismo sentido respecto de la citación como notificación que contiene una intimación para acudir a la sede judicial, ver: MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto Processuale Civile* (16a Ed.), T. II, G. Giappicheli Editore, Torino, 2004, pág. 26; y VARGAS, Abraham. *Estudios de Derecho Procesal*, T. I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, pág. 321. Igualmente diferencia la citación de la notificación en el sentido expresado: HENRÍQUEZ, Ricardo. *Instituciones de Derecho Procesal*, Ediciones liber, Caracas, 2005, pág. 212 y 217; MONTERO, Juan, GÓMEZ Juan, MONTÓN, Alberto y BARONA, Silvia. *Derecho jurisdiccional I, Parte General* (11ª Ed.), Tirant Lo Blanch, España, 2002, pág. 428; y RENGEL-ROMBERG, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, T. II, Editorial Arte, Caracas, 2007, págs. 227 y 231.

⁴ ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Teoría General del Proceso* (2ª Ed.), Editorial Frónesis, Caracas, 2004, pág. 596.

ordena la citación al admitir la demanda, y en el caso de la notificación personal prevista en el CPC, por citar un ejemplo, el alguacil la practica y deja constancia firmada del momento, lugar y persona que la recibe o si no fue recibida, y el secretario, la documenta a su vez en el expediente.

En segundo lugar, doctrinariamente no existen otras exigencias indispensables para definir alguna de tales instituciones como notificación o citación, sin perjuicio de los requisitos que la legislación de cada Estado estime pertinentes incluir en la forma de citar, requisitos que en el caso venezolano, por formar parte inescindible de ella⁵ conforme al artículo 215 del CPC, llevó al legislador a sustituir “*la citación contemplada en la ley común por la notificación procesal*” desprovista del “*formalismo y rigurosidad imperante en el Código de Procedimiento Civil*”, siendo en consecuencia “*mucho más flexible, sencilla y rápida*”⁶.

Y por último, al igual que todo acto procesal, la citación debe constar en el expediente y como este se documenta en papel, es necesario compatibilizar el soporte electrónico de la notificación y de la citación, con el soporte físico tangible del expediente judicial, mientras este se mantenga, por ahora, en ese formato.

Cada una de estas tres características será desarrollada al final de este estudio, a modo de conclusión.

3. La notificación y citación electrónicas en la legislación y jurisprudencia venezolanas

En orden cronológico, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁷ fue el primer texto jurídico procesal en prever la posibilidad de emitir notificaciones electrónicas, estatuyendo que al ser admitida la demanda se citará⁸ al demandado mediante cartel fijado por el alguacil en la puerta de la sede de la empresa, entregando una copia al empleador, en la secretaría o en la oficina de correspondencia y dejará constancia en el expediente de quién la recibió.

Pero la ley establece a su vez la “*citación expresa*”⁹, que se produce cuando el apoderado con “*mandato expreso para ello*” puede darse por notificado; además, la *citación electrónica*, que autoriza al Tribunal, bien a solicitud de

⁵ RENGEL-ROMBERG, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, T. II, Editorial Arte, Caracas, 2007, págs. 227 y 231.

⁶ Sentencia N° 1299 dictada por la Sala de Casación Social, el 15 de octubre de 2004.

⁷ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.504 del 13 de Agosto de 2002.

⁸ En la LOPTRA se utiliza el término “notificación” para referirse en este caso a lo que se llama doctrinariamente “citación”.

⁹ RENGEL-ROMBERG, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, T. II, Editorial Arte, Caracas, 2007, págs. 227 y 242.

parte o de oficio, a notificar¹⁰ al demandado “*por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan*”. Asimismo contemplada la *citación notarial* realizada por el propio demandante o por su apoderado judicial, mediante notario público del ámbito de competencia jurisdiccional del tribunal; y finalmente, la *citación por correo* certificado con aviso de recibo.

En cuanto a la citación electrónica, hay que precisar qué se entiende por las expresiones: a. “*los medios electrónicos*”; b. “*de los cuales disponga*”; y c. “*siempre y cuando éstos le pertenezcan*”:

a. *Medios electrónicos*: El diccionario de la Academia Española de la Lengua define al medio como “*Cosa que puede servir para un determinado fin*” mientras que “*electrónico*” es lo relativo al “*Estudio y aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el vacío, los gases y los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos*”, así que en español, un medio electrónico es una cosa mediante la que se aplican los avances respecto “*del comportamiento de los electrones en diversos medios, como el vacío, los gases y los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos*” a propósito de un fin preciso.

Medio que puede ser una cosa física tangible como un dispositivo de almacenamiento masivo (Ej. Memoria USB), una computadora, etcétera, o intangible como Internet o un programa de computación.

Al respecto, en el ámbito legal patrio, el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹¹ (DLMDFE) se refiere a medios electrónicos como cualquier instrumento que permita archivar documentos en ese mismo formato¹², idea que avala la conclusión anterior puesto que un archivo electrónico puede almacenarse en un medio electrónico tangible como el disco duro de una computadora o en servidores en Internet, siempre mediante programas informáticos que permitan tal proceso.

Por su parte, la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos¹³ (LRS) precisa que a través de los medios electrónicos se pueden difundir y recibir mensajes de texto, imágenes y sonido (artículos 1, 28, 33); mientras que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹⁴ (LOT) establece “*que*

¹⁰ citar

¹¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

¹² “Artículo 35. Los Proveedores de Servicios de Certificación tendrán las siguientes obligaciones: ...4. Mantener en **medios electrónicos** o magnéticos, para su consulta, por diez (10) años siguientes al vencimiento de los Certificados Electrónicos que proporcionen, un archivo cronológico con la información relacionada con los referidos Certificados Electrónicos” (resaltado añadido).

¹³ Gaceta Oficial número 39.579 del 22 de diciembre de 2010.

¹⁴ Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28 de diciembre 2010.

las rondas de subastas a las que se refiere esta Ley se hagan a través de medios electrónicos o audiovisuales” (artículo 102); deduciéndose de ambas disposiciones legales que los medios electrónicos permite la difusión de información y la intercomunicación personal.

Conforme a lo expuesto, medios electrónicos pueden ser tanto los equipos necesarios para generar y recibir la información como los programas y sistemas de comunicación indispensables para procesarla y transmitirla¹⁵.

Aclarado qué se entiende por medios electrónicos, se debe enfatizar que la ley no se refiere a cualquier medio sino a aquellos de los cuales disponga el tribunal, frase que constituye el objeto de análisis del próximo epígrafe.

b. “de los cuales disponga”: En este sentido, el diccionario de la Academia Española de la Lengua define el verbo disponer en su cuarta y quinta acepción como: “Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ello” y “Valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo por suyo”, respectivamente.

Estando entonces la disposición referida a la “*facultad de actuar como dueño sobre la cosa que es el objeto del derecho*”¹⁶, el medio electrónico por el que podrá citar el tribunal, es aquel que tenga derecho de usar («*usus, servirse de ella*»¹⁷), conforme se desprende del artículo 545¹⁸ del Código Civil¹⁹, y no del que goce del derecho de disposición, elemento que se incorpora en la última frase a comentar (“*siempre y cuando éstos le pertenezcan*”).

En concreto, los medios electrónicos de los que disponga el tribunal serán los instrumentos y sistemas de los que puedan valerse efectivamente los órganos jurisdiccionales para practicar notificaciones conforme a la disponibilidad económica, accesibilidad, bienes con los que cuente y formación técnica necesaria.

Y adicionalmente, la ley incluye como último elemento:

15 Para Héctor Peñaranda, “*Las notificaciones electrónicas pueden ser realizadas vía Internet, ya sea a través de una aplicación web, mediante correo electrónico, o bien, con una solución automatizada que fusione los dos (2) mecanismos anteriores, siendo esta en la cual se centra el desarrollo de la presente investigación*” (PEÑARANDA, Héctor. *Propuesta para lograr la notificación electrónica en la República Bolivariana de Venezuela mediante un sistema de información automatizado*. Disponible en: http://www.ucoj.mx/investigacionesjuridicas/archivos/2012/06/mar_283_notificacion_electronica.pdf., pág. 8.

16 DABIN, Jean. Citado por OCHOA, Oscar. *Derecho civil I, personas*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pág. 95.

17 OCHOA, Oscar. *Derecho civil I, personas*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pág. 99.

18 “La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley”.

19 Gaceta N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

c. “*siempre y cuando éstos le pertenezcan*”: Para la LOPTRA no basta que haya instrumentos y servicios que el tribunal pueda usar, sino que estos deben pertenecerle, por lo que se pudiera cree que el tribunal debería tener la propiedad (uso, goce y disposición) de tales medios electrónicos.

Pero como los tribunales son órganos que actúan en nombre de la República, no tienen personalidad jurídica y por esta razón no pueden ser propietarios, razón que llevó al legislador a usar el verbo pertenecer²⁰, que no solo se refiere a la propiedad sino a que una cosa le haya sido asignada a alguien, de modo que el propietario será el Estado quien asignará tales medios a los tribunales para el ejercicio de la función jurisdiccional²¹.

Este problema se solucionó en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes²² (LOPNNA) al prever en el artículo 459 que “*El Tribunal también puede practicar la notificación de la parte demandada por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando estén adscritos al Tribunal o al Poder Judicial*”.

Con lo cual, en materia de LOPNNA se deja claro que la notificación electrónica solo podrá practicarse por medios institucionales, vale decir, creados o autorizados por el Tribunal Supremo de Justicia en tanto órgano rector del Poder Judicial, ex artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²³ (LOTSJ).

Ahora bien, volviendo a la LOPTRA, si bien no existe incertidumbre alguna en cuanto a que los equipos (computadora, modem, enrutador, etcétera) deben estar asignados al tribunal para el ejercicio de sus competencias, tampoco hay duda respecto a que la prestación de servicios de intercomunicación electrónica no puede estar atribuido a los tribunales dado que ello forma parte de la actividad prestacional que le compete a la Administración Pública y por tanto es ajena al ejercicio de la función jurisdiccional.

En este orden, habría que indagar si por medios electrónicos que pertenezcan a los tribunales con competencia laboral debe entenderse sistemas de comunicación especialmente creados o adoptados por el Tribunal Supremo de Justicia para el cumplimiento de las citaciones y notificaciones judiciales, como sucede en el régimen de la LOPNNA, o si puede considerarse como tal cualquier dirección de correo electrónico o nombre de usuario de redes sociales.

Apoyando la primera hipótesis está el auto N° 339 de 2012 dictado por la Sala Político Administrativa, que a pesar de no tener por fundamento esta

20 Que en la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española significa: “Dicho de una cosa: Tocarle a alguien o ser propia de él, o serle debida”.

21 Como ocurre en la experiencia piloto de Mendoza, Argentina, donde el Poder Judicial tiene una página de Internet especial para practicar notificaciones, distinta a la página de Internet principal del Poder Judicial (RAUEK, Inés. “De las nulidades de las notificaciones electrónicas”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 7-8, Universidad Autónoma de México, 2007, pág. 357).

22 Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007.

23 Gaceta Oficial N° 39.522 del 1° de octubre de 2010.

normativa legal, sigue esta línea de pensamiento cuando afirma que “*esta novísima práctica judicial sólo podrá implementarse, una vez que el sistema informático de este Alto Tribunal, sea adecuado a las nuevas exigencias legales*”.

Y sosteniendo la segunda hipótesis pareciera estar el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución de la Coordinación Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas, cuando en sentencia del 28 de marzo de 2011, declaró:

“por cuanto este órgano jurisdiccional (Coordinación Laboral) no cuenta aún con la suscripción a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), a los fines del uso de Certificados Electrónicos y Firmas Electrónicas, tal y como lo dispone la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, este Tribunal niega lo solicitado, al no ser procedente la notificación del demandado por medios electrónicos tal y como lo dispone el artículo 126 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por no contar con los medios para la emisión de certificado electrónico que permita dar veracidad a la recepción de la notificación que se pretende practicar y de esta manera garantizar el derecho a la defensa, el debido proceso y una tutela judicial efectiva, garantías estas que deben imperar en todo proceso judicial”.

A juicio de este órgano jurisdiccional es necesario contar con los mecanismos del DLMDFE para citar con validez por medios electrónicos, sin advertir de manera alguna sobre la necesidad de contar con medios institucionales, al efecto.

En concordancia con esta postura, el Juzgado de Sustanciación de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, decidió mediante auto del 9 de noviembre de 2011, que:

“si bien el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece la posibilidad de practicarse la citación por medios electrónicos, no menos cierto es que, de la misma manera dispone que dichas citaciones deben ser certificadas, y tales certificaciones deben hacerse de conformidad con lo establecido en la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Asimismo, se aprecia que la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas prevé la existencia de Proveedores de Servicios de Certificación, que deberán estar inscritos en la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, los cuales, a tenor de la referida ley, tienen la facultad de proporcionar los distintos tipos o clases de Certificaciones Electrónicas, que serán utilizados por los organismos públicos o privados, para los servicios que pone a disposición la referida Ley. En ese sentido, y siendo que hasta la presente fecha este Órgano Jurisdiccional no dispone de las instalaciones o servicios básicos, a los fines de poder hacer uso de los medios electrónicos en el cumplimiento de la labor jurisdiccional, y visto igualmente que la citación personal de la codemandada, sociedad mercantil Dyanca, C.A. no se ha agotado, conforme a las disposiciones

contenidas en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, niega la solicitud realizada por el representante judicial de la República Bolivariana de Venezuela”.

De acuerdo con la exposición del Juzgado de Sustanciación, se entiende que lo determinante para la notificación electrónica no es contar con un medio institucional sino con los mecanismos de certificación previstos en el DLMDFE.

De la misma manera pudiera estar razonando el Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, con sede en Guanare, mediante sentencia del 9 de enero de 2012, cuando expresó:

“...este Tribunal Superior, considera preciso recalcar, que... debe ser agotada, previamente la posibilidad de notificar a la accionada por los medios previstos en la precitada Ley; vale decir, que se realice la notificación personal, la notificación por correo con aviso de recibo, porque la empresa demandada ya no funciona en la dirección aportada –como ha ocurrido en el caso de marras-, **que no se conoce correo electrónico de la empresa...**” (Énfasis agregado).

Este extracto hace inferir que en caso de contar con el correo electrónico de la empresa se hubiese podido citar por ese medio, ya que no menciona la necesidad de contar con un sistema especial para cumplir tal fin.

Resumiendo las decisiones de los tribunales con competencia en materia del trabajo parcialmente transcritas, se concluye que ninguna de ellas se refiere expresamente a la necesidad de un medio institucional para citar por medios electrónicos, siendo suficiente cumplir con los requisitos del DLMDFE para practicar la citación de tal manera.

En este sentido, si se admite la interpretación según la cual, la exigencia legal de un medio electrónico que pertenezca al tribunal supone que las citaciones y notificaciones se materializarán usando un medio electrónico institucional, entonces dicho medio, como lo advierte el Juzgado de sustanciación de la Sala Político Administrativa, deberá ser creado por el Tribunal Supremo de Justicia o deberá tratarse de una dirección de correo electrónico o nombre de usuario de alguna red social pero autorizado por el referido órgano rector del Poder Judicial.

Pero si se estima válido el uso de cualquier medio siempre que se cuente con la certificación electrónica a que se refiere el DLMDFE, entonces pareciera que el juez, el secretario o el propio alguacil pudieran citar desde alguna dirección de correo electrónico creada por ellos mismos, con lo cual no pudiera concluirse que ese medio le pertenece al tribunal, razón por la que se incumpliría con uno de los requisitos de la ley (“*siempre y cuando éstos le pertenezcan*”).

Sobre la base de lo expuesto, cuando la LOPTRA prevé que la notificación podrá practicarse por medios electrónicos de los cuales disponga el tribunal siempre que le pertenezcan, se propone como posible interpretación que podrá citar mediante un sistema de notificaciones electrónicas creado especialmente por el Tribunal Supremo de Justicia, o mediante una dirección de correo

electrónico o nombre de usuario de alguna red social autorizada por el Tribunal Supremo de Justicia y asignada al tribunal para tal fin.

Partiendo de tal propuesta interpretativa, debe recordarse el contenido del artículo 38 de la LOJCA que prevé: “*El tribunal podrá practicar las citaciones y notificaciones por medios electrónicos*”, sin imponer otros requisitos como lo hacen la LOPTRA y la LOPNNA, específicamente: (1) que tales medios se encuentren entre los que disponga el tribunal y (2) que le pertenezcan o estén adscritos al propio tribunal o al Poder Judicial²⁴.

Así, de la redacción de la norma estatuida en la LOJCA no se advierte exigencia expresa de que los medios electrónicos para practicar las citaciones y notificaciones deban estar atribuidos a tales órganos públicos, por lo que pareciera posible admitir que la citación sea practicada por el alguacil²⁵, empleando una dirección de correo electrónico creada por la persona que ocupe ese cargo y no únicamente por un medio electrónico especialmente generado a atribuido para tal fin.

Con esta interpretación, contrario a lo que pudiera pensarse, igualmente se garantiza que la citación la emite un tribunal determinado, ya que la autenticidad no la proporciona el medio electrónico, sino el método de certificación previsto en el DLMDFE como lo prevén la LOPTRA²⁶, la LOPNNA²⁷ y la LOJCA²⁸.

Aclarado esto, se debe pasar a revisar el resto del artículo 38 en el que se fundamentó el Juzgado de Sustanciación para decidir, según el cual, las citaciones

24 Igualmente sucede con la LOTSJ al regular los requisitos de las notificaciones electrónicas. Respecto de este texto jurídico debe precisarse que solo admite la notificación y no la citación electrónica, la cual que será tramitada por boleta enviada a través de medios electrónicos. En este caso, el secretario dejará constancia en el expediente de haberla practicado en la dirección de correo electrónico indicada por la partes al incorporarse al proceso, lo que implica que ya fueron citadas o se dieron por citadas. Boleta que además debe publicarse en el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia.

25 Dado que la norma no prevé quién es el encargado de practicar las citaciones o notificaciones electrónicas ordenadas por el tribunal, de oficio o a instancia de parte, por analogía con las demás formas de citación, será tarea del alguacil.

26 Artículo 126: “...*A efectos de la certificación de la notificación, se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad de la presente Ley...*”.

27 Artículo 459: “...*A efectos de la certificación de la notificación, se debe proceder de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y su Reglamento en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios procesales de esta Ley. De no ser posible la plena certificación electrónica de estos mensajes de datos, por no existir en el país los medios necesarios para ello, el Tribunal utilizará todos los medios a su disposición para asegurar que los mensajes enviados contengan medios de seguridad suficientes para asimilar, en el mayor grado posible, los mensajes enviados a los requisitos previstos en dicha Ley...*”.

28 Artículo 38: “...*Las certificaciones de las citaciones y notificaciones se harán de conformidad con lo establecido en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad...*”.

y notificaciones se certificarán atendiendo a lo establecido en el DLMDFE, afirmación que lleva a revisar qué prevé dicha norma sobre el tema.

Destacándose que el Capítulo III del DLMDFE regula la emisión y recepción de los mensajes de datos de forma subsidiaria a la voluntad de las partes quienes disponen del derecho a pactar cómo será tal intercambio de datos, y solo en caso de silencio, el referido Decreto con Fuerza de Ley incorpora ciertas previsiones.

Lo indicado en el párrafo anterior solo pudiera aplicar si el tribunal impone un medio electrónico especial para comunicarse con las partes²⁹, como pudiera ser, un sistema de intercambio de mensajes con las partes vía correo electrónico a través de la página de Internet oficial del órgano rector del Poder Judicial o mediante alguna compañía privada o pública de las que presta este servicio en Internet.

Pero si el Tribunal Supremo de Justicia no impone un método para comunicarse en el que las partes tengan que estar inscritas previamente, se entenderá que la citación proviene del Tribunal de la Causa, cuando la boleta ha sido enviada por: (1) El propio emisor; (2) por una persona autorizada para citar, en este caso, por el alguacil del tribunal mediante una dirección de correo electrónico, incluso, particular; o, (3) por un sistema de información programado por el tribunal, o bajo su autorización, para que opere automáticamente; como lo establece el artículo 9 del DLMDFE.

Pero, ¿cómo determinar que la citación proviene del propio emisor, de una persona autorizada o por un sistema de información programado por el tribunal?

En la respuesta a esta interrogante entra la firma electrónica certificada o firma digital, que es, concretamente, la única certificación a la que se hace referencia en el DLMDFE³⁰, siendo que lo certificado es la firma y no la citación, a pesar de lo que establecen la LOPTRA, la LOPNNA y la LOJCA, y con esa certificación de la firma³¹ adquiere autenticidad la citación³²; es decir, el

29 A partir de la experiencia de notificación electrónica de Mendoza, “La dirección de Informática del Poder Judicial proveerá una casilla electrónica, en un servidor del Poder Judicial, a cada uno de los abogados matriculados en la provincia de Mendoza, a la que los profesionales ingresarán con su apellido y número de matrícula y accederán a las cédulas que les han sido remitidas ‘notificaciones.jus.gov.ar’...”. RAUEK, Inés. “De las nulidades de las notificaciones electrónicas”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 7-8, Universidad Autónoma de México, 2007, pág. 367.

30 Artículo 18. “La Firma Electrónica, debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación conforme a lo establecido en este Decreto-Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16”.

31 Artículo 38. “El Certificado Electrónico garantiza la autoría de la Firma Electrónica que certifica así como la integridad del Mensaje de Datos. El Certificado Electrónico no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban”.

32 Puesto que el certificado electrónico contiene: “Artículo 43... 3. [La] identificación del titular del Certificado Electrónico, indicando su domicilio y dirección electrónica...”. Al respecto,

demandado o notificado en general, sabrá con certeza y de modo comprobable ante el Proveedor de Servicios de Certificación, que el emisor de la citación es el tribunal que afirma ser, actuando por órgano del alguacil, sin importar el medio electrónico que use para practicar la citación.

Este es el método que siguen la LOPTRA, la LOPNNA y la LOJCA, para darle autenticidad a la citación, siendo reforzado en los primeros dos casos por la exigencia adicional de que el medio electrónico usado para citar haya sido creado por el Tribunal Supremo de Justicia y le haya sido atribuido al órgano jurisdiccional.

Por otra parte, en cuanto a la oportunidad para emitir la citación, esta se entenderá emitida cuando el medio electrónico usado por el tribunal lo remita al demandado o a los sujetos que deban ser notificados; y se entenderá recibida, cuando la citación ingrese al sistema de información designado al efecto o en su defecto, salvo prueba en contrario, al ingresar el mensaje de datos (en este caso, la boleta de citación) en un sistema de información utilizado regularmente por el demandado³³.

Para los casos de personas demandadas por primera vez y respecto de los cuales el tribunal desconoce una dirección electrónica que le pertenezca al demandado, la citación se podrá practicar en una dirección de correo electrónico que el demandante demuestre que es de uso frecuente del demandado o incluso, en una cuenta de alguna red social (de ser posible incluir la firma certificada del alguacil), siempre que se evidencie el uso habitual que exige la ley, a los fines de garantizar que el demandado sea realmente citado ya que “*nadie puede ser condenado sin ser oído*”³⁴.

De este modo se facilita la citación del demandado excluyendo “...*completamente la posibilidad de que el mismo no se encuentre presente*

cabe destacar que esta fue la opción seguida en la referida prueba piloto de notificación electrónica de Mendoza, Argentina (RAUEK, Inés. “De las nulidades de las notificaciones electrónicas”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 7-8, Universidad Autónoma de México, 2007, pág. 357).

³³ Héctor Peñaranda considera que en materia de LOPNNA, “*cuando se dice que el secretario o secretaria debe dejar constancia en el expediente de que efectivamente se materializó la notificación electrónica, no significa que deje constancia de que se envió el correo electrónico, sino además dejar evidencia de que se materializó la notificación electrónica; es decir, que no sólo se envió el correo contentivo de la notificación electrónica, sino que el receptor la recibió y que además tuvo acceso a la lectura de la misma*”, razón que lo lleva a concluir que no es válido citar en una dirección de proveedores de servicios de correo electrónico como “...*Hotmail, Yahoo o Gmail, por citar los proveedores más utilizados, los cuales no proporcionan en sus interfaces la opción de confirmación de lectura requerida para blindar el proceso, no se puede garantizar la lectura de la notificación por parte del usuario*” (PEÑARANDA, Héctor. *Propuesta para lograr la notificación electrónica en la República Bolivariana de Venezuela mediante un sistema de información automatizado*. Disponible en: http://www.ucoj.mx/investigacionesjuridicas/archivos/2012/06/mar_283_notificacion_electronica.pdf, pág. 9)

³⁴ RAUEK, Inés. “De las nulidades de las notificaciones electrónicas”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 7-8, Universidad Autónoma de México, 2007, pág. 349.

en el momento de entregarse la boleta de notificación o citación según sea el caso, o de que la misma pueda ser rechazada...”³⁵ o el cambio constante de domicilio³⁶.

Por último, el DLMDFE prevé que el emisor de un mensaje de datos podrá condicionar los efectos de dicho mensaje a la recepción de un acuse de recibo emitido por el destinatario, lo que equivaldría a condicionar la citación al acuse de recibo por parte del demandado. De seguirse esta modalidad no exigida por la ley ocurriría lo mismo que sucede con la citación personal donde basta que el citado no quiera hacer constar que fue citado para que esta no pueda cumplirse, situación que se quiso evitar con la citación electrónica, como se expuso en el párrafo previo.

No obstante, si el demandado o su apoderado con facultades expresas para darse por citado emite alguna comunicación “...automatizada o no, que señale la recepción...”³⁷ de la citación o si se verifica cualquier acto del demandado “...que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al...” tribunal que ha recibido la citación, se entenderá válidamente citado, puesto que se cumple expresamente con el requisito de haber constancia indubitada de la recepción de la notificación³⁸.

4. Análisis final

Al iniciar estos comentarios se fijaron tres características de la citación y la notificación, que ahora serán explicadas a la luz de su cumplimiento en formato electrónico:

En primer lugar, se afirmó que la generación y ejecución de la citación y notificación compete al órgano jurisdiccional, por lo que técnicamente todos los sujetos que intervengan deberían contar con firma certificada, mas no para practicar la citación porque en este caso sería suficiente con la firma digital del alguacil, sino para certificar la copia electrónica de la demanda consignada en papel, que se envía al demandado.

En segundo lugar, dado que la citación implica notificar al demandado que debe comparecer a contestar la pretensión en una oportunidad determinada, tal actividad no dejará de ser citación porque no se haga como lo prevé el CPC, ya que cada norma especial puede definir las exigencias que el legislador tenga a bien establecer, por ello, la notificación electrónica del demandado para contestar

³⁵ Thamayri URBINA. Artículo 38 (Citaciones y notificaciones por medios electrónicos) en: RAMOS, Emilio (Coord.), Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2013, pág. 389

³⁶ RAUEK, Inés. “De las nulidades de las notificaciones electrónicas”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, N° 7-8, Universidad Autónoma de México, 2007, pág. 359.

³⁷ Numeral 1 del artículo 14 del DLMDFE.

³⁸ BALLESTEROS, Ángel. *Manual de administración local* (5ª Ed.), La Ley/El Consultor, Madrid, pág. 346.

la demanda prevista en el artículo 38 de la LOJCA puede denominarse igualmente citación aunque la ley la llame notificación, aspecto del lenguaje que no incide sobre el fondo pero que es prudente uniformar para evitar confusiones.

Para finalizar, se indicó que al igual que todo acto procesal, la citación debe constar en el expediente pero que era necesario fijar un medio para incluir la notificación electrónica en un expediente en papel, especialmente porque el original de la citación será el electrónico y las impresiones que se hagan solo serán copias a tenor del único aparte del artículo 4 del DLMDFE³⁹.

En respuesta a ello, la legislación prevé que un funcionario judicial dejará constancia en el expediente de que efectivamente se materializó la notificación del demandado (con lo cual se certifica la citación o notificación electrónica), funcionario que en el caso de la LOPTRA es el propio juez, mientras que en la LOPNNA y la LOJCA se trata del secretario del tribunal.

En síntesis, otra interpretación que puede dársele a la norma del artículo 38 de la LOJCA es que la notificación y citación electrónicas podrán producirse siempre que los integrantes del tribunal cuenten con firma certificada, incluso personal (no oficial), del mismo modo que la firma autógrafa de los jueces, secretarios y alguaciles es la misma que utilizan tanto en su vida personal como en el ejercicio de sus funciones sin que ello le reste autenticidad a las citaciones y notificaciones que emitan ya que la identidad del firmante la garantiza el Proveedor de Servicios de Certificación.

³⁹ “...La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

**SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA
JUZGADO DE SUSTANCIACIÓN**

Exp N° 2012-260
Caracas, 7 de Agosto de 2012. 202° y 153°

Por diligencia de fecha 1°.08.12, el abogado Otoniel Pautt Andrade, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 154.755, actuando en su propio nombre, solicitó pronunciamiento con respecto a la medida cautelar innominada y, a la citación de la demandada a través de medios electrónicos, planteadas en fechas 26 y 27 de junio del año en curso, respectivamente.

Para decidir, se observa:

Por lo que se refiere a la solicitud de que se decrete medida cautelar innominada, este Juzgado, como quiera que no se ha practicado la citación de la demandada, en su oportunidad, ordenará abrir el respectivo cuaderno de medidas, en acatamiento de la decisión de esta Sala de fecha 14.2.96, ratificada mediante decisiones de fechas 27.3.96 y 1°.7.03, en la cual se estableció que "...a juicio de esta Sala, la medida cautelar innominada exige que haya habido la constitución de las partes en el proceso, es decir, que la litis se hubiere trabado...".

En lo que a la citación de la parte demandada a través de medios electrónicos concierne, observa este Juzgado, que ciertamente el nuevo dispositivo legal que regula los procesos que se siguen ante la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su artículo 38, prevé las citaciones y notificaciones por medios electrónicos. No obstante, considera esta Instancia, que esta novísima práctica judicial sólo podrá implementarse, una vez que el sistema informático de este Alto Tribunal, sea adecuado a las nuevas exigencias legales.

Consecuente con lo anterior, este Juzgado, declara improcedente lo solicitado por el actor, con respecto a la citación electrónica y, en su lugar, lo insta a que

utilice algunos de los otros medios que regula la Ley, a fin de lograr la citación del demandado, esto es, citación por correo certificado o por carteles. Así se decide.

La Jueza,
María Luisa Acuña López

La Secretaria,
Noemí del Valle Andrade

Exp N° 2012-260

El contrato de licencia y los nombres de dominio

Mónica Lastiri Santiago*

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 19 de julio de 2012 asunto C-376/11, *Pie Optiek SPRL & Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL*

1. La sentencia del TJUE *Pie Optiek SPRL & Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL* es relevante porque en ella se analiza el concepto y las condiciones esenciales que debe cumplir un contrato de licencia como medio de explotación de bienes inmateriales. No obstante, creemos que esta sentencia también es significativa porque pone de manifiesto dos cuestiones importantes: 1) la imposibilidad de que existan dos nombres de dominio de segundo nivel idénticos bajo un mismo dominio de primer nivel y 2) el valor que como activo empresarial tiene el nombre de dominio.

2. El TJUE (Sala Segunda), en su sentencia de 19 de julio de 2012 asunto C-376/11, *Pie Optiek SPRL & Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL* declaró que el artículo 12, párrafo tercero, del Reglamento (CE) nº874/2004 de la Comisión, de 28 de abril de 2004, por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel *.eu*, así como los principios en materia de registro, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que el derecho anterior de que se trata es un derecho de marca, los términos «licenciatarios de derechos anteriores» no se refieren a una persona que ha sido autorizada por el titular de la marca únicamente a registrar, en su propio nombre pero por cuenta de dicho titular, un nombre de dominio idéntico o similar a dicha marca, sin que esa persona esté no obstante autorizada a utilizarla comercialmente de conformidad con las funciones que le son propias.

3. La sentencia responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour d'appel de Bruxelles* (Bélgica) con referencia al siguiente supuesto:

* Profesora Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid (Dirección de correo electrónico: monica.lastiri@uc3m.es)

Pie Optiek SPRL (Pie Optiek) es una sociedad belga dedicada a la venta por Internet de lentes de contacto, gafas y otros productos oftalmológicos. Es titular de la marca figurativa Benelux, que incluye el signo denominativo “Lensworld”, solicitada el 8 de diciembre de 2005 y concedida el 4 de enero de 2006 para productos y servicios en las clases 5, 9 y 44 de la Clasificación de Niza. Dicha empresa ejerce su actividad mercantil a través del sitio web www.lensworld.be.

Beureau Gevers es una sociedad belga dedicada a la asesoría en propiedad intelectual.

Walsh Optical Inc. (Walsh Optical) es una sociedad estadounidense con domicilio en Nueva Jersey, que vende lentes de contacto y artículos de óptica a través del sitio web www.lensword.com. Dicha empresa era titular de la marca Benelux “Lensworld” para productos y servicios en la clase 35. Dicho registro se obtuvo el 26 de octubre de 2005 y se canceló el día 30 de octubre de 2006.

Walsh Optical firmó con *Bureau Gevers* un contrato de licencia que tenía por único objeto autorizar al despacho belga (licenciataria) a registrar el nombre de dominio www.lensworld.eu en su nombre pero por cuenta del licenciante (empresa estadounidense). [Sentencia *Pie Optiek SPRL & Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL*, apartado 19].

Entre los “derechos del licenciante” se estipuló que éste podía solicitar en cualquier momento al licenciataria que cancelara o que transfiriera el nombre de dominio registrado sin cargo, al licenciante o a la persona designada por éste. Del mismo modo, se pactó que era el licenciante el que debía pagar honorarios al licenciataria quien se obligaba a realizar esfuerzos razonables para conseguir registro del nombre de dominio bajo la extensión *.eu* [*Ibid.*, apartados 17 al 23].

Igualmente, el licenciataria reconoció en dicho acuerdo, que el nombre de dominio era de titularidad exclusiva del licenciante y se comprometió a no utilizar dicho nombre de manera incompatible con los términos de dicho convenio [*Ibid.*, apartado 23].

En virtud del contrato de licencia, *Bureau Gevers* solicitó a EURid el registro del nombre de dominio lensworld.eu en su nombre pero por cuenta de *Walsh Optical*. Dicho dominio quedó registrado a nombre del despacho belga el día 10 de julio de 2006.

Más tarde, *Pie Optiek* solicitó el registro del nombre de dominio en cuestión, mismo que se le denegó por la existencia del registro de *Bureau Gevers*. Por ello, *Pie Optiek* formuló oposición al registro de lensworld.eu ante el Tribunal Arbitral de la República Checa (organismo encargado de resolver extrajudicialmente controversias relativas a los nombres de dominio *.eu*). Dicha reclamación fue desestimada.

Del mismo modo, se desestimó la oposición presentada por *Pie Optiek* ante el Tribunal de primera instancia de Bruselas. No obstante, la empresa belga

presenta recurso en segunda instancia ante la *Cour d'appel de Bruxelles*, alegando que el contrato no confiere a *Bureau Gevers* la calidad de licenciataria de derechos anteriores, en el sentido del artículo 12, apartado 2 párrafo tercero, del Reglamento nº 874/2004, y que dicha sociedad tampoco dispone de un derecho o interés legítimo en el sentido del artículo 21, apartado 1, letra a), del mismo Reglamento. Por ello, el Tribunal Belga decide suspender el procedimiento y plantear varias cuestiones prejudiciales.

4. El TJUE cuestiona, con razón, la validez del contrato de licencia y es determinante al señalar que el acuerdo firmado entre la empresa estadounidense y *Bureau Gevers* no puede considerarse un contrato de licencia en derecho de marcas, ya que mediante la concesión de una licencia, el titular de una marca concede al licenciataria, dentro de los límites estipulados por las cláusulas del contrato de licencia, el derecho a utilizar esa marca para los fines que corresponden al ámbito del derecho exclusivo conferido por dicha marca, a saber, la utilización comercial de ésta de conformidad con las funciones que le son propias, en particular, la función esencial consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o servicio en cuestión. [Sentencia *Pie Otiiek SPRL & Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL*, apartados 47 y 52].

Asimismo, el TJUE considera que el contrato en cuestión es más un contrato de prestación de servicios que un contrato de licencia [vid. *Ibid.*, apartado 48 y Sentencia del Tribunal de Justicia. Asunto (c-533/07) *Falco Privatstiftung and Rabitsch v Gisela Weller-Lindhors*, apartados 29 y 30].

5. La figura del contrato de licencia de marca se inserta dentro de lo que podríamos considerar la categoría general de contratos de licencia que tienen por objeto la utilización de bienes inmateriales. Lo anterior, obedece al hecho de que es únicamente en el seno de la regulación de los derechos sobre esta clase de bienes donde se menciona y regula este contrato¹.

En el contrato de licencia de marca firmado entre *Walsh Optical* y *Bureau Gevers*, si bien se produce una autorización, esa facultad no consistió en la explotación de la marca en el tráfico económico. Nos preguntamos por qué *Walsh Optical* no optó por un contrato de prestación de servicios o un contrato de comisión, convenios más acordes con el objeto del acuerdo firmado por las partes. Para responder a esta pregunta debemos tomar en cuenta dos hechos:

a. Tal y como se desprende de la sentencia, el registro de la marca Benelux “Lensworld” por parte de *Walsh Optical* y *Pie Optiiek* atiende al interés de registrar el nombre de dominio *lensworld.eu* durante la primera parte del registro escalonado conforme al artículo 12 del Reglamento (CE)874/2004.

¹ Vid. ORTUÑO BAEZA, M^a Teresa. *Nuevas aportaciones sobre Derecho de marcas y Derecho concursal. El contrato de licencia como referente*. Ed. Marcial Pons, pág. 25

En este sentido, debemos resaltar que una de las particularidades del régimen jurídico relativo a los nombres de dominio es su tendencia a proteger a los titulares de derechos anteriores, concretamente, los derechos de marca. Por ello, EURid [así como otras entidades de registro encargados de la gestión de nombres de primer nivel geográficos (ccTLD), vid. Disposición transitoria primera apartados 1 y 2 del Plan Nacional de 2005 relativo al .es] estableció para el comienzo de registro de nombres de dominio bajo la extensión de primer nivel .eu, un registro escalonado que consistió en dos partes: 1) *Sunrise period* o fase preferencial y 2) fase de registro al público en general (registro generalizado de nombres de dominio).

El *sunrise period* consistió en proporcionar a los titulares de derechos anteriores o a sus licenciatarios el derecho de registrar su marca como nombre de dominio bajo la extensión .eu antes del inicio del registro generalizado. Ello evitó en gran medida registros abusivos [vid. Reglamento n° 874/2004, artículo 12, apartado 2, párrafos primero y segundo y artículo 21, apartado 1, incisos a) y b)].

b. Conforme al artículo 4.2. b) del Reglamento (CE) n° 733/2002 relativo a la aplicación del dominio de primer nivel .eu solo es posible el registro de un nombre de dominio de segundo nivel bajo la extensión .eu cuando la empresa solicitante “tenga su domicilio social, administración central o centro de actividad principal en la Comunidad”.

De los hechos arriba descritos, podemos decir que pese a que la estrategia utilizada por la empresa estadounidense sea cuestionable por no cumplir el requisito de presencia en el territorio de la Unión Europea, lo que se advierte de dicha actuación es la necesidad de las empresas en la obtención, por cualquier modo, de un registro de nombre de dominio, éste es un activo de gran valor. Por ello, el interés de las empresas en la adquisición del mismo.

Por último, el litigio sobre el que se pronuncia el TJUE en esta sentencia, refleja el continuo inconveniente de que no puedan existir dos nombres de dominio de segundo nivel idénticos bajo un mismo dominio de primer nivel. Ello, se debe a que el nombre de dominio tiene un carácter único y solo una persona física o jurídica puede registrar el nombre. Por lo anterior, es preciso resaltar la circunstancia de que aunque se cuente con un derecho de marca u otro derecho anterior, no siempre se podrá obtener el registro de un nombre de dominio durante la fase preferencial o *sunrise period*. Es importante que los titulares de marcas tengan en cuenta esta situación, ya que los registros escalonados de nombres de dominio se llevarán a cabo también en los nuevos dominios de primer nivel que ICANN pondrá en marcha a finales de 2013 principios de 2014.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

(Sala Segunda)

de 19 de julio de 2012* (**)

“Internet – Dominio de primer nivel.eu – Reglamento (CE) n° 874/2004 – Nombres de dominio – Registro escalonado – Artículo 12, apartado 2 – Concepto de “licenciatarios de derechos anteriores” – Persona autorizada por el titular de una marca a registrar, en su propio nombre pero por cuenta de dicho titular, un nombre de dominio idéntico o similar a dicha marca – Falta de autorización para otros usos del signo en cuanto marca”

En el asunto C 376/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la cour d’appel de Bruselas (Bélgica), mediante resolución de 29 de junio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de julio de 2011, en el procedimiento entre

Pie Optiek SPRL

y

Bureau Gevers SA,0

European Registry for Internet Domains ASBL,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda), integrado por el Sr. J. N. Cunha Rodrigues, Presidente de Sala, y los Sres. U. Lõhmus (Ponente), A. Rosas, A. Ó Caoimh y A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sra. V. Trstenjak;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 21 de marzo de 2012; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Pie Optiek SPRL, por los M^{es} E. Wéry y T. van Innis, avocats;
- en nombre de Bureau Gevers SA, por los M^{es} B. Docquir y B. Michaux, avocats;
- en nombre de European Registry for Internet Domains ASBL, por los M^{es} G. Glas y H. Haouideg, avocats;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. F. Bulst y la Sra. C. Vrignon, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 3 de mayo de 2012;

* <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5605f54ad01c744898aa7b5f893386783.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahmTe0?text=&docid=125214&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5156739>

** Lengua de procedimiento: francés.

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 12, apartado 2, y 21, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n° 874/2004 de la Comisión, de 28 de abril de 2004, por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel «.eu», así como los principios en materia de registro (DO L 162, p. 40).
- 2 Dicha petición se presentó en el marco de dos litigios en los que Pie Optiek SPRL (en lo sucesivo, «Pie Optiek») se enfrenta, por un lado, a Bureau Gevers SA (en lo sucesivo, «Bureau Gevers») y, por otro, a European Registry for Internet Domains ASBL (en lo sucesivo, «EURid»), en relación con el registro del nombre de dominio www.lensworld.eu por parte de Bureau Gevers, en su propio nombre pero por cuenta de Walsh Optical Inc. (en lo sucesivo, «Walsh Optical»), sociedad estadounidense titular de la marca a la que corresponde dicho nombre de dominio.

Marco jurídico

Reglamento (CE) n° 733/2002

- 3 Los considerandos 6 y 16 del Reglamento (CE) n° 733/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de abril de 2002, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel .eu (DO L 113, p. 1), enuncian:
 - «(6) Gracias al dominio [de primer nivel] «.eu», el mercado interior debe tener mayor presencia en el ámbito del mercado virtual basado en Internet. El dominio «.eu» debe aportar un vínculo claramente identificado con la Comunidad, el marco jurídico asociado a ella y el mercado europeo. Debe permitir que empresas, organizaciones y personas físicas establecidas en la Comunidad se registren con un dominio específico que haga patente su vínculo con ella. Como tal, el dominio «.eu» no sólo representará un elemento clave para el comercio electrónico en Europa, sino que también contribuirá al logro de los objetivos del artículo 14 [CE].
- [...]
- (16) La adopción de una política general que trate el registro especulativo y abusivo de los nombres de dominio debe garantizar que los titulares de derechos anteriores reconocidos o establecidos por el Derecho nacional o comunitario y los organismos públicos puedan beneficiarse de un período específico de tiempo (período «sunrise») durante el cual el registro de sus nombres de dominio esté reservado exclusivamente a dichos titulares [...] y a los organismos públicos.»

- 4 Conforme a su artículo 1, dicho Reglamento fija las condiciones de aplicación del dominio territorial de primer nivel (ccTLD) «.eu», incluida la designación de un Registro, y establece el marco de actuación general en el que funcionará el Registro.
- 5 El artículo 4, apartado 2, del mismo Reglamento dispone:
«El Registro:
[...]
b) registrará los nombres de dominio en el dominio «.eu» a través de cualquier registrador «.eu» acreditado cuando lo solicite:
i) una empresa que tenga su domicilio social, administración central o centro de actividad principal en la Comunidad, o
ii) una organización establecida en la Comunidad sin perjuicio del Derecho nacional aplicable, o
iii) una persona física residente en la Comunidad».
- 6 El artículo 5, apartado 1, del Reglamento nº 733/2002 establece:
La Comisión [...] adoptará unas normas [que incluyen en particular]:
[...]
b) la política de interés general contra el registro especulativo y abusivo de nombres de dominio, incluida la posibilidad de registrar nombres de dominio de forma escalonada, con objeto de dar, a los titulares de derechos anteriores reconocidos o establecidos por el Derecho nacional o comunitario y a los organismos públicos, la oportunidad de registrar sus nombres de forma preferente durante determinados períodos de tiempo».
- 7 En aplicación de dicha disposición, la Comisión adoptó el Reglamento nº 874/2004.
Reglamento nº 874/2004
- 8 El considerando 12 del Reglamento nº 874/2004 enuncia:
«A fin de salvaguardar los derechos anteriores reconocidos por el Derecho nacional o comunitario, debe establecerse un procedimiento de registro escalonado. El registro escalonado debe producirse en dos fases, al objeto de garantizar que los titulares de derechos anteriores tengan la oportunidad de registrar los nombres de cuyos derechos sean titulares. [...]»
- 9 A tenor del artículo 2, párrafos primero a tercero, de dicho Reglamento:
«Serán elegibles para registrar uno o varios nombres de dominio en el dominio de primer nivel «.eu» las partes mencionadas en la letra b) del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento (CE) nº 733/2002.
Sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo IV, se asignará un nombre de dominio específico al solicitante cuya petición haya sido recibida en primer lugar por el Registro de manera técnicamente correcta y de conformidad con el presente Reglamento. A efectos del presente Reglamento, este criterio de

precedencia será denominado principio de «al primero que llega es al primero que se atiende».

Una vez registrado, el nombre de dominio dejará de estar disponible hasta que el registro expire sin haber sido renovado o se proceda a su revocación.»

- 10 El capítulo IV del Reglamento n° 874/2004, que comprende los artículos 10 a 14 de éste, se refiere al procedimiento de registro escalonado. El artículo 10, apartado 1, párrafos primero y segundo, de dicho Reglamento es del siguiente tenor:

«Los titulares de derechos anteriores reconocidos o establecidos por el Derecho nacional o comunitario y los organismos públicos podrán solicitar el registro de nombres de dominio durante el período de registro escalonado que precederá al inicio del registro generalizado en el dominio «.eu.»»

Se entenderá que los «derechos anteriores» abarcan, entre otros derechos, las marcas registradas nacionales y comunitarias [...]»

- 11 El artículo 12, apartado 2, párrafos primero y segundo, de dicho Reglamento dispone:

«El período de registro escalonado tendrá una duración de cuatro meses. El registro generalizado de nombres de dominio no podrá comenzar antes de que finalice el período de registro escalonado.

El registro escalonado constará de dos partes de dos meses de duración cada una.

La primera parte del registro escalonado estará reservada a solicitudes de nombres de dominio relativas a marcas nacionales y comunitarias, indicaciones geográficas y nombres y siglas contemplados en el apartado 3 del artículo 10, presentadas por los titulares de derechos anteriores o sus licenciarios, y por los organismos públicos mencionados en el apartado 1 del artículo 10.»

- 12 El artículo 21 del Reglamento n° 874/2004, titulado «Registros especulativos y abusivos», establece en su apartado 1:

«Un nombre de dominio registrado podrá ser objeto de revocación, en aplicación de un procedimiento extrajudicial o judicial apropiado, en los casos en que dicho nombre coincida o sea suficientemente similar para causar confusión con otro nombre sobre el que haya sido reconocido o establecido un derecho en virtud del Derecho nacional o comunitario, como en el caso de los derechos mencionados en el apartado 1 del artículo 10, y dicho nombre de dominio:

- a) haya sido registrado por el titular careciendo de derechos o intereses legítimos sobre el nombre de dominio en cuestión, o
- b) haya sido registrado o se esté utilizando de mala fe.»

Directiva 89/104/CEE

- 13 La Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1), comportaba un

artículo 5, titulado «Derechos conferidos por la marca», que establecía en sus apartados 1 y 2:

«1. La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico:

- a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;
- b) de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, implique por parte del público un riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca.

2. Cualquier Estado miembro podrá asimismo disponer que el titular esté facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, de cualquier signo idéntico o similar a la marca para productos o servicios que no sean similares a aquéllos para los que esté registrada la marca, cuando ésta goce de renombre en el Estado miembro y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a los mismos.»

14 El artículo 8 de dicha Directiva, titulado «Licencia», tenía el siguiente tenor:

«1. La marca podrá ser objeto de licencias para la totalidad o para parte de los productos o de los servicios para los cuales esté registrada y para la totalidad o para parte del territorio de un Estado miembro. Las licencias podrán ser exclusivas o no exclusivas.

2. El titular de una marca podrá invocar los derechos conferidos por esta marca frente al licenciataria que infrinja cualquiera de las disposiciones del contrato de licencia relativas a su duración, a la forma protegida por el registro bajo la que puede utilizarse la marca, a la naturaleza de los productos o de los servicios para los cuales se otorgue la licencia, al territorio en el cual pueda ponerse la marca o a la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciataria.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

15 Pie Optiek es una sociedad belga que se dedica a la venta por Internet de lentes de contacto, gafas y otros productos oftalmológicos. Es titular de una marca figurativa Benelux, que incluye el signo denominativo «Lensworld» y un planisferio estilizado, solicitada el 8 de diciembre de 2005 y registrada el 4 de enero de 2006 para productos y servicios de las clases 5, 9 y 44 conforme al Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada. Pie Optiek explota el sitio de Internet www.lensworld.be.

16 Bureau Gevers es una sociedad belga dedicada a la asesoría en propiedad intelectual.

- 17 Walsh Optical es una sociedad estadounidense con domicilio social en Nueva Jersey, que también opera en el sector de la venta por Internet de lentes de contacto y artículos de óptica. Walsh Optical explota el sitio de Internet www.lensworld.com desde 1998, y era titular de la marca Benelux Lensworld, solicitada el 20 de octubre de 2005 y registrada el 26 de octubre de 2005 para productos y servicios de la clase 35 de dicho Arreglo de Niza. El registro de esta marca se canceló el 30 de octubre de 2006.
- 18 El 18 de noviembre de 2005, Walsh Optical firmó con Bureau Gevers un contrato denominado «License Agreement» («contrato de licencia»; en lo sucesivo, «contrato»).
- 19 A tenor de la cláusula 1 de ese contrato, su único objeto consiste en autorizar al licenciatarlo a registrar un nombre de dominio en su nombre pero por cuenta del licenciente, en determinar los derechos y obligaciones de cada una de las partes durante el contrato y en organizar el procedimiento por el cual el licenciatarlo ha de transferir el nombre o los nombres de dominio .eu al licenciente o a la persona designada por éste.
- 20 Con arreglo a la cláusula 2 del contrato, titulada «Derechos del licenciente», éste puede solicitar en cualquier momento al licenciatarlo que cancele el nombre o los nombres de dominio mencionados en el anexo 1 de dicho contrato o que transfiera los nombres de dominio registrados, rápidamente y sin cargo, al licenciente o a cualquier tercero designado por éste.
- 21 Con arreglo a la cláusula 3 del mismo contrato, el licenciente ha de pagar honorarios al licenciatarlo, en defecto de lo cual los nombres de dominio no pueden registrarse, mantenerse o renovarse.
- 22 En la cláusula 4 del contrato, que contiene los derechos del licenciatarlo, se precisa que éste ha de facturar sus servicios al licenciente.
- 23 Las obligaciones del licenciatarlo, tal como figuran en la cláusula 5 de dicho contrato, incluyen la de realizar esfuerzos razonables para presentar una solicitud .eu y conseguir un registro .eu para el nombre o los nombres de dominio. El licenciatarlo reconoce además que el nombre de dominio será de titularidad exclusiva del licenciente y se compromete a no utilizar dicho nombre de manera incompatible con los términos del contrato.
- 24 De las observaciones escritas sometidas por EURid al Tribunal de Justicia se desprende que la primera fase del registro escalonado conforme al capítulo IV del Reglamento n° 874/2004 comenzó el 7 de diciembre de 2005.
- 25 En esa misma fecha, Bureau Gevers solicitó a EURid el registro del nombre de dominio «lensworld.eu» en su nombre pero por cuenta de Walsh Optical. Dicho nombre de dominio fue adjudicado a Bureau Gevers el 10 de julio de 2006.
- 26 El 17 de enero de 2006 Pie Optiek solicitó también el registro del nombre de dominio «lensworld.eu», que le fue denegado porque la solicitud de Bureau Gevers era anterior.

- 27 La pretensión formulada por Pie Optiek ante el Tribunal Arbitral de la República Checa, organismo encargado de la resolución extrajudicial de las controversias relativas a los nombres de dominio .eu, con el fin de oponerse a la adjudicación de dicho nombre de dominio a Bureau Gevers, fue desestimada mediante resolución de 12 de marzo de 2007. El recurso de Pie Optiek ante el tribunal de première instance de Bruxelles también fue desestimado mediante sentencia de éste de 14 de diciembre de 2007.
- 28 Ante el órgano jurisdiccional remitente, que conoce del recurso en segunda instancia contra dicha sentencia, Pie Optiek alega en particular que el contrato no confiere a Bureau Gevers la calidad de licenciatario de derechos anteriores, en el sentido del artículo 12, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento nº 874/2004, y que dicha sociedad tampoco dispone de un derecho o interés legítimo en el sentido del artículo 21, apartado 1, letra a), del mismo Reglamento.
- 29 Según Bureau Gevers, el objeto de un contrato de licencia de marca no está necesariamente limitado a la autorización para explotar los productos o servicios registrados con esa marca, sino que puede referirse a todas o a una parte de las prerrogativas del titular de la marca de que se trate, incluida la autorización para registrar un nombre de dominio.
- 30 En estas circunstancias, la cour d'appel de Bruxelles ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
 - «1) ¿Debe interpretarse el artículo 12, apartado 2, del Reglamento [nº 874/2004] en el sentido de que, en una situación en la que el derecho anterior de que se trata es un derecho de marca, los términos «licenciarios de derechos anteriores» pueden referirse a una persona que ha sido autorizada por el titular de la marca únicamente a registrar, en su propio nombre pero por cuenta del licenciante, un nombre de dominio idéntico o similar a la marca, sin estar no obstante autorizada a hacer otros usos de la marca o a usar el signo en cuanto marca, como por ejemplo comercializar productos o servicios bajo la marca?
 - 2) En caso de respuesta afirmativa a la pregunta anterior, ¿debe interpretarse el artículo 21, apartado 1, letra a), del Reglamento [nº 874/2004] en el sentido de que existe un «derecho o interés legítimo» incluso en el caso de que el «licenciario de derechos anteriores» haya registrado el nombre de dominio .eu en su nombre, pero por cuenta del titular de la marca, y este último no esté legitimado con arreglo al artículo 4, apartado 2, letra b), del Reglamento [nº 733/2002]»?

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión

- 31 La primera cuestión se refiere al concepto de «licenciarios de derechos anteriores», tal como figura en el artículo 12, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento nº 874/2004.

- 32 Mientras que en el artículo 10, apartado 1, párrafo segundo, de dicho Reglamento se precisa que los «derechos anteriores» abarcan, entre otros derechos, las marcas registradas nacionales y comunitarias, en ese Reglamento no se define el término licenciatario. El mencionado Reglamento tampoco comporta una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros por lo que respecta a tal definición.
- 33 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se deduce de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance ha de recibir normalmente, en toda la Unión, una interpretación autónoma y uniforme que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, en particular, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11; de 19 de septiembre de 2000, Linster, C 287/98, Rec. p. I 6917, apartado 43, y de 22 de marzo de 2012, Génesis, C 190/10, Rec. p. I 0000, apartado 40).
- 34 Además, un Reglamento de ejecución debe ser objeto, si es posible, de una interpretación conforme con las disposiciones del Reglamento de base (sentencias de 24 de junio de 1993, Dr Tretter, C 90/92, Rec. p. I 3569, apartado 11, y de 26 de febrero de 2002, Comisión/Boehringer, C 32/00 P, Rec. p. I 1917, apartado 53).
- 35 Habida cuenta de que el Reglamento n° 874/2004 es un Reglamento de ejecución adoptado en aplicación del artículo 5, apartado 1, del Reglamento n° 733/2002, deben tenerse en cuenta los objetivos y las disposiciones de éste para dar al concepto de «licenciatario» una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión.
- 36 A este respecto, del considerando 6 del Reglamento n° 733/2002 se desprende que el dominio de primer nivel .eu se creó con el fin de aumentar la presencia del mercado interior en el ámbito del mercado virtual basado en Internet, aportando un vínculo claramente identificado con la Unión, el marco jurídico asociado a ella y el mercado europeo, así como permitiendo a las empresas, organizaciones y personas físicas establecidas en la Unión registrarse con un dominio específico que haga patente dicho vínculo.
- 37 En consideración de ese objetivo, el artículo 4, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 733/2002 establece que deben registrarse en el ámbito de primer nivel .eu los nombres de dominio solicitados por toda empresa que tenga su domicilio social, administración central o centro de actividad principal en la Unión, toda organización establecida en ésta sin perjuicio del Derecho nacional aplicable, o toda persona física residente en la Unión. Dichas empresas, organizaciones y personas físicas constituyen, según el artículo

- 2, párrafo primero, del Reglamento n° 874/2004, las partes legitimadas para registrar uno o varios nombres de dominio en dicho dominio de primer nivel.
- 38 Además, de los considerandos 16 del Reglamento n° 733/2002 y 12 del Reglamento n° 874/2004, así como del artículo 10, apartado 1, párrafo primero, de éste, se desprende que, durante el período de registro escalonado, sólo podrán solicitar el registro de nombres de dominio los «titulares de derechos anteriores reconocidos o establecidos por el Derecho nacional o comunitario», entre los que se encuentran las marcas registradas comunitarias y nacionales, así como los organismos públicos.
- 39 De ello se sigue que, en principio, sólo están legitimados para registrar, durante dicho período, uno o varios nombres de dominio en el dominio de primer nivel .eu los titulares de derechos anteriores que tengan su domicilio social, administración central o centro de actividad principal en la Unión.
- 40 De lo mismo también resulta que, en la medida en que el artículo 12, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento n° 874/2004 amplía el círculo de personas legitimadas durante la primera fase del registro escalonado a los licenciarios de derechos anteriores, éstos deben cumplir simultáneamente el criterio de presencia en el territorio de la Unión y disponer, en lugar del titular, por lo menos parcial o temporalmente, del derecho anterior de que se trate.
- 41 Es efectivamente contrario a los objetivos de los Reglamentos n°s 733/2002 y 874/2004 permitir a un titular de un derecho anterior que dispone de la plena titularidad de dicho derecho, pero no cumple el criterio de presencia en el territorio de la Unión, obtener un nombre de dominio .eu en su favor a través de una persona que cumple dicho criterio de presencia pero no dispone, ni siquiera parcial o temporalmente, de dicho derecho.
- 42 Estas conclusiones resultan confirmadas por los actos del Derecho de la Unión y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, sin definir explícitamente los términos «licenciario» y «licencia» en materia de marcas, proporcionan indicaciones en cuanto al alcance de dichos términos.
- 43 En primer lugar, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 89/104 establece que la marca podrá ser objeto de licencias para la totalidad o para parte de los productos o de los servicios para los cuales esté registrada. De este modo, el legislador de la Unión ha previsto que esa licencia pueda en particular concederse para que el licenciario utilice una marca en la comercialización de productos o servicios.
- 44 Conforme al apartado 2 de dicho artículo, el titular de una marca podrá invocar los derechos conferidos por esta marca frente al licenciario que infrinja cualquiera de las disposiciones del contrato de licencia. De dicha disposición resulta que tales cláusulas pueden referirse, además de a la duración del contrato, a la forma bajo la que puede utilizarse la marca, a la naturaleza de los productos o de los servicios para los cuales se otorgue la licencia, al territorio en el cual pueda ponerse la marca o a la calidad de los

- productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario bajo esa marca.
- 45 A este respecto, en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la misma Directiva se precisa que dicho titular dispone de un derecho exclusivo que lo faculta para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico, esto es, que haga una utilización comercial (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de marzo de 2011, Anheuser-Busch/Budijovický Budvar, C 96/09 P, Rec. p. I 0000, apartado 144), de un signo idéntico o similar para determinados productos o servicios y en determinadas condiciones.
- 46 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que dicho derecho exclusivo se concede para permitir que el titular de la marca proteja sus intereses específicos como titular de dicha marca, es decir, para garantizar que ésta pueda cumplir las funciones que le son propias y que, por lo tanto, el ejercicio de este derecho debe quedar reservado a los casos en los que el uso del signo por un tercero menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca. Entre dichas funciones no sólo figura la función esencial de la marca, consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o del servicio, sino también sus demás funciones, como, en particular, la consistente en garantizar la calidad de ese producto o de ese servicio, o las de comunicación, inversión o publicidad (véanse las sentencias de 18 de junio de 2009, L'Oréal y otros, C 487/07, Rec. p. I 5185, apartado 58, y de 23 de marzo de 2010, Google France y Google, C 236/08 a C 238/08, Rec. p. I 2417, apartados 75 y 77).
- 47 Por consiguiente, procede considerar que, mediante la concesión de una licencia, el titular de una marca concede al licenciatario, dentro de los límites estipulados por las cláusulas del contrato de licencia, el derecho a utilizar esa marca para los fines que corresponden al ámbito del derecho exclusivo conferido por dicha marca, a saber, la utilización comercial de ésta de conformidad con las funciones que le son propias, en particular, la función esencial consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o servicio en cuestión.
- 48 En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión, en la sentencia de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch (C 533/07, Rec. p. I 3327), de examinar las diferencias entre un contrato de servicio y un contrato de licencia en el Derecho de la propiedad intelectual. A este respecto, declaró, en los apartados 29 y 30 de dicha sentencia, que mientras que el concepto de servicios implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración, el contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración, no implica tal actividad.

- 49 De ello se sigue que un contrato, como del que se trata en el litigio principal, por el cual la otra parte contratante, denominada «licenciataria» se obliga, a cambio de una remuneración, a hacer esfuerzos razonables para presentar una solicitud y obtener el registro de un nombre de dominio .eu se parece más a un contrato de servicio que a un contrato de licencia.
- 50 Así es, en especial, en el caso de que dicho contrato no conceda a ese licenciataria ningún derecho a utilizar comercialmente la marca correspondiente al nombre de dominio de conformidad con las funciones que le son propias, pero reconozca que el nombre de dominio que registra de acuerdo con sus obligaciones seguirá siendo de la exclusiva titularidad del licenciante y se comprometa a no utilizar dicho nombre de dominio de manera incompatible con los términos del contrato.
- 51 A este respecto, no tiene mayor relevancia que tal contrato precise que éste tiene en particular por objeto permitir al licenciataria registrar un nombre de dominio en su nombre pero por cuenta del licenciante cuando dicha facultad no tiene otra finalidad que la de permitir a la otra parte contratante cumplir con su obligación de registrar el nombre o los nombres de dominio en cuestión como contrapartida de una remuneración y, por lo tanto, es meramente accesoria de dicha obligación. Por otra parte, tal como ha señalado la Abogada General en los puntos 49 y 53 de sus conclusiones, la autorización para registrar una marca como nombre de dominio .eu no implica en absoluto que el titular de la marca haya concedido a la otra parte contratante el derecho a utilizarla comercialmente de conformidad con las funciones que le son propias.
- 52 De lo anterior se deriva que un contrato como del que se trata en el litigio principal no puede considerarse un contrato de licencia en Derecho de marcas. Por consiguiente, una parte contratante que tenga por misión registrar un nombre de dominio .eu por cuenta del titular de la marca en cuestión no puede calificarse de «licenciataria de derechos anteriores» en el sentido del artículo 12, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento nº 874/2004.
- 53 A la vista de las consideraciones que anteceden, procede responder a la primera cuestión que el artículo 12, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento nº 874/2004 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que el derecho anterior del que se trata es un derecho de marca, los términos «licenciatarios de derechos anteriores» no se refieren a una persona que ha sido autorizada por el titular de la marca únicamente a registrar, en su propio nombre pero por cuenta de dicho titular, un nombre de dominio idéntico o similar a dicha marca, sin que esa persona esté no obstante autorizada a utilizarla comercialmente de conformidad con las funciones que le son propias.

Segunda cuestión

- 54 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no es necesario responder a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

Costas

- 55 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 12, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento (CE) n° 874/2004 de la Comisión, de 28 de abril de 2004, por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel «.eu», así como los principios en materia de registro, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que el derecho anterior del que se trata es un derecho de marca, los términos «licenciatarios de derechos anteriores» no se refieren a una persona que ha sido autorizada por el titular de la marca únicamente a registrar, en su propio nombre pero por cuenta de dicho titular, un nombre de dominio idéntico o similar a dicha marca, sin que esa persona esté no obstante autorizada a utilizarla comercialmente de conformidad con las funciones que le son propias.

Firmas

Valor jurídico probatorio del correo electrónico promovido en formato impreso

Sulmer Paola Ramírez*

Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 30 de mayo de 2013

1. Aspectos resaltantes de la sentencia objeto de análisis. Sentencia dictada por Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 30 de mayo de 2013, en el Expediente 012-000594 con ponencia de la Magistrada YRAIMA ZAPATA LARA, que resuelve el Recurso de Casación formalizado por la sociedad mercantil ORIÓN REALTY C.A contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2012, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, en el que entre otros aspectos, se denunció la infracción de los artículos 429 del Código de Procedimiento Civil y 4 del Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), por falsa aplicación.

Destaca dentro de los fundamentos alegados por la formalizante de dicho recurso, que en la sentencia recurrida se desecharon los correos electrónicos promovidos por el demandante, de conformidad con el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, bajo el argumento de no poseer "...certificado electrónico o promovido subsidiariamente un medio de prueba tendiente a demostrar la autenticidad del mismo, su autoría o titularidad..."

En relación con la denuncia de infracción señalada, la sentencia objeto de análisis indicó lo siguiente:

"...Ahora bien, al poseer los instrumentos bajo examen conforme al Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su único aparte "... la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas", es decir, con eficacia probatoria semejante al de

* Abogada con Especialización en Derecho Laboral UCAT, Derecho Administrativo, UCAT. Negocios con América Latina IDEC Universidad Pompeu Fabra Barcelona-España, Doctoranda en Derecho de la UCV. Profesora de la Universidad Católica del Táchira. sulmerp@yahoo.com

las copias o reproducciones fotostáticas, debió el juzgador de alzada apreciar tales documentales de conformidad a lo dispuesto en el citado artículo 395, principio de la prueba libre, aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y siendo que el valor probatorio de dichos mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, reproducido en formato impreso fue negado por no contar con los citados certificados electrónicos, en vez de aplicarse los principios de la prueba libre, considera la Sala que la recurrida infringió los artículos 395, 398 y el 429 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación. Así se decide”.

2. Valor jurídico probatorio de los documentos electrónicos, entre ellos el correo electrónico

La LMDFE además de atribuirle al mensaje de datos la misma eficacia probatoria que la ley le otorga a los documentos escritos, sobre la base del principio de equivalencia funcional, reconoce al mensaje de datos como un medio de prueba, estableciendo que su promoción, control, contradicción y evacuación, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La libertad de prueba consagrada en el Código de Procedimiento Civil, permite a las partes a fin de demostrar sus pretensiones, valerse de cualquier medio de prueba, que no esté prohibido en forma expresa por la ley. Estableciendo que estos medios, se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el código civil y en su defecto en la forma que señale el juez¹. Esta libertad de prueba, desarrolla el principio constitucional contenido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual, toda persona tiene derecho a utilizar los medios adecuados para ejercer su defensa.

De lo anteriormente expuesto, se evidencia en forma clara que los correos electrónicos pueden ser admitidos en los respectivos procedimientos como medios de prueba, pero es importante destacar, que independientemente que se posea o no un certificado electrónico otorgado por un Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica, la validez de los documentos electrónicos, entre ellos el correo electrónico, en el cumplimiento de ciertas condiciones de admisibilidad, tal y como lo señala Mariliana Rico Carrillo², destacando entre otras:

- La posibilidad de identificación de los declarantes y las operaciones realizadas por cada uno de ellos durante la elaboración del documento electrónico.

¹ Principio de Libertad Probatoria consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

² RICO CARRILLO, M. “Comercio Electrónico Internet y Derecho”, Legis, Bogotá, 2005, pp. 105-106.

- La calidad de los sistemas utilizados para la elaboración y almacenamiento del documento, entre los que destacan el hardware y el software.
- La legibilidad del documento electrónico, que implica su posibilidad de lectura y comprensión, empleando para ello el lenguaje de los bits que a pesar de ser diferente al alfanumérico, puede ser de acceso del hombre con el uso de la informática y el adecuado software.
- La veracidad de la información. El mensaje de datos enviado por el emisor debe ser exacto al recibido por el destinatario, siendo importante conservar su integridad y disponibilidad, requisitos establecidos el artículo 7 de la Ley de Mensaje de datos y Firmas Electrónicas.
- La atribución a una persona determinada de la autoría de un mensaje de datos (autenticidad del mensaje).
- La fiabilidad de los sistemas empleados para la autenticación del documento electrónico.

A los efectos de determinar cuándo un documento electrónico se reputa original y cuando no, la LMDFE sigue la tesis de la inalterabilidad del mensaje de datos, según la cual, en materia electrónica para ser catalogado como original, se debe tener en cuenta la conservación íntegra del mensaje de datos³, tal y como se señala en el artículo 7 de la LMDFE, al establecer:

“Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un Mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación”.

En cuanto a la exigencia del documento original, es necesario destacar que al tratarse de un documento electrónico, a efectos de analizar la integridad del mensaje, el original es el soporte electrónico (intangibles por naturaleza) y sobre este soporte es que debe recaer el objeto de la prueba, toda vez que por disposición de la propia LMDFE, en su artículo 4 dispone en forma expresa que La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

Entre los declarantes de un documento electrónico bilateral, su promoción privada como medio de prueba, quedará supeditada a las reglas que sobre la promoción de dicho documento hayan establecido las partes en ejercicio del principios de libertad contractual, que los faculta para fijar sus propias pautas y

3 RICO CARRILLO, M.: “Comercio Electrónico Internet y Derecho” *op. cit.* p.108.

procedimientos, fundamentados en los principios de equivalencia funcional, inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, y el principio de buena fe.

Resulta de capital importancia el auto de admisión del documento electrónico como medio de prueba, ya que será en la oportunidad en que se incorporen los documentos electrónicos promovidos a las actuaciones judiciales cuando el Administrador de Justicia, que en materia laboral será el Juez Laboral en sede judicial o los inspectores o directores en sedes administrativas, fijen si la evacuación del documento electrónica se va a realizar aplicando la forma de un medio semejante, o mediante una forma autónoma establecida por dicha autoridad.

3. Conclusiones

La sentencia objeto de análisis, otorga pleno valor probatorio a los correos electrónicos promovidos en formato impreso, considerando que al no haber sido impugnados son fidedignos según lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil. Este criterio está basado en la sentencia No. 460 dictada el 05 de octubre de 11 por la SCC-TSJ⁴, que cambió la concepción que se tenía del valor probatorio de las copias fotostáticas de los documentos privados promovidas en juicio. Dichas copias pasaron de ser un simple indicio siempre que se pudiese adminicular con otra prueba, a tener pleno valor probatorio equiparándolos a las copias de los documentos reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos contemplados en el ya citado artículo 429.

Si bien es cierto que según el principio de equivalencia funcional los documentos electrónicos privados, entre ellos el correo electrónico tiene el mismo valor probatorio que los documentos privados en soporte papel (siempre que se cumplan las condiciones señaladas), no es menos cierto que su equiparación en formato impreso corresponde a la copia fotostática de un documento privado, que no se iguala a un documento reconocido o tenido legalmente por reconocido, pero que si puede ser desvirtuado su contenido con cualquier otro medio de prueba. De allí que resulta de vital importancia su impugnación en el supuesto que no se esté de acuerdo con la veracidad del mismo.

Aunado a lo anteriormente expuesto, en el caso analizado, se promovió igualmente experticia que corroboró que el mensaje de datos se envió y recibió en forma adecuada sin haberse alterado su contenido, lo que refuerza su valor probatorio, dando certeza de su existencia.

En lo que respecta a la autoría de dicho correo, al no poseer firma electrónica asociada, y no se haya acordado por la partes en forma expresa condición

⁴ Sentencia que en resumen, interpretó los artículos 4 de la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y particularmente los artículos 395 y 429 del Código de Procedimiento Civil (CPC), para concluir que la falta de impugnación de las copias fotostáticas de correos electrónicos, implica que se tengan como fidedignos.

alguna que rijan la autoría de los mensajes de datos enviados y recibidos por las partes, se aplican en Venezuela las normas establecidas en el artículo 9 de la LMDFE que establece:

“Las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor, cuando éste ha sido enviado por:

1. El propio Emisor.
2. Persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje.
3. Por un Sistema de Información programado por el Emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente”.

Dicho lo anterior, cobra importancia determinar las direcciones de correo electrónico que normalmente eran utilizadas por las partes en sus comunicaciones, lo que administrado con otros elementos probatorios, llevaría al juzgador, a una plena convicción de la procedencia de dicho correo determinando su autoría, lo que influye directamente en su valor probatorio.

En el caso objeto de análisis, independientemente del carácter de documento reconocido o tenido legalmente por reconocido que el Máximo Tribunal otorgó al correo electrónico en formato impreso, subsumiéndolo dentro de lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, este caso cuenta con la práctica de experticia que corroboró el envío, contenido y recepción de dicho correo, lo que le otorga valor jurídico probatorio sin importar que el mismo no tuviera asociado una firma electrónica.

Lo anteriormente expuesto evidencia que al administrar los principios de libertad contractual, inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos y el principio de equivalencia funcional, plasmados dentro del articulado de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, las partes de un litigio, pueden promover válidamente los documentos electrónicos a que hubiere lugar, entre ellos los correos electrónicos enviados y/o recibidos, los cuales tendrán valor probatorio pudiendo ser objeto de impugnación, tacha y cotejo según corresponda, al igual que los documentos en soporte papel.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Expediente N° AA20-C-2012-000594
Caracas, 30 de mayo de 2013. 203° y 154°
Magistrada Ponente: Yraima Zapata Lara

En el juicio por resolución de contrato seguido por la sociedad mercantil **ORIÓN REALTY C.A.**, representada judicialmente por los abogados en el ejercicio de su profesión, Aníbal José Perales Aguilar, Francisco José Perales Wills, Aramid Orta Rodríguez y Alfredo Aboud-Hassan, contra el ciudadano **FRANKLIN DEL VALLE RODRIGUÉZ ROCA**, representado por el profesional del derecho José Enrique Siso Ruiz; el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, dictó sentencia en fecha 30 de julio de 2012, mediante la cual declaró tanto parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la demandante como la demanda; sin lugar la reconvención planteada por el demandado, revocando el fallo dictado en fecha 6 de febrero de 2012, por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Monagas con sede en Maturín, que declaró sin lugar la acción de resolución de contrato y parcialmente con lugar la reconvención.

Contra la preindicada sentencia de alzada, tanto la demandante como el demandado anunciaron recurso de casación el 13 de agosto de 2012, los cuales fueron admitidos mediante auto de fecha 14 de agosto de 2012, oportunamente formalizado sólo por la representación legal de la demandante. No hubo impugnación.

Con motivo del vencimiento del período constitucional de los Magistrados Antonio Ramírez Jiménez y Carlos Oberto Vélez, se convocó respectivamente a las Magistradas Suplentes designadas por la Asamblea Nacional, Aurides Mercedes Mora e Yraima Zapata Lara, quedando reconstituida la Sala de Casación Civil de la siguiente forma: Magistrada Yris Peña Espinoza, Presidenta;

Magistrada Isbelia Pérez Velásquez, Vicepresidenta; Magistrado Luis Ortíz Hernández, Magistrada Aurides Mercedes Mora y Magistrada Yraima Zapata Lara. Concluida la sustanciación del recurso de casación, la ponencia que inicialmente había sido atribuida al Magistrado Carlos Oberto Vélez, recayó en la persona de la Magistrada Yraima Zapata Lara, quien con tal carácter suscribe el presente fallo:

PUNTO PREVIO

Considera la Sala oportuno precisar de manera previa, que en el presente caso hubo dos (2) anuncios de casación contra la sentencia dictada por el juez de alzada, el primero de ellos anunciado por la demandante en fecha 13 de agosto de 2012, el cual fue oportunamente formalizado; y el segundo interpuesto por el demandado en esa misma fecha, 13 de agosto de 2012, el cual no formalizó.

Ahora bien, dispone el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

“Admitido el recurso de casación, o declarado con lugar el de hecho, comenzarán a correr, desde el día siguiente al vencimiento de los diez (10) días que se dan para efectuar el anuncio en el primer caso, y del día siguiente al de la declaratoria con lugar del recurso de hecho en el segundo caso, un lapso de cuarenta (40) días, más el término de la distancia que se haya fijado entre la sede del Tribunal que dictó la sentencia recurrida y la capital de la República, computado en la misma forma, dentro del cual la parte o partes recurrentes deberán consignar un escrito razonado, bien en el Tribunal que admitió el recurso, si la consignación se efectúa antes del envío del expediente, o bien directamente en la Corte Suprema de Justicia, o por órgano de cualquier Juez que lo autentique, que contenga en el mismo orden que se expresan los siguientes requisitos...”.

Concordadamente, el artículo 325 *eiusdem*, es del tenor siguiente:

“Se declarará pericido el recurso, sin entrar a decidirlo, cuando la formalización no se presente en el lapso señalado en el artículo 317, o no llene los requisitos exigidos en el mismo artículo”.

En el caso *sub iudice*, esta Sala, por auto fechado el 25 de febrero de 2013, acordó practicar:

“...por Secretaría el cómputo de los cuarenta (40) días para formalizar en este juicio más el término de la distancia, si tal fuere el caso, contados a partir del día siguiente al último de los diez (10) días de despacho que señala el auto de admisión del recurso de casación que corre inserto en el folio 158 del presente expediente, tomando en cuenta para ello lo previsto en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil”.

El cómputo en referencia, el cual riela al folio 185 del expediente, arrojó el siguiente resultado:

1. “El Secretario de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo expresado en el auto precedente, certifica que el lapso para formalizar en este juicio más el término de la distancia de seis (6) días, comenzó a correr el día 14 de agosto de 2012, día siguiente al último de los diez (10) días de despacho que se dan para el anuncio del recurso de casación, y venció el día 30 de octubre del mismo año...”.

Ahora bien, tal como claramente se desprende del sello húmedo de la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, el escrito de formalización, debió presentarse el día 30 de octubre de 2012, actuación que no realizó el demandado.

Por consiguiente, el presente recurso de casación anunciado por el demandado y admitido por el Juzgado Superior *ut supra* referido, debe ser declarado pericido, tal como se hará de manera expresa, positiva y precisa en el dispositivo de esta sentencia. Así se establece.

DENUNCIA POR DEFECTO DE ACTIVIDAD ÚNICA

Con fundamento en el ordinal 1º) del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 243, ordinal 4º) *eiusdem*, por haber incurrido la sentencia impugnada en el vicio de inmotivación por contradicción en los motivos.

Argumenta el recurrente:

“Entre sus razones la recurrida deja claro que en el caso de marras la pretensión es la resolución de contrato, ex artículo 1.167 del Código Civil, así como los daños y perjuicios derivados del pretendido incumplimiento demandado.

Ahora bien para sentenciar el asunto, la recurrida establece, de una parte, que en este caso existió un incumplimiento de la demandada, señalando al efecto que:

(...Omissis...)

Pero adicionalmente, refiere que existió un incumplimiento recíproco, es decir, que el contrato quedó resuelto por efecto de que ninguna de las partes cumplió con las obligaciones asumidas en él. Ahora bien, la recurrida incurre en la contradicción acusada, cuando resuelve que no procede la devolución del anticipo pagado por nuestra representada al demandado, en tanto que, habiendo establecido anteriormente que la accionada había incumplido y que debía resolverse el contrato, era una consecuencia de lo que ordenara la devolución, pues ese (Sic) era el efecto propio de las circunstancias establecidas en la decisión, Veamos.

La recurrida rechaza el reintegro del adelanto señalando al efecto que:

(...Omissis...)

Como se puede apreciar, la recurrida no podía declarar la resolución, y al mismo tiempo dejar de ordenar la devolución de lo entregado por nuestra representada como concepto de adelanto, pues independientemente del supuesto

‘incumplimiento recíproco’ –que motivó la resolución de contrato-, era claro que no habiendo el demandado (Sic) dado cumplimiento a su parte de la obligación, como lo refirió la sentencia objetada, guardara para sí sin razón, el anticipo que se le adelantó (Sic), pues ello constituiría un enriquecimiento sin causa.

En otros términos la contradicción se verifica en el fallo, cuando la recurrida declara la resolución del contrato pero deja en vigencia uno de los efectos que el contrato produjo, a pesar de haber aclarado el fallo que efectivamente hubo incumplimiento del demandado.

Al obrar en la forma descrita la recurrida se hace absolutamente contradictoria, ya que como hemos referido, la resolución excluye la posibilidad de improcedencia del reintegro, pues la resolución declarada implicaba necesariamente la devolución del anticipo.

En este sentido la Sala ha dictaminado que:

(...Omissis...)

Como queda en evidencia, era necesario que la recurrida justificara la improcedencia de la devolución del anticipo, más allá de la declaratoria de incumplimiento recíproco (Sic), pues al contrario de lo expresado por ella, habiendo incumplimiento de parte del demandante, era menester acordar la resolución, por ser un efecto necesario de la resolución decretada.

Como corolario de lo expuesto, debemos señalar a la Sala que en todo caso, la sentencia surgiría inmotivada, ya que si quería implementar unos efectos distintos a los que son propios de la resolución contractual en los términos del artículo 1.167 del Código Civil, era necesario que razonara cuales (Sic) eran las razones que lo llevaban a mantener vigentes unos efectos específicos pese a la declaratoria de resolución, y al no hacerlo, incurre igualmente en el vicio acusado.

Es con base en las consideraciones expuestas que solicitamos sea declarada con lugar la presente denuncia...”.

Para decidir, la Sala observa:

La recurrente en su denuncia, indicó que el juez de alzada incurrió en motivación contradictoria del fallo, al declarar, la resolución del contrato y dejar en vigencia el pago del anticipo pues –a su juicio-, no podía declararse la resolución del contrato, y al mismo tiempo dejar de ordenar la devolución de lo entregado, ya que –en su opinión- aún cuando el supuesto incumplimiento bilateral motivó la resolución de contrato, no habiendo cumplido el demandado con su parte de la obligación, no puede guardar para sí, sin razón, el anticipo que se le adelantó, pues ello constituiría un enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, sobre el vicio de inmotivación por contradicción en los motivos, la Sala en múltiples sentencias ha ratificado el criterio que se reitera en sentencia N°.159, de fecha 30/3/09, expediente 08-637 en el juicio de Banco Industrial De Venezuela, C.A., contra Construcciones, Inversiones y Servicios de Oriente, C. A. (Coinserca), en la cual se expresó:

“...Es criterio reiterado y pacífico sostenido por esta Máxima Jurisdicción Civil que la contradicción en los motivos se produce cuando éstos se destruyen los

unos con los otros por existir entre ellos oposiciones graves e inconciliables, y siempre que ellas versen sobre un mismo punto, lo que envuelve, en el fondo, inmotivación, generando así una situación equiparable a la falta absoluta de fundamentos, vale decir, consiste en la existencia de motivos que se contradicen entre sí, de tal manera que producen su destrucción, dejando el fallo sin el requerido apoyo.

Ahora bien, de los párrafos de la recurrida transcritos *ut supra*, puede apreciar la Sala que la alzada en una primera oportunidad, acogiendo lo determinado por el juez de la causa y con base a las razones que adujo, estableció la extemporaneidad del escrito presentado por los demandados, por lo que estimó que no se había formulado oposición; no obstante, más adelante, en otra parte de su texto, afirma que: “...*la parte demandada fundamenta su oposición, como ya quedó dicho, en el ordinal 5º del Artículo 663 del Código de Procedimiento Civil... ... la oposición interpuesta no llena los extremos exigidos en el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil...*”.

Como es fácil colegir, **primero convalida la extemporaneidad de la oposición decretada por el a quo, para luego afirmar que la oposición interpuesta no llena los extremos exigidos en el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil y que, por lo tanto, no puede prosperar**, produciéndose la contradicción delatada por el formalizante, la cual sin lugar a dudas, deja sin apoyo al fallo recurrido.

Sobre el vicio de inmotivación por contradicción en los fundamentos en los que pretende apoyarse la sentencia, la Sala, entre otras, en sentencia N°. 101 de fecha 9/3/07 en el juicio de Luís Trabucco, contra la asociación civil Asociación De Fraternalidad Italo Venezolana Del Estado Lara (A.F.I.V.E.L), ratificó el criterio según el cual:

“...El vicio de inmotivación ocurre cuando la sentencia carece en absoluto de motivos que fundamenten su decisión, por lo que no hay que confundir la escasez o exigüidad con la falta absoluta. En este sentido, la doctrina de la Sala viene considerando varias modalidades en que producirse el vicio de inmotivación, a saber: 1) La sentencia no contiene materialmente razonamientos de hecho o de derecho en que pueda sustentarse el dispositivo; 2) Las razones expresadas por el sentenciador no tienen relación con la pretensión deducida o con las excepciones o defensas opuestas; 3) Los motivos se destruyen los unos a otros por contradicciones graves e inconciliables, y; 4) Los motivos son tan vagos, inocuos, ilógicos o absurdos que impiden a Casación conocer el criterio jurídico que siguió el juez para dictar su decisión.

Del estudio de la denuncia bajo análisis, puede precisar esta Sala que el formalizante encuadra el vicio de inmotivación en la modalidad descrita en el numeral tercero, es decir, en la destrucción de los motivos por ser contradictorios e inconciliables.

Sobre el vicio de contradicción en los motivos la Sala ha venido sosteniendo el criterio según el cual, se produce el mismo en los supuestos en los que el sentenciador al fundamentar su sentencia, por una parte emite una afirmación y luego expone otra posición que hace que ambas sean irreconciliables, así en sentencia N°. 232 del 23/3/04, expediente N°. 02-805, en el juicio de José Miguel Roberti y otra contra Elvia Rodríguez C, con ponencia del Magistrado que con tal carácter suscribe esta, se ratificó:

‘...En este orden de ideas, resulta oportuno puntualizar que cuando los motivos se destruyen los unos con los otros por existir entre ellos discrepancias graves e

inconciliables, se entiende que la contradicción en los motivos configura el vicio de inmotivación...” (Resaltado del texto transcrito).

De acuerdo a la doctrina precedente, tenemos que el vicio de motivación contradictoria constituye una de las modalidades o hipótesis de inmotivación de la sentencia, que se causaría cuando la contradicción está entre los motivos del fallo, de tal modo que se desvirtúan, se desnaturalizan o se destruyen en igual intensidad y fuerza, lo que hace a la decisión carente de fundamentos y por ende nula.

Establecido lo anterior, se pasa de seguidas a transcribir los extractos pertinentes tanto de la parte motiva como del dispositivo del fallo de alzada:

“...Copia del anverso y reverso del Cheque de Gerencia N° 104-0030-91-0300059953 perteneciente a ORION REALTY, C.A. a favor de SERVICIOS Y ASESORIAS RODRIGUEZ CENTENO NACIONAL, marcado con la letra “D”, inserto en los folios cuarenta y tres (43) y cuarenta y cuatro (44) de la primera pieza del presente expediente. Al respecto, quien decide considera que aún cuando el mismo (Sic) no fue desconocido, en la oportunidad legal correspondiente de conformidad con el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, se les (Sic) otorga valor probatorio, no obstante se evidencia que el cheque de gerencia fue efectuado a favor de **SERVICIOS Y ASESORIAS RODRIGUEZ Y CENTENO NACIONAL**, quien no es parte demandada en el caso de autos toda vez quien figura como demandado es el ciudadano **FRANKLIN DEL VALLE RODRIGUEZ ROCA**, y así se decide.

(...Omissis...)

Finalmente, en relación a la devolución del anticipo entregado por la demandante a la demandada a la fecha de suscripción del contrato, así como las demás indemnizaciones reclamadas, este Tribunal las declara improcedentes por la existencia del incumplimiento recíproco (Sic) de las partes en el presente proceso en los términos suficientemente expuesto en la parte motiva de este fallo. **Y así se decide.**

(...Omissis...)

PRIMERO: Se declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la presente demanda por motivo de **RESOLUCIÓN DE CONTRATO** interpuesta por la Sociedad Mercantil **ORION REALTY, C.A.**, en contra del ciudadano **FRANKLIN DEL VALLE RODRIGUEZ ROCA**.

SEGUNDO: Se declara **SIN LUGAR** la Reconvenición planteada por la parte demandada ciudadano **FRANKLIN DEL VALLE RODRIGUEZ ROCA**.

TERCERO: Se **REVOCA** la decisión de fecha 06 de febrero de 2.012, dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado (Sic) Monagas.

CUARTO: Se declara resuelto el contrato de elaboración de proyecto arquitectónico e ingeniería inserto del folio treinta y cuatro (34) al cuarenta y dos (42) de la primera pieza de este expediente. (Subrayado y negrillas del texto).

Ahora bien, de acuerdo, con el análisis precedentemente expuesto de la sentencia recurrida, habiendo sido demandado el reintegro de la cantidad dada como anticipo “**CIENTO NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS BOLÍVARES (Bs. 192.454,00)**”, decidiendo el *ad quem* “... que el cheque de gerencia fue efectuado a favor de **SERVICIOS Y ASESORIAS RODRIGUEZ Y CENTENO NACIONAL**, quien no es parte demandada en el caso de autos toda vez quien figura como demandado es el ciudadano **FRANKLIN DEL VALLE RODRIGUEZ ROCA**...” y habiendo sido declarada “**PARCIALMENTE CON LUGAR**” la demanda por cumplimiento de contrato; sin lugar la pretensión del demandado reconviniente, no existe la tal delatada contradicción en los motivos para no acordar la devolución del adelanto en cuestión.

En consecuencia, se declara la improcedencia de la denuncia bajo análisis al evidenciarse que el juez de alzada no incurrió en la infracción del artículo 243 ordinal 4°, por contradicción en los motivos, pues el dispositivo del fallo está en armonía con la parte motiva del mismo, y así se decide.

DENUNCIAS POR INFRACCIÓN DE LEY

I

Con fundamento en el ordinal 2°) del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 320 *eiusdem*, se denuncia la infracción del artículo 431 *ibidem*, por falsa aplicación, así como la falta de aplicación del artículo 1.363 del Código Civil.

Para apoyar su delación la formalizante alega:

“La recurrida establece que nuestra representada incumplió con ciertas obligaciones contractuales en virtud de que no suministró la documentación necesaria al demandado para que este realizara la labores que le fueron encomendadas, en tal sentido expresa que:

(...Omissis...)

Ahora bien, es el caso que nuestra representada si acreditó haber cumplido con la carga de suministrar los documentos necesarios para que el demandado realizara la labor que le fue contratada, y esto se desprende entre otras cosas, del legajo de documentos administrativos consignado marcado “C” con los cuales se acredita la solicitud y otorgamiento de variables urbanas de la parcela de terreno a desarrollarse, y por consiguiente la existencia de la documentación que necesitaba el demandado para cumplir sus obligaciones contractuales. En efecto en el referido legajo consta Acto Administrativo signado con la nomenclatura DE/MO/DPSI/UOT/N°000259, de fecha 11 de marzo de 2010, suscrito por la Directora de la Dirección Estatal MOPVI Monagas.

Es el caso que la recurrida desecha por completo la referida prueba, indicando al efecto que:

(...Omissis...)

Como queda evidenciado la prueba a la que nos hemos referido fue excluida del acervo probatorio, sobre la base de la falsa aplicación del artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que la sentencia impugnada estima que para que la referida documental, que es un documento administrativo, tuviera efecto probatorio, debía ser ratificada en juicio por la persona que la suscribió, dando el tratamiento de un documento privado emanado de terceros, con lo que yerra en la valoración dada a dicho documento, en tanto que el mismo, siendo documento administrativo, debía ser valorado conforme lo previsto en el artículo 1.363 del Código Civil.

(...Omissis...)

Al obrar en la forma descrita la recurrida aplica erradamente una disposición legal, artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, a una situación de hecho no prevista por ella, en tanto que la referida norma legal es aplicable a los documentos privados emanados de terceros y como hemos dejado en evidencia, y puede constatarlo esta Sala en virtud de lo previsto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, se trata en realidad de un documento administrativo, y por tanto, constituye un error aplicarle la sistemática procesal prevista en la norma acusada de infracción.

(...Omissis...)

De esta forma queda claro que la recurrida infringe el contenido del artículo 431 del Código de Procedimiento Civil (por falsa aplicación), al aplicarlo a una situación de hecho distinta a la regulada por él, y de la misma forma se evidencia la infracción del artículo 1.363 del Código Civil (por falta de aplicación), como la norma jurídica expresa que regula la valoración de las pruebas, dado que la referida documental ha debido ser apreciada como lo refiere la indicada disposición, pues se asemejan a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos, contemplados en el artículo en referencia, en lo atinente a su valor probatorio.

La infracción acusada resulta determinante para el dispositivo de la decisión, en tanto que de haber considerado la documental cuya valoración omitió por error la recurrida, habría podido constatar que efectivamente existía prueba en autos sobre el cumplimiento, por parte de nuestra representada, en lo referente a la carga de suministrar al demandado la documentación necesaria para cumplir con la obligación convencional asumida por él en la cláusula 4ª del contrato para la elaboración del proyecto arquitectónico y de ingeniería de la sede operativa del Centro Ciudad Salud MAT, C.A..

Señalamos como norma falsamente aplicada el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, y como norma que ha debido aplicarse para resolver el asunto el artículo 1363 del Código Civil...”.

Acusa la formalizante que el *ad quem* aplicó falsamente el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil en razón de que, el supuesto contenido en esa norma no corresponde a la que debió hacerse valoración que de las documentales que cursan en autos, ya que, en su opinión, las mismas debieron ser apreciadas de conformidad con lo establecido en el artículo 1.363 del Código Civil.

Que no ha debido declararse el incumplimiento de su obligación de suministrar la documentación necesaria a fin de que se llevase a cabo la obra,

fundamentándose en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, pues el legajo mediante la cual se acredita el cumplimiento de la obligación lo constituyen documentos de carácter administrativo al cual se le dió el tratamiento de un documento privado emanado de terceros.

Asimismo, delata la infracción del artículo 1.363 del Código Civil, por falta de aplicación por cuanto considera que las referidas documentales han debido ser apreciadas tal y como lo refiere la indicada disposición.

Por su parte, la recurrida estableció:

“b. Promovió marcado “C” legajo integrado por documentos relacionados todos con solicitud y otorgamiento de variables urbanas de la pacerla de terreno a desarrollar, ubicado en la carretera Nacional Local 03 Maturín, la Toscana Sector San Miguel, Municipio Maturín, Estado Sic) Monagas, cursante, del folio diecinueve (19) al veintisiete (27) de la cuarta pieza de este expediente. Dicha prueba por ser de los denominados instrumentos privados emanados de terceros conforme a lo establecido en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil deben ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial y siendo que de autos no consta su ratificación, esta Alzada no le otorga valor probatorio. **Y así se decide.-** (Subrayado y negrillas de la sentencia).

Para decidir, la Sala observa:

Acusa el formalizante que la alzada no tomó en consideración el carácter de documentos administrativos que en su decir, demuestran el cumplimiento de su obligación como lo es la comunicación mediante la cual la Dirección Estatal Mopvi Monagas da respuesta a la solicitud de uso, variables urbanas y retiros viales

Ahora bien, respecto al valor probatorio de los documentos administrativos y la oportunidad en que los mismos deben producirse en el juicio, esta Sala de Casación Civil ha expresado lo siguiente:

“...Las documentales que denuncia el formalizante no fueron valoradas por la alzada y que, según su dicho, constituyen copias de autorizaciones de expendio de licores a favor de Frigorífico Canarias, S.R.L., tales instrumentos estarían ubicados dentro de la categoría de **documentos administrativos y ellos a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, invocada supra, tales instrumentos no se equiparan a los públicos, simplemente son una tercera categoría de documentos a los que puede atribuirse carácter de auténtico por el hecho de que hay certeza de quien es su autor: un funcionario público y, en consecuencia, se asemeja a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos contemplados en el artículo 1.363 del Código Civil pero sólo en lo atinente a su valor probatorio**, ya que en ambos casos, se tiene por cierto su contenido, pero las declaraciones contenidas en los mismos pueden ser objeto de impugnación a través de cualquier medio probatorio capaz de desvirtuar su veracidad.

Sobre la especie el autor Juan Montero Aroca ha dicho: “...*Son los autorizados por funcionario de la Administración, de cualquier administración pública, siempre en el marco de su competencia y con las solemnidades legales...*” (Montero Aroca, Juan. La prueba en el proceso civil. Editorial Civitas, Madrid, España. 1998, pags. 143 y ss).

Aunque sea cierto lo denunciado por el formalizante, en el sentido de que la recurrida no analizó los documentos públicos administrativos promovidos en alzada, dichos documentos se identifican con la categoría de los administrativos, los que deben producirse en el juicio en la etapa de promoción y evacuación de pruebas en el juzgado de la causa y no en la segunda instancia, tal como lo señala el recurrente.

El artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, establece la prohibición de admitir en alzada cualquier tipo de pruebas, a excepción de “...instrumentos públicos, la de posiciones juradas y el juramento decisorio...”, lo que significa que los referidos documentos administrativos que dice el formalizante que promovió en alzada, no podían ser admitidos por la recurrida, mucho menos analizados. (Sentencia de fecha 21 de abril de 2009, caso: Frigorífico Canarias, S.R.L, contra Cesare Buldo Pinto). (Negrillas de la Sala).

De conformidad a lo anterior los documentos administrativos no son considerados como documentos públicos, pues tan solo son una tercera categoría de documentos que se asemejan a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos contemplados en el artículo 1.363 del Código Civil pero sólo en lo atinente a su valor probatorio.

Ahora bien, visto que la presente denuncia está fundamentada en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que permite descender al examen de las actas, la Sala observa que el documento al cual hace referencia el recurrente emana de la Dirección Estatal Monagas del Ministerio del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, el cual riel a folio veintiséis (26) de la pieza 4 del presente expediente, configurándose como documento administrativo, cuya autenticidad deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, situación que no ocurrió en este caso, por ninguna de las partes, motivo por el cual debe otorgársele valor probatorio.

Por lo antes expuesto, dado que el Juez Superior no otorgó al documento en referencia valor probatorio como documento administrativo, catalogándolo como instrumento privado de conformidad con el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, la Sala concluye que efectivamente el Sentenciador de alzada infringió los artículos 431 *eiusdem*, por falsa aplicación y, el 1.363 del Código Civil, por falta de aplicación, motivo por el cual es procedente la presente denuncia. Así se decide.

II

Con fundamento en el ordinal 2º) del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 320 *eiusdem*, se denuncia la infracción de los artículos 429 *ibídem* y 4 del Decreto con fuerza de Ley sobre Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas, por falsa aplicación.

Para apoyar su delación la formalizante alega:

“En el presente caso acusamos la infracción de normas atinentes a la valoración probatoria de mensajes de datos, denominados en este caso correos electrónicos, en tanto que la recurrida a los fines de establecer el supuesto incumplimiento de parte de nuestra representada emplea dichos mecanismos probatorios para establecer los supuestos hechos en que basó el incumplimiento anotado. Expresa la recurrida sobre este punto que:

(...Omissis...)

Como queda claro los hechos sobre los cuales la recurrida estima probado el incumplimiento de nuestra representada están soportados en los mensajes de datos (correos electrónicos) promovidos por la parte demandada. Ahora bien, con referencia a la prueba en cuestión la recurrida valorando (Sic) los mismos de la siguiente forma:

(...Omissis...)

Como queda expuesto la recurrida valora los mensajes de datos (correos electrónicos) en cuestión, bajo la óptica del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, llegando a la conclusión que los mismos son prueba del incumplimiento.

Pues bien, es el caso que el referido artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, como norma de valoración de pruebas, está referida exclusivamente a las copias de los documentos públicos y a los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, y nunca y bajo ninguna consideración a las copias de documentos privados simples. Esta es la primera premisa que debemos dejar fijada, y en tal sentido tenemos que la doctrina de esta Sala de Casación Civil en múltiples decisiones ha indicado al respecto:

(...Omissis...)

Como queda claro no es posible otorgar valor probatorio a las copias simples de documentos privados simples, pues la norma contenida en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, no prevé esa posibilidad pues está diseñada para permitir la entrada al expediente de otro tipo de documentos, de los cuales se pueda aportar el documento original en caso de desconocimiento o impugnación, además de asegurar la eficacia del principio de originalidad de la prueba, en virtud del cual, debe procurarse la incorporación de medios probatorios que se refieran directamente al hecho de probar, y no pruebas de las pruebas del hecho, que es lo que ocurre con la copia simple de documento original.

(...Omissis...)

De otra parte, y con referencia a la verificación que se hizo por vía de experticia de los referidos mensajes de datos (correos electrónicos) tenemos que en la misma no se verifica la autoría de los mismos, simplemente se refiere en dicha

experticia que *‘se sometió a análisis o experticia los mensajes recibidos en dicha cuenta de correo electrónico y hemos comprobado que este correo fue recibido con éxito y no presenta ningún tipo de alteración o modificación’* con lo que nada se dice sobre la autoría documental de los mismos, elemento clave cuando hablamos tanto de prueba documental, como de prueba de mensaje de datos.

Lo anterior abona la tesis de que no es posible aportar como prueba legal y válida la simple copia de un mensaje de datos para obtener la prueba de los hechos, salvo claro está, que se trate de la copia de un mensaje de datos con firma electrónica certificada, que sí autoriza y legitima la autoría documental, cosa que en este caso no existe. Recordemos que la mayor parte de nuestros mensajes de datos no contienen firma electrónica, y son muy pocos los que emplean a los proveedores de firma electrónica (solo dos existen en nuestro país y solo desde 2009).

Siendo esto así, es claro que no se verificó en este caso la autoría del documento, y por tanto, ningún valor probatorio pueden tener, por esta razón adicional a las referidas copias simples de los mensajes de datos a los que hemos hecho referencia.

Al obrar de la forma descrita, dando valor probatorio a las copias simples de mensajes de datos (correos electrónicos) de los cuales ni siquiera se verificó su autoría, la recurrida infringió los artículos 429 del Código de Procedimiento Civil, y 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, ambos por falsa aplicación, trayendo este yerro como consecuencia, que se estableciera indebidamente, como demostrado el incumplimiento alegado por la demandada, y en consecuencia la declaratoria sin lugar de la pretensión de daños peticionada en nuestra demanda, todo lo cual resulta determinante para las resultas del pleito.

Señalamos como normas aplacidas (Sic) los artículos 429 del Código de Procedimiento Civil, y 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y como normas que han debido ser aplicadas los artículos 395 y 398 del Código de Procedimiento Civil”. (Negrillas y cursivas del escrito).

El juzgador de alzada estableció en su fallo, lo siguiente:

a. Promovió marcado “A” y “B” dos (2) correos electrónicos enviados los días cuatro (4) de junio de 2009 y diecisiete (17) del mismo mes y año, por la ciudadana Yorglee Velásquez, representante de la empresa demandante al ciudadano Franklin del Valle Rodríguez Roca demandado en el presente juicio, cursante en autos del folio ocho (08) de la cuarta pieza. Dichos instrumentos encuadran dentro de la definición contenida en el artículo 2 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas que señala (...); asimismo la indicada Ley en su artículo 4 consagra (...). Cabe destacar que en materia de mensajes de datos de personas privadas, si no están dotadas de un certificado electrónico, no existe garantía de autoría y de integridad del mensaje, lo que habrá de demostrarse en el proceso por su proponente, mediante las pruebas pertinentes para ello. Ahora bien, de la revisión del escrito de promoción de la prueba bajo análisis no se evidencia que la parte demandante haya acompañado certificado electrónico o promovido

subsidiariamente un método de prueba tendiente a demostrar la autenticidad del mismo, su autoría o titularidad, en consecuencia a criterio de esta Alzada los elementos aquí analizados carecen de eficacia probatoria. **Y así se decide.**

(...Omissis...)

b. Promovió marcados “F”, “G” y “H” correos fechados el diecisiete de junio, diez (10) y veinte (20) de julio respectivamente, cursantes del folio treinta y cinco (35) al treinta y nueve (39) de la cuarta pieza del presente expediente. Esta superioridad. Como indicó anteriormente no evidencia de la revisión del escrito de promoción de la prueba bajo análisis que la parte demandante haya acompañado certificado electrónico o promovido subsidiariamente un medio de prueba tendiente a demostrar la autenticidad del mismo, su autoría o titularidad, en consecuencia a criterio de esta Alzada los elementos aquí analizados carecen de eficacia probatoria. **Y así se decide.** (Negrillas y subrayado de la sentencia).

Para decidir, la Sala observa:

Denuncia el recurrente que el *ad quem* incurrió en falsa aplicación de los artículos 429 del Código de Procedimiento Civil, y 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, al decidir la falta de eficacia probatoria de los correos electrónicos promovidos al considerar necesario un “*certificado electrónico o promovido subsidiariamente un medio de prueba tendiente a demostrar la autenticidad del mismo, su autoría o titularidad*”.

En tal sentido, dispone la normativa denunciada como infringida, lo siguiente:

Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

“Artículo 4. Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”.

Del artículo precedentemente transcrito se evidencia, que la información contenida en un mensaje de datos reproducida en un formato impreso (como en el presente caso), posee el mismo valor probatorio al que tienen las copias o reproducciones fotostáticas simples, así, debe entenderse su eficacia probatoria, idéntica al tratamiento aportado por el legislador a los documentos privados simples, por lo que el mensaje de datos impreso tendrá la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y su contenido podrá ser desvirtuado a través de cualquier otro medio de prueba regulado de conformidad a lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, habrá de tomarse en cuenta respecto de los mensajes de datos impresos, que al dársele la eficacia probatoria

de las copias o reproducciones fotostáticas y hallarse bajo las regulaciones establecidas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, si las mismas no son impugnadas en la contestación de la demanda si son de la actora, o cinco días después de producida la contestación de la demanda si son de la demandada, o cinco días después de la promoción de pruebas, dichas copias o mensaje de datos se tendrán como fidedignas. En contraposición no tendrán valor alguno si se acompañan en cualquier otra oportunidad y no son aceptadas expresamente por la otra parte.

En este orden de ideas, aplicando analógicamente los principios de control y contradicción entre los documentos privados y los mensajes de datos, las figuras idóneas establecidas para controlar los mensajes de datos lo son, la tacha de falsedad establecida en el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 1.381 del Código Civil, el desconocimiento o reconocimiento de los instrumentos que expresa el artículo 444 *eiusdem*, o la figura del cotejo prevista en el artículo 445 *ibidem*.

En relación con la norma antes transcrita, la Sala en sentencia de fecha 5 de octubre de 2011, expediente N° 2011-000237, caso: TRANSPORTE DOROCA C.A., contra la sociedad mercantil CARGILL DE VENEZUELA S.R.L estableció criterio respecto al valor probatorio de los correos electrónicos, señalando lo siguiente:

“Alega la formalizante que el juez superior debió aplicar correctamente el artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, lo que significa que no podía declarar válidos unos correos electrónicos agregados a las actas por la demandada para demostrar el incumplimiento del contrato de la adversaria, que no fueron promovidos ni evacuados conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil, por lo que no se le podía dar tratamiento de plena prueba.

Ahora bien, de la revisión de las actas procesales, la Sala observa que los correos electrónicos (3) cuestionados, fueron consignados, en formato impreso, por la accionada al momento de contestar la demanda (folios 120-123).

En esta oportunidad alegó la demandada que en esas ‘comunicaciones [correos electrónicos en formato impreso] de fechas 27/12/2003, 21/1/2004 y 10/1/2004, recibidas personalmente y del puño y letra por el representante legal-director principal de la demandante, Francisco Javier Oropeza Noda, titular de la cedula de identidad no.7.31t374, que anexo marcadas “A”, “B” y “C”, donde mi conferente participara a DOROCA (la demandante), el incumplimiento reiterado de sus obligaciones, siendo que al no haber subsanado o corregido sus faltas en el plazo de diez (10) días hábiles, como quedó convenido en el numeral 3 de la cláusula decimoquinta, justificaba y procedía la notificación que se le hiciera a DOROCA (la demandante) en fecha 4 de febrero de 2004, de igual manera recibidas personalmente y de puño y letra por el representante legal y Director Principal de la demandante...’.

En sentencia dictada por la Sala Político Administrativa, de fecha 13 de febrero de 2008, caso: PDV-IFT, PDV Informática y Telecomunicaciones S.A. contra las

empresas INTESA y SAIC Bermuda, este Alto Tribunal, precisó que la valoración de los mensajes de datos, entendidos estos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Asimismo, esta Sala de Casación Civil, en sentencia dictada el 24 de octubre de 2007, caso: Distribuidora Industrial de Materiales C.A. contra Rockwell Automation de Venezuela C.A., dejó asentado que el documento electrónico debe entenderse como cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros.

También ha sido catalogado como un medio atípico o prueba libre, por ser aquél instrumento que proviene de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste, o como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba y su reproducción, independientemente de su denominación, debe ser considerada otro documento que actúa como medio para su traslado al expediente.

La valoración de los mensajes de datos o correos electrónicos, como suelen llamarse también, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001) y por el Código de Procedimiento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4 del referido Decreto-Ley.

(...Omissis...)

La Sala en la sentencia antes referida (24 de octubre de 2007) dispuso que era evidente que los mensajes de datos son un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba.

En cuanto a su eficacia probatoria, el Decreto-Ley en su artículo 4, prevé que:

‘Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas’.

En concordancia con la previsión anterior, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria, es del siguiente tenor:

‘Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez’.

De acuerdo a los dispositivos transcritos se colige que tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos escritos.

Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberá regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Así, por ejemplo, para tramitar la impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico.

En este sentido, el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 7, dispone:

‘...cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación...’.

Con base en todo lo anterior, el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos consignadas, es el que debe darse a las pruebas documentales. En este sentido, se observa que los referidos mensajes de datos fueron enviados, el primero, por “*nina_odreman@cargill.com*” para el remitente, *transportedoroca@cantv.net* el día 10 de enero de 2004, a las 3:23 de la tarde, con un asunto “*Minuta reunión Sábado 10/1/2004*”; el segundo, por “*nina_odreman@cargill.com*” para el remitente, *transportedoroca@cantv.net* el día 21 de enero de 2004, a las 5:09 de la tarde, con un asunto “*Situación del 21/1/2004*” y; el último, por “*nina_odreman@cargill.com*” para el remitente, *transportedoroca@cantv.net* el día 27 de diciembre de 2003, a la 1:06 de la tarde, con un asunto *Facturas en tránsito*”. Dichas características deben ser cotejadas en los términos expresados en el artículo 2 y 9 del Decreto-Ley, que dispone:

Artículo 2: A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:

Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

Artículo 9: Las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderá que un Mensajes de Datos proviene del Emisor, cuando éste ha sido enviado por:

1. El propio Emisor.
2. Persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje.
3. Por un Sistema de Información programado por el Emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente’.

Conforme con las referidas normas, para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico, definido en el mismo dispositivo como “Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica”. Asimismo, a falta de acuerdo entre las partes, sobre el procedimiento para establecer cuándo el mensaje de datos proviene efectivamente del emisor, se tomará en cuenta cuando éste ha sido enviado por: el propio Emisor; la persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje; por un Sistema de Información programado por el Emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Ahora bien, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo que el texto legal en estudio ordenó crear a los fines de la acreditación, supervisión y control de los proveedores de servicios de certificación públicos o privados, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

No obstante lo anterior, estima esta Sala, que ante la falta de certificación electrónica, los correos electrónicos o mensajes de datos, agregados en formato impreso por la demandada a las actas procesales, deben ser analizados conforme a lo previsto en el único aparte del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, cuyo contenido es del siguiente tenor: “la información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”. (Subrayado de la Sala).

De conformidad con la citada ley especial, el valor probatorio de los mensajes de datos, es asimilable al de los documentos escritos y están sujetos a las regulaciones que plantea el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil en lo referido a la prueba libre, por lo que el juez superior al apreciarlos con el mismo valor que se les da a las copias o reproducciones fotostáticas, aplicó correctamente el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, al caso concreto.

En efecto, el juez superior sobre el valor probatorio de esta prueba, estableció en el fallo recurrido, lo que a continuación se transcribe:

‘La parte demandada promovió las siguientes pruebas:

Acompañó a la contestación formatos impresos de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 respectivamente, folios 120 al 123.

Es importante destacar a este respecto que hablar de documentos electrónicos en la era actual, no parece presentar ningún tipo de problema, ya que tales documentos son comunes en la vida cotidiana, por lo que es normal que se reciban correos electrónicos y por este medio, se trate cualquier tipo de compromiso, que es un contrato en sentido estricto, así como la utilización de tarjetas de créditos para todo tipo de pago.

Cónsono con ello, es útil precisar que dichos medios electrónicos de comunicación están contemplados dentro de las pruebas libres a tenor de lo establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

‘Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la Ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Esos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señala el juez⁷.

Este artículo recoge el principio de libertad de los medios de prueba, el cual, está subordinado al principio dispositivo del proceso civil, permitiendo que las partes puedan valerse de cualquier otro medio provisto nominalmente en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil o en otras leyes de la República, entre los que se incluyen los registros, discos, o cintas, o cualquier otro medio que permita la programación, registro y acceso a la información almacenada a través de la memoria o base de datos del computador. **El citado artículo 395, dispone que los medios de prueba no previstos en el Código Civil, ni el Código de Comercio, ni en el Código de Procedimiento Civil o en las otras leyes, y no prohibidos expresamente, se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y en su defecto, en la forma que señale el juez. Y el valor probatorio de dichos mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, reproducido en formato impreso se asemeja a la eficacia y el valor probatorio a las copias o reproducciones fotostáticas, según decreto con fuerza de ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas en su artículo 4.**

Ahora bien, **los expresados correos electrónicos no fueron impugnados en su oportunidad legal por lo que se le da pleno valor probatorio según lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, y se tienen los mismos como manifestación de inconformidad de la empresa CARGILL requerida a TRANSPORTE DOROCA, así se decide...**" (Mayúsculas y negritas de la recurrida).

De la transcripción parcial de la sentencia recurrida se evidencia que el sentenciador de alzada estableció que la demandada acompañó junto con la contestación formatos impresos de correos electrónicos de fechas 10/1/2004, 21/1/2004, 27/12/2003 respectivamente, folios 120 al 123.

Respecto de ellos, consideró que hablar de documentos electrónicos en la era actual, no parece presentar ningún tipo de problema, ya que tales documentos son comunes en la vida cotidiana, por lo que es normal que se reciban correos electrónicos y por este medio, se trate cualquier tipo de compromiso, que es un contrato en sentido estricto, así como la utilización de tarjetas de créditos para todo tipo de pago.

Asimismo, indicó que conforme el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, los medios de pruebas libres, deben promoverse y evacuarse aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y en su defecto, en la forma que señale el juez.

Sobre este particular, señaló que el valor probatorio de los mensajes de datos y firmas electrónicas, reproducidos en formato impreso, debían considerarse semejantes, en cuanto a su eficacia y valor probatorio, a las copias o reproducciones fotostáticas, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, razón por la cual le dio pleno valor probatorio a los correos electrónicos al amparo de lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, con base en que los mismos no fueron impugnados en su oportunidad legal.

Considera esta Sala, que el sentenciador de alzada, con su proceder respecto al valor probatorio de los mensajes de datos o correos electrónicos, aplicó el contenido del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en especial en lo referido al único aparte de la norma que establece ‘*La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas*’, por cuanto el juez superior al momento de apreciar y valorar la referida prueba estableció: ‘*los expresados correos electrónicos no fueron impugnados en su oportunidad legal por lo que se le da pleno valor probatorio según lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil*, norma ésta que regula el valor de las copias fotostáticas, de la siguiente manera:

‘**Artículo 429:** (...)’

Conforme con esta norma, las copias fotostáticas o reproducidas por cualquier medio mecánico, se reputarán fidedignas, siempre que se cumplan con ciertas condiciones, entre ellas, que no sean impugnadas por la contraparte, ya en la contestación a la demanda si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de pruebas.

La Sala debe insistir, y en este sentido también darle la razón al juez superior, que el adversario del promovente tiene la carga de impugnar las fotocopias simples de documentos, si dicha fotocopia se consigna en la demanda, contestación o lapso probatorio.

En este sentido, la Sala observa que la demandante no impugnó, dentro de los cinco días siguientes de producidas, las copias impresas de los correos electrónicos consignados junto con la contestación de la demanda, lo cual era su deber a tenor de lo establecido en la jurisprudencia de esta Sala, que en decisión No. 469 de fecha 16 de diciembre de 1992, Caso: Asociación La Maralla contra Proyectos Dinámicos El Morro, C.A., dejó asentado:

“...Al tenor del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, dentro de la prueba por escrito, el legislador decidió otorgar valor probatorio a determinadas copias fotostáticas o reproducciones fotográficas de algunos instrumentos.

Según dicho texto legal, es menester que se cumplan con determinados requisitos objetivos y subjetivos, para que estas fotocopias, o reproducciones fotográficas tengan efecto en el proceso mediante la debida valoración que, sobre ello, le otorgue el sentenciador.

Estas condiciones son las siguientes: En primer lugar, las copias fotostáticas deben tratarse de instrumentos públicos o de instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en segundo lugar, **que dichas copias no fueren impugnadas por el adversario**; y en tercer lugar, **que dichos instrumentos hayan sido producidos con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas** (y si son consignados en otra oportunidad, tendrían valor probatorio si fueren aceptadas expresamente por la contraparte).

A juicio de este Supremo Tribunal, la fotocopia bajo examen no se refiere a un instrumento público ni a un instrumento privado o tenido legalmente por reconocido, por lo que no se trata de aquel tipo de documento al cual el legislador ha querido dar valor probatorio cuando hubiere sido consignado en fotocopia...”.

(Negritas de la sentencia)

Recordemos además, en este punto, que conforme al Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su único aparte “*La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas*”, de manera que con base en el contenido del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, resultó correcta la apreciación del juez al considerar que los correos electrónicos, estimados por la ley especial con eficacia probatoria semejante al de las copias o reproducciones fotostáticas, son fidedignos para demostrar la “*inconformidad de la empresa CARGILL requerida a TRANSPORTE DOROCA*”. (Negrillas de Sala).

Ahora bien, aplicando el criterio transcrito al caso bajo estudio, al declararse en la recurrida desechados los correos electrónicos promovidos por el demandante, de conformidad con el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, bajo el argumento de no poseer “*...certificado electrónico o promovido subsidiariamente un medio de prueba tendiente a demostrar la autenticidad del mismo, su autoría o titularidad...*”, concluye esta Sala de Casación Civil que el Juez Superior infringió por falsa aplicación el delatado artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en virtud de que adicionó, para la valoración de los identificados correos electrónicos, requisitos que esta norma no contempla, como lo es, el de que estén dotados de un Certificado Electrónico. En consecuencia, se declara procedente la denuncia bajo análisis. Así se decide.

Complementario a lo anterior resulta oportuno lo señalado en la sentencia ut supra transcrita, respecto a que, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica servicio autónomo cuyo fin es el de acreditar, supervisar y controlar a los proveedores de servicios de certificación públicos o privados y ante la falta de certificación electrónica, los correos electrónicos o mensajes de datos, agregados en formato impreso a las actas procesales, deben ser analizados conforme a lo previsto en el único aparte del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

En relación con la delatada infracción por falsa aplicación parte del *ad quem* del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, y la falta de aplicación de los artículos 395 y 398 *eiusdem*, observa la Sala, que efectivamente se constata de la transcripción de la sentencia que el juez superior no le atribuyó valor probatorio a los Correos Electrónicos promovidos, por la parte demandante-reconvenida por considerar que dichos instrumentos no encuadraban dentro de la definición contenida en los artículos 2 y 4 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas al no estar dotados de un certificado electrónico, no existiendo entonces garantía de autoría y de integridad del mensaje, por lo que consideró que no habiéndose promovido subsidiariamente un método de prueba tendiente

a demostrar la autenticidad del mismo, su autoría o titularidad, carecían de eficacia probatoria.

Ahora bien, establece el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, cuya infracción se denuncia, que:

“...Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes.

Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueron impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.

La parte que quiera servirse de la copia impugnada, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia certificada expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante inspección ocular o mediante uno o más peritos que designe el Juez, a costa de la parte solicitante. Nada de esto obstará para que la parte produzca y haga valer el original del instrumento o copia certificada del mismo si lo prefiere”.

El transcrito artículo establece la debida valoración de las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, los cuales, se tendrán como fidedignas si no fueron impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas en el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. El espíritu de esta norma encierra un principio fundamental en materia de prueba; los documentos públicos o privados deben evacuarse en su oportunidad procesal, a fin de que la parte a quien se pretende oponerles los impugne, los desconozca o simplemente los rechace.

Por su parte los artículos 395 y 398 del Código de Procedimiento Civil expresan al texto:

Artículo 395: Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios de promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

Artículo 398: Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas,

admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes”.

Ahora bien, al poseer los instrumentos bajo examen conforme al Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su único aparte “... *la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas*», es decir, con eficacia probatoria semejante al de las copias o reproducciones fotostáticas, debió el juzgador de alzada apreciar tales documentales de conformidad a lo dispuesto en el citado artículo 395, principio de la prueba libre, aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes, y siendo que el valor probatorio de dichos mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, reproducido en formato impreso fue negado por no contar con los citados certificados electrónicos, en vez de aplicarse los principios de la prueba libre, considera la Sala que la recurrida infringió los artículos 395, 398 y el 429 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación. Así se decide.

DECISIÓN

Por las precedentes consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara: 1) **PERECIDO** el recurso de casación anunciado, admitido y no formalizado por el demandado **FRANKLIN DEL VALLE RODRÍGUEZ ROCA**, 2) **CON LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la demandante sociedad mercantil **ORIÓN REALTY C.A.**; contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2012, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Monagas. En consecuencia, se decreta la **NULIDAD** del fallo recurrido y **SE ORDENA** al Tribunal Superior que resulte competente, dicte nueva decisión en atención a la doctrina establecida en este fallo.

Queda de esta manera **CASADA** la sentencia impugnada.

Se condena al demandado **FRANKLIN DEL VALLE RODRÍGUEZ ROCA**, al pago de las costas procesales del recurso.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente al Juzgado Superior de origen ya mencionado, de conformidad con lo previsto en el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil, del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los treinta (30) días del

mes de mayo de dos mil trece. Años: 203° de la Independencia y 154° de la Federación.

Presidenta de la Sala,
Yris Armenia Peña Espinoza

Vicepresidenta,
Isbelia Pérez Velásquez

Magistrado,
Luis Antonio Ortíz Hernández

Magistrada,
Aurides Mercedes Mora

Magistrada-Ponente,
Yraïma Zapata Lara

Secretario,
Carlos Wilfredo Fuentes

Exp. AA20-C-2012-000594

Nota: publicada en su fecha a las

Secretario,

Consideraciones acerca de las redes sociales en Internet como elemento de convicción en la radicación de juicios penales en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia

Miguel Arrieta Zinguer*

Las redes sociales han ganado un sitio relevante en la sociedad actual, habida cuenta de la posibilidad de interactuar entre las personas que las utilizan, así como la factibilidad de generar espacios de convivencia en los que pueden interactuar, socializar, trabajar o hacer negocios de forma colaborativa; lo cual ha generado que estas redes ganen un sitio preponderante en la vida de los seres humanos en la actualidad. Su crecimiento ha sido tal que han tornado en principal medio de vinculación e información para muchos individuos en las sociedades contemporáneas¹.

Las Redes Sociales en Internet (RSI)² han tenido un decidido impacto en la vida del ser humano en la actualidad, por representar un espacio para el intercambio de información (fotos, videos, contenidos, experiencias, escritos, etc.), pero también para la interacción social entre los miembros que las integran, de donde se han transformado en lugares por excelencia para la interacción

* Abogado (UCAT, 1990), Magíster en Gerencia de Empresas (UNET, 1996), Especialista en Derecho Mercantil (UC 1999), Especialista en Derecho Tributario (UCAT, 2006), Doctorando en Ciencias Gerenciales (UNEFA) y en Ciencias, Mención Derecho (UCV). Profesor Asociado de la UCAT y de Postgrado en la UCAB, UCAT, ULA, UNEFA, ENAHP y Universidad Yacambú. Asesor Gerencial.

¹ Según Parra Castrillón, E. PARRA CASTRILLÓN, E. (2010) "Las Redes Sociales de Internet: también dentro de los hábitos de los estudiantes universitarios". Artículo publicado en la *Revista Tendencias*. Vol XI, N° 2. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Nariño. Pasto, Colombia. Disponible en fuente electrónica en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3417235&orden=: "Aspectos como la presencia transcultural o la omnipresencia hacen que las redes sociales se comprometan como nodos productores y consumidores de información". Esto ha determinado parte de su éxito, en virtud de la posibilidad de comunicar a personas distantes, vincularlas conforme sus intereses, gustos y preferencias, así como la posibilidad de compartir contenidos multimedia, imágenes, video, etc., que la convierten en herramientas increíblemente poderosas para la vinculación humana".

² Uno de los aspectos más destacados de las RSI, es lo reciente de su desarrollo y masificación, habida cuenta que las primeras se crearon a finales de los años 90 del siglo pasado, y la mayoría de ellas en la primera década del presente, lo cual pone de manifiesto su exponencial desarrollo.

entre las personas, con decidida importancia desde el punto de vista del contacto social³, el intercambio de información, así como con diversas aplicaciones e incidencia desde el punto de vista del ejercicio de la libertad de expresión, la formación de la opinión pública, así como la protección de datos de carácter personal respecto de la información o datos sensibles que pueda circular, el derecho a la propia imagen en cuanto a los datos (imágenes, información, etc.) respecto de una persona; la protección de los derechos de autor y propiedad intelectual de los contenidos que circulan por dichas redes, entre otros aspectos relevantes.

Esta relevancia que las RSI ha quedado evidenciada en algunas de las primeras sentencias en las cuales el Tribunal Supremo de Justicia, y en particular la Sala Penal del mismo, ha tomado en consideración la información publicada y que circula en dichos espacios de comunicación, como elemento para la estimación de la misma, como elemento de convicción en la radicación de juicios penales, en caso de aquellas situaciones en que se han producido hechos delictuales que poseen un gran impacto mediático y de opinión pública en la colectividad, que pudieran eventualmente influir sobre la posibilidad de que los indiciados tengan un juicio justo.

En los casos en comento, tenemos como elemento en común, que la información que circuló por las RSI fue considerado como elemento de convicción para la radicación de los juicios penales a Circunscripciones Judiciales distintas de aquellas donde se cometieron los delitos, o bien como elemento para ubicar al indiciado en un determinado juicio; lo cual da cuenta del decidido impacto que las RSI, tienen en la vida cotidiana del ser humano en la actualidad, y como la mayoría de las personas o bien se informa y emite opiniones por medio de ellas, o se vincula socialmente mediante dichas plataformas.

En cuanto a las sentencias comentadas, tenemos que se trata de tres (3) procedimientos penales, en los cuales los procesados solicitaron la radicación de sus respectivos juicios basados en los dos primeros casos, en que la difusión de las noticias vinculadas con el crimen objeto de la investigación penal se difundieron por medio de los diversos medios de comunicación, y por medio de «redes sociales como *Facebook* y *Twitter*», así como por medio de sistemas de mensajería instantánea como *Blackberry Messenger* (BBM). En dichos casos, se consideró que la difusión de informaciones mediante las RSI es un elemento de tal relevancia para la colectividad, por su extensión y relevancia, que puede afectar la objetividad con que pueden ser juzgados los procesados. En cuanto a la tercera sentencia, se refiere también a una solicitud de radicación del juicio a otra jurisdicción, pero no porque se haya difundido información

³ La importancia de las RSI, no sólo debe verse desde el punto de vista del indudable impacto que han tenido desde el punto de vista social, ni tampoco por el evidente éxito que ha tenido en cuanto a la masificación que se ha producido por el impactante número de usuarios que poseen en su conjunto, y la inmensa penetración de estos servicios, así como el hecho de que la mayoría de los usuarios de Internet utilizan las redes sociales.

mediante las RSI, sino por cuanto la identificación del indiciado, se efectuó mediante información contenida en la Red Social Facebook, así como por *Blackberry Messenger*, y la especial vinculación de la víctima y sus familias con el Poder Judicial del Estado Zulia (la víctima es una funcionaria tribunalicia, así como buena parte de su familia).

En los dos primeros casos, se trató de investigaciones surgidas como consecuencia de crímenes de particular impacto social, toda vez que se trató en el primer caso, del asesinato de una mujer y su menor hija de cuatro años de edad, donde el indiciado es el esposo y padre (el crimen ocurrió en San Cristóbal, Estado Táchira en el año 2011), en el interior de su vivienda, lo cual por su notoriedad causó un gran impacto en la opinión pública por tratarse de un uxoricidio-filicidio en una familia de clase media. En el segundo caso, se trató de un crimen particularmente escabroso en que un niño pequeño (5 años de edad), fue objeto de maltratos físicos, abuso sexual, lesiones en diversas partes del cuerpo, extracción de piezas dentales, que llevaron a la muerte del menor en diciembre de 2011 en la ciudad de Guanare Estado Portuguesa, siendo de destacar que las personas indiciadas fueron la madre del mismo, una amiga quien lo cuidaba (y era su pareja sentimental), y un amigo de ambas que encubrió el hecho. El niño fue llevado a un centro asistencial alegando que había caído de una moto, pero al fallecer poco después, se comprobó que había sufrido abusos continuados de diversa índole y sometido a toda una serie de actos atroces. Estas revelaciones por medio de las RSI y servicios de mensajería instantánea (BBM y *Whatsapp*), generaron una conmoción social, que determinó que se intentara quemar y linchar a los autores del crimen, y se produjeran manifestaciones que mantuvieron durante días en vilo a esa población llanera, por la indignación que produjo dicho crimen en la colectividad⁴.

En el tercer caso, una persona fue asaltada, siéndole sustraído su teléfono inteligente, entre otros bienes de su propiedad. La víctima en ese caso: *“Luego de una larga investigación realizada por la propia víctima, utilizando a una tercera persona, ubica a través del PIN del celular robado, al poseedor del mismo, teniendo entre ellos una amistad virtual (internet) intercambiando mensajes de textos. Entonces, el poseedor del celular sustraído se identifica en su perfil de usuario como (El Poseedor del Smartphone robado) y la ciudadana (La Víctima del robo), lo busca y ubica en una red social denominada Facebook y entre sus contactos encuentra la foto de (El Indiciado, presunto autor del hecho violento)”*. Dicha persona fue identificada por otros testigos y le fue incautado, a la persona, poseedora el teléfono móvil, plenamente identificado como el robado a la víctima, quien era

⁴ El caso en cuestión cobró tanta notoriedad, que la prestigiosa periodista Ibéyise PACHECO, escribió sobre el mismo un libro denominado *“El Grito Ignorado: cuando un niño es víctima de la Violencia”*. Editorial Planeta. Caracas 2012.

un funcionario adscrito a la Policía regional del Zulia, siendo el poseedor imputado por aprovechamiento de cosas provenientes del delito; y el autor de la sustracción ilegítima de los bienes, por robo agravado.

Si bien los casos penales anteriormente referidos son de distinta naturaleza, pues si bien los dos primeros tuvieron en común el hecho de tratarse de crímenes atroces que sin lugar a dudas conmovieron las colectividades en los lugares donde fueron cometidos (los estados venezolanos, Táchira <andino, fronterizo con Colombia> y Portuguesa <llanero, situado al centro del país >), creando alarma y movimientos en la opinión pública relevantes; mientras que en el último caso, se trató de un caso en el que la utilización de los medios electrónicos, como los sistemas de mensajería electrónica, y las RSI sirvieron como elementos para identificar los responsables de un delito contra la propiedad; los tres casos tienen en común que los medios electrónicos fueron un elemento a considerar para solicitar la radicación de los procesos penales.

Conviene puntualizar que en los casos referidos, las partes acusadas solicitaron la radicación del juicio penal, que es una incidencia que consiste en el cambio de la jurisdicción donde es juzgado un determinado caso, en aquellas situaciones en que los procesos abiertos por delitos graves, causen una gran alarma en la sociedad, capaz de comprometer la objetividad con que los indiciados puedan ser juzgados y en consecuencia, privarles del derecho a obtener un juicio justo. En tal sentido el Artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que:

“Artículo 63. En los casos de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público, o cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces o juezas titulares y de sus suplentes y conjueces o conjuezas respectivos, el proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la acusación por el o la Fiscal, el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá ordenar, en auto razonado, que el juicio se radique en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial que señalará. Dicha decisión deberá dictarla dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud”.

Se debe precisar que conforme la norma citada⁵, la radicación de los juicios penales puede ser ordenada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y trasladar un juicio penal en otra jurisdicción, siempre y cuando se hayan dado algunas de las circunstancias siguientes: a) delitos graves cuya perpetración hubiere causado alarma, sensación o escándalo público o b) paralización indefinida de la causa, luego de presentada la acusación por el fiscal, o bien por recusación, inhibición o excusa de los jueces, titulares, suplentes y conjueces. En el caso que suceda cualquiera de dichos supuestos y siempre

⁵ En concordancia con el artículo 29, numeral 3 de la reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

que el Ministerio Público haya presentado acusación, puede ser decidida a petición de cualquiera de las partes.

En el primer caso, la solicitud de radicación del juicio fue declarada SIN LUGAR, según Sentencia N° RAD11-112 de la Sala Penal, de fecha 28-04-2011, en la cual indicó que el solicitante ha señalado que:

“...la presente causa ha generado escándalo y alarma en los habitantes del estado Táchira, pues el hecho recayó sobre el cónyuge y padre biológico de las víctimas, ciudadanas (...)y (...), bajo la figura del Homicidio Calificado, acto éste considerado como abominable y grave, por parte de los ciudadanos que habitan en la región, y cuya magnitud ha sido de gran cobertura por la prensa regional de esa entidad, específicamente por el diario “La Nación”, así como por redes sociales de Internet (Facebook y Twitter), las cuales en criterio del solicitante, crean una matriz de opinión negativa que influye en los órganos administradores de justicia”.

No obstante, se debe precisar que, conforme el criterio de la Sala, aplicado al caso concreto:

“De lo expuesto se evidencia que el planteamiento del solicitante no se subsume en los supuestos taxativos establecidos en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, en virtud de que las reseñas periodísticas del caso, no demuestran una inherencia cierta en la objetividad del sentenciador, ni suficiente para influir en la transparencia del Poder Judicial, por cuanto la generalidad de los delitos son de interés público, y la noticia que se refiera a la supuesta comisión de los delitos contra las personas, genera un interés periodístico sobre las investigaciones y resultados del proceso penal, situación esta que no puede ser determinante del escándalo y alarma que se requiere conforme los extremos de ley. La actividad periodística es característica de la función social que implica el derecho a ser informado veraz y oportunamente sobre los acontecimientos de índole local, regional, nacional o internacional”.

En el caso del crimen de Guanare, la solicitud de radicación fue efectuada por el Ministerio Público, que indicó que:

“...a través de la difusión de la información por las redes sociales (Twitter, Facebook, mensajería instantánea) así como de los medios de comunicación social regionales y nacionales, causa gran conmoción en la colectividad portuguesa y se inician serie de manifestaciones, vigiliass y actos de alteración del orden público en la ciudad de Guanare, Estado Portuguesa, lugar de los hechos, en repudio a tales hechos que dejaban como víctima a un infante de apenas 05 años de edad...tal fue la afectación de la colectividad que se registraron disturbios y olas de saqueos a comercios así como destrozos a inmuebles, casa de habitación y residencia de los imputados, así como a las instalaciones del Palacio de Justicia de Guanare, estado Portuguesa exigiendo justicia y la imposición anticipada de castigo a toda costa...”.

En virtud de tales circunstancias la Sala Penal, del Tribunal Supremo, declaró CON LUGAR la Solicitud de Radicación de la causa, que fue remitida al Circuito Penal del Área Metropolitana de Caracas, según sentencia de fecha 12-04-2012.

En los casos señalados se ponen en cuestionamiento la colisión entre derechos fundamentales del ser humano, por cuanto de una parte se encuentra el derecho de los imputados a ser juzgado por su juez natural, y las garantía Constitucional al debido proceso y el principio penal del el principio del “*forum delicti comissi*”; por una parte, y por la otra el derecho a la información, que toca la libertad de expresión en su amplia dimensión, vale decir, como derecho que tienen las personas por una parte a percibir y obtener las informaciones y opiniones por la forma o medio que estimen pertinente, y por otra parte, el derecho de todo ciudadano de expresar sus opiniones de la forma que deseen (con las limitaciones y restricciones que establecen las leyes).

En tal sentido, es conveniente resaltar que las RSI tienen un papel relevante en la posibilidad de que los ciudadanos ejerzan el derecho a la información en su doble dimensión (derecho a informar y a ser informado). Por un lado las RSI permiten a los ciudadanos obtener información de forma instantánea, a partir de fuentes de información provenientes de todo el mundo, pero además tienen un importante papel como medio de expresión de los intereses, deseos, expectativas de los usuarios-ciudadanos, así como para el desarrollo del periodismo ciudadano, en el que se reportan las actividades y sucesos que ocurren en la realidad. Esto ha sido particularmente relevante en los casos de sucesos, tragedias naturales, sucesos políticos (como los del medio oriente en el año 2011), entre otros; en que los ciudadanos han encontrado en las redes sociales un medio como expresar sus opiniones, reportar sucesos, etc., incluso en entornos y países donde sistemáticamente se restringe la libertad de expresión.

De modo que si bien las RSI, plantean un escenario proclive a facilitar el tránsito de ideas y opiniones, de forma quizá nunca antes logradas; también es cierto que plantea los retos propios de un derecho como este, de tan señalada e indispensable importancia para la existencia de regímenes democráticos, pero que al tiempo posee además del carácter de derecho fundamental, la particularidad de ser un derecho objeto de limitaciones y restricciones, que lo catalogan como derecho objeto de ciertos límites impuestos en ciertos casos para proteger derechos de terceros y evitar la extralimitación en su ejercicio (limitaciones que por lo demás, y como ya se ha mencionado con anterioridad, deben estar claramente establecidas en la Ley, tener un carácter claramente proporcional para salvaguardar el derecho protegido, y ser interpretadas de forma estricta, de tal suerte que se apliquen en la medida justa, favoreciendo en la medida posible la libertad de expresión).

El valor de la libertad de expresión en Internet en sentido amplio (del cual las RSI constituyen una vertiente concreta), encuentra una clarísima ventana para su desarrollo y expansión gracias a las nuevas tecnologías, lo cual en

cuanto a su ejercicio y consideración, ha despertado el interés y preocupación de los principales organismos internacionales de derechos humanos, y particularmente en el ámbito de la protección de la libertad para expresar ideas, pensamientos y opiniones, al punto que los relatores para la libertad de expresión, de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión; la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA; la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación; y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), emitieron en el año 2011, una Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión en Internet (DCLEI)⁶, en la cual establecen los lineamientos para proteger esta libertad fundamental en este nuevo entorno comunicacional, conforme la cual estimaron que debe preservarse las libertades comunicacionales en Internet del mismo modo que al resto de medios de comunicación y que cualquier restricción que se imponga a esta libertad debe cumplir con los estándares internacionales vigentes. De igual modo establecieron que acciones extremas como el bloqueo mandatorio de páginas Web, sería una medida extrema (principio de proporcionalidad de las medidas restrictivas), sólo justificable en casos como la protección de los menores de edad, y que son incompatibles con la libertad de expresión los sistemas de bloqueo de contenidos (filtrado, como se hace en China, por ejemplo, donde determinado tipo de contenidos, palabras, expresiones e ideas, son filtrados por los sistemas oficiales), que no pueden ser controlados por los usuarios, impuestos por gobiernos o proveedores comerciales.

En los casos anteriormente señalados se puede apreciar como el impacto que tienen las RSI como elemento que utilizan las personas no solo para informarse, sino para transmitir información, al punto que por ejemplo una noticia aparecida en *Facebook* o *Twitter* (por señalar dos de las redes sociales con más usuarios en Venezuela), se puede volver “viral”, en cuanto a la difusión de la misma, o el poder que puede tener para hacerse de conocimiento general, como sucedió en el caso del crimen de Guanare, caso en el que la difusión de la información sobre los detalles del crimen, así como la posibilidad de que el mismo quedara impune, generaron una conmoción social, manifestaciones y hasta saqueos de comercios; de donde queda claro el poder de difusión e incidencia que dichas RSI tienen en la formación de la opinión pública.

En el tercer caso, una persona fue asaltada, siéndole sustraído su teléfono inteligente, entre otros bienes de su propiedad. La víctima en ese caso: *“Luego de una larga investigación realizada por la propia víctima, utilizando a una tercera persona, ubica a través del PIN del celular robado, al poseedor del mismo, teniendo entre ellos una amistad virtual (internet)”*

6 Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión en Internet. Disponible en fuente electrónica, en: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=848&IID=2>

intercambiando mensajes de textos. Entonces, el poseedor del celular sustraído se identifica en su perfil de usuario como (El Poseedor del Smartphone robado) y la ciudadana (La Víctima del robo), lo busca y ubica en una red social denominada Facebook y entre sus contactos encuentra la foto de (El Indiciado, presunto autor del hecho violento)". Dicha persona fue identificada por otros testigos y le fue incautado, a la persona, poseedora del teléfono móvil, plenamente identificado como el robado a la víctima, quien era un funcionario adscrito a la policía regional del Zulia, siendo el poseedor imputado por aprovechamiento de cosas provenientes del delito; y el autor de la sustracción ilegítima de los bienes, por robo agravado.

En este caso, a diferencia de los anteriores, la información que circula en las RSI y servicios de mensajería electrónica no tenía incidencia sobre la magnitud del crimen, sino que por el contrario fueron un medio utilizado por la propia víctima, para adelantar una investigación personal, que le permitió identificar y localizar al autor del delito, ubicar los bienes que le fueron robados (el teléfono inteligente o *Smartphone*), y consecuentemente a la persona que se había aprovechado de los bienes provenientes del delito del que fue víctima.

Queda entonces en consideración otro aspecto relevante en la consideración de la importancia e impacto social que las RSI tienen en la sociedad actual, que es el derecho a la intimidad por una parte, y por la otra la utilización de la tecnología como elemento auxiliar de la investigación criminal. Las redes sociales permiten que se hagan públicas informaciones que tradicionalmente tenían un carácter privado o reservado, desvaneciendo las barreras entre lo público y lo privado; lo cual plantea el problema acerca de a quién pertenece la información publicada, y cuál es el grado de protección que se le otorga a dicha información⁷. Esto ha conducido a que las principales redes sociales establezcan "niveles de protección", que permiten al usuario determinar qué tan pública o restringida debe ser la información publicada. Conviene precisar que la protección de los datos de carácter personal es un tema amplio y de gran relevancia en la materia, ya que los datos de carácter personal que circulan por las RSI, pueden ser obtenidos por terceros maliciosos que los pueden utilizar, a su vez para la comisión

⁷ DÍAZ GANDASEGUI, V. (2011) "Mitos y Realidades de las Redes Sociales". *Revista Prisma Social*. N° 6. Fundación para la Investigación Social Avanzada. Madrid, España. Disponible en fuente electrónica, en: <http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/numeros/6/secciones/tematica/07-mitos-realidades-redes-sociales.html>. estima que: "La información es al fin y al cabo la materia prima de la que se nutren las redes sociales. Las redes animan a sus consumidores a mostrar la mayor cantidad de información posible y añadir al mayor número de contactos, ofreciéndonos amigos/contactos/individuos a los que seguir que nos pueden ser de interés. A su vez, la información que aportamos en nuestro perfil puede servir para captar a nuevos participantes. La red se extiende así como una telaraña en la que se va captando información que es útil para la plataforma". P. 15.

de delitos⁸. Estos problemas pueden ser considerados, según Corripio, M. y Marroig, L.⁹ en tres órdenes, a saber:

“...los problemas de orden tecnológico, consistentes en ‘cómo impedir el acceso incontrolado a los sistemas de proceso de datos mediante la concepción y realización de unos dispositivos físicos o lógicos que lo impidan’, los de orden deontológico, que exigen ‘la creación de una mentalidad responsable por parte de los profesionales y la aceptación de códigos de ética informática’, y los problemas de orden jurídico, surgidos de la necesidad de creación y establecimiento de ‘un marco conceptual que permita sistematizar los supuestos de hecho posibles y darles una solución coherente y uniforme’”.

Resulta conveniente precisar que en Venezuela no existe una regulación general, específica sobre la materia de protección de datos de carácter personal (excepto de la regulación parcial establecida en la Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en su artículo 37), a pesar de que el principio de la protección de datos de carácter personal tiene rango constitucional (artículos 28 y 60 C.N.), y que existe desde hace casi una década, un Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual no ha sido aprobada hasta el momento, lo cual afecta sin lugar a dudas el ejercicio efectivo de este derecho, así como la protección de los excesos que se puedan producir en nuestro país. Dependerá en gran medida, por un lado de la educación y prudencia de los usuarios por una parte, por la otra por la generación de mecanismos de confianza, desde el punto de vista tecnológico que filtren y permitan denunciar los abusos a estos derechos, y sobre todo que le permita al usuario controlar los niveles de protección de la información personal.

Por otra parte, es conveniente puntualizar que se han presentado casos en diversas partes del mundo, en los cuales se ha aprovechado las utilidades, capacidad de ubicar personas, suplantación de identidad, etc., para cometer delitos como extorsiones, secuestros, abuso y pornografía infantil, entre otros;

⁸ Existen multiplicidad de casos documentados en diversos países como España, Colombia, el Reino Unido, Nueva Zelanda, Estados Unidos y en Venezuela (por sólo mencionar algunos países), en que la información o el contacto, mediante el uso de las redes sociales, se ha utilizado para secuestros, extorsiones y otros gravísimos delitos, lo que ha llamado la atención de las autoridades gubernamentales, las comunidades y expertos, en el sentido de alertar acerca del tipo de información que se coloca en los perfiles, pues muchas personas hacen en las redes sociales una suerte de vitrina, donde colocan toda la información acerca de sus actividades, itinerarios, viajes, dónde estudian sus hijos, etc. Mención aparte merecen las herramientas contenidas en ciertas redes sociales, como por ejemplo Twitter, que permite por medio de sus aplicaciones diseñadas para teléfonos móviles, informar acerca de las coordenadas exactas de ubicación del usuario, por medio de GPS, lo cual facilita la comisión de delitos contra las personas, de los que puede ser víctima el usuario.

⁹ CORRIPIO, M. y MARROIG, L. (2001) “El tratamiento de los Datos de Carácter Personal y la protección de la intimidad en el sector de Telecomunicaciones”. Agencia de Protección de datos. Madrid. P. 18.

razón por la cual cuerpos de inteligencia, seguridad ciudadana y de seguridad de Estado han puesto interés e incluso han establecido estaciones de monitoreo especializado sobre las redes sociales. Aparte de lo anterior, existen casos en Venezuela donde bandas criminales han utilizado las redes sociales para promover las acciones delictivas que cometen, ubicar posibles víctimas, etc., lo cual ha sido ampliamente difundido por los medios de comunicación social, lo cual plantea la polémica si estas plataformas sirven de soporte para la comisión o para la apología de los delitos.

Ahora bien, en el presente caso, no se trata de una persona que coloca su información de carácter personal en un equipo, sino por el contrario, se trata de una persona que es identificada por medio de la RSI como autora de un delito, y que por medio de los servicios de mensajería electrónica (*Blackberry Messenger*), es localizada aprovechándose de bienes provenientes del delito. El principio general es que el derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal tienen límites derivados de la protección de los derechos de terceros y normalmente para acceder a la información de una persona en un correo electrónico, RSI o mensajería electrónica se requeriría de una orden judicial, cosa que no ocurrió en principio en la presente causa, por cuanto la identificación de los indiciados, se efectuó por una investigación particular realizada por la ciudadana individualmente considerada, que mediante el auxilio de dichas herramientas tecnológicas, logró ubicar a los indiciados.

En el caso de marras, la solicitud de radicación del juicio, fue realizada por la defensa del imputado, basada, a diferencia de los casos anteriores, no en la alarma o conmoción que la noticia pudo causar, sino en que si bien: *“...la perpetración del mencionado delito, no ha causado alarma, sensación o escándalo público, pero de alguna u otra forma la condición de la víctima, los altos cargos que desempeñan sus familiares y el lugar donde se han desenvuelto los hechos enfatizan claramente la influencia de los mismo en el proceso, creando así una alta subjetividad en la imparcialidad, conmoción, sensación y escándalo público dentro Circuito Judicial Penal natural de la causa”*. En atención a que la víctima y sus familiares ocupaban cargos relevantes en el Circuito Penal del Estado Zulia, donde sucedieron y eran juzgados los hechos. Dicha solicitud fue declarada Con Lugar por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 12-04-2012.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Exp. 2012-000095
Caracas, 13 de abril de 2012. 201° y 153°
Magistrada Ponente: Ninoska Beatriz Queipo Briceño

El 19 de marzo de 2012, se recibió ante la Secretaría de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, escrito contentivo de la solicitud de radicación interpuesta por el profesional del Derecho NÉSTOR JOSÉ MEDINA CESTARI, Defensor Privado del ciudadano ALBERTO JOSÉ PUCCINI, respecto a la causa penal número 2M-386-11 que cursa ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, en contra del referido ciudadano, por la supuesta comisión del delito de ROBO AGRAVADO, previsto y sancionado en el artículo 458 del Código Penal.

De la presente solicitud, se dio cuenta en la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 20 de marzo de 2012. En esa misma fecha, se designó ponente a la Magistrada Doctora **NINOSKA QUEIPO BRICEÑO**, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Estando en la oportunidad legal, para pronunciarse en relación con la solicitud de radicación interpuesta por la Defensa Privada del ciudadano ALBERTO JOSÉ PUCCINI, la Sala de Casación Penal pasa a decidir, previas las consideraciones siguientes:

II DE LA COMPETENCIA

La Sala de Casación Penal en forma preliminar debe determinar su competencia para conocer de la presente Solicitud de Radicación de Juicio, y al efecto observa:

Respecto del conocimiento de dicha solicitud, el numeral 3 del artículo 29 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone:

“...Artículo 29. Son competencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia:
(OMISSIS)
3. Conocer las solicitudes de radicación de juicio...”.

Por su parte, el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, establece:

“Artículo 63. En los casos de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público, o cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces o juezas titulares y de sus suplentes y conjuces o conjucezas respectivos, el proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la acusación por el o la Fiscal, el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá ordenar, en auto razonado, que el juicio se radique en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial que señalará. Dicha decisión deberá dictarla dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud”.

Del contenido de los dispositivos legales *ut supra transcritos*, se observa que corresponde a la Sala de Casación Penal, el conocimiento de las solicitudes de radicación, en consecuencia esta Sala, declara su competencia para conocer del presente asunto en aplicación de los artículos 29.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 63 del Código Orgánico Procesal Penal.

III DE LOS HECHOS

Anexo al escrito de solicitud de radicación aparece la copia de la acusación presentada por los ciudadanos abogados FERNANDO LOSSADA URRIBARRI, VANESSA ALEJANDRA URRUTIA CAMARGO y DANY JESÚS MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Fiscal Principal y Auxiliares respectivamente de la Fiscalía Cuadragésima Octava del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en contra del ciudadano ALBERTO JOSÉ PUCCINI MOLINARES, venezolano, mayor de edad y portador de la cédula de identidad V-18.005.254, por la comisión del delito de ROBO AGRAVADO, tipificado en el artículo 458 del Código Penal, en base a los hechos siguientes:

“En la fecha 09 de Abril de 2010 siendo aproximadamente la 01:45 pm la ciudadana BERTA CHIQUIQUIRA CHOURIO URRIBARRI, se encontraba saliendo de la Intendencia Municipal de Maracaibo, ubicada en la Avenida 4 Bella Vista con calle 73, cuando se encontraba montándose en la camioneta de su hermana ELENA CHOURIO. De repente siente que alguien se encontraba detrás de ella, cuando escuchó a un sujeto portando un arma de fuego en mano, este le dijo que no volteara y le entregara la cartera; inmediatamente, temiendo por su vida, obedece y entrega la cartera contentiva de la documentación

personal, así como un teléfono celular marca Blackberry sus tarjetas de crédito y una de débito, 150 bolívars fuertes en efectivo, 500 dólares en efectivo, y su credencial perteneciente al Poder Judicial, entre otras cosas. Después de hacerle entrega de todo lo mencionado, abordan rápidamente la camioneta para luego retirarse del lugar. Este ciudadano desaparece de la vía pública, ya que cuando las víctimas dieron la vuelta por la avenida Santa Rita no había rastros de él. Inmediatamente en esa misma fecha la víctima procede a presentar la denuncia correspondiente por ante la Policía Municipal de Maracaibo. Luego de una larga investigación realizada por la propia víctima, utilizando a una tercera persona, ubica a través del PIN del celular robado, al poseedor del mismo, teniendo entre ellos una amistad virtual (internet) intercambiando mensajes de textos. Entonces, el poseedor del celular sustraído se identifica en su perfil de usuario como YURBI URDANETA y la ciudadana BERTA CHOURIO lo busca y ubica en una red social denominada Facebook y entre sus contactos encuentra la foto de ALBERTO JOSÉ PUCCINI. La ciudadana ELENA CHOURIO, quien fue testigo de los hechos, lo reconoce como el autor del robo cometido en contra de su hermana, identificándolo como ALBERTO JOSÉ PUCCINI MOLINARES, quien se desempeña como Funcionario de la Policía Regional. El día trece (13) de Agosto de 2010 ya con el conocimiento de su oficio como oficial adscrito la Policía Regional del Estado Zulia, la ciudadana BERTA CHOURIO acude a la Dirección General de dicha Institución, siendo este localizado en las oficinas de la Dirección de Recursos Humanos de la misma, encontrándose en su poder el teléfono móvil MARCA: BLACKBERRY DE COLOR NEGRO CON PLATEADO 8900, MODELO RBZ41 GW, JAVELYN, SERIAL IMEI: 359485022776546, PIN 24AA1 CB4, BATERIA MARCA BLACKBERRY SERIAL N° BAT17720-002, LOTE CÓDIGO G0848C, SINCAR DE LINEA MOVISTAR SERIAL 895804320001864742, CHIPS SANDISK 2GB MIRCRO SIN NÚMERO DE SERIAL, coincidiendo sus características con el celular denunciado como robado en fecha anterior, procediendo a su detención en flagrancia por la presunta comisión del delito de APROVECHAMIENTO DE COSAS PROVENIENTES DEL DELITO.

En fecha 14/08/10, el ciudadano ALBERTO JOSE PUCCINI MOLINARES, fue presentado por ante el Juzgado Décimo Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, por considerársele presuntamente incurso en la comisión del delito de APROVECHAMIENTO DE COSAS PROVENIENTES DEL DELITO, previsto y sancionado en el artículo 470 del código Penal, por lo cual se solicitó se decretara Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad, de conformidad con el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal y el procedimiento ordinario, acordando el Tribunal A Quo lo solicitado, para dicho ciudadano, en fecha 13/09/2010, se solicitó una medida cautelar menos gravosa a la privación judicial preventiva de libertad, otorgándole el Tribunal de la Causa, las estipuladas en los ordinales 3, 6 y 8 del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal y en fecha 02/11/2010, se realizó la imputación formal por el delito de ROBO AGRAVADO, tipo penal previsto y sancionado en el artículo 458 del Código Penal...”.

IV DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

El Defensor Privado del ciudadano ALBERTO JOSÉ PUCCINI, sobre la base de lo establecido en el primer supuesto del artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, solicitó la radicación del juicio seguido en la jurisdicción penal del Estado Zulia, alegando lo que a continuación se transcribe:

“...Ciudadanos Magistrados, es pertinente enfatizar que la ciudadana BERTA CHIQUIQUIRA CHOURIO URRIBARRI víctima de marras, funge actualmente como Asistente del Tribunal Sexto de Primera Instancia en Funciones de Control de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, con una larga trayectoria como funcionario público, al igual que su hermana de la ciudadana Abog. MARÍA CHOURIO DE NÚÑEZ, Juez Titular del Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio en Materia de Responsabilidad Penal del Adolescente del Estado Zulia, quien a su vez es cónyuge del Abog. MANUEL NÚÑEZ GONZÁLEZ, Fiscal Titular Vigésimo Quinto, Contra la Corrupción del Ministerio Público, quien sin fundamento alguno, solicitó la apertura de un expediente administrativo a la Abog. SANTA FRASCARELLA VILLALOBOS, Fiscal Titular Octava del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, quien instruyó la causa, alegando que recibió la cantidad de CINCUENTA MIL BOLÍVARES (50.000,00 Bs.) de parte de mi defendido, por presuntamente precluir el lapso estipulado en el Artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal sin presentar acto conclusivo alguno, para que así esté obtuviese una Medida Cautelar Menos Gravosa.

Todo lo cual, de una forma u otra, ha incidido para que sobre mi Defendido, recaiga prematuramente una suerte de pena anticipada o condena *a priori* con un solo indicio; vista la gran influencia que ha realizado la propia víctima con sus familiares en el trayecto del procedimiento existe (sic), dando una certeza plena de la voluntad de la víctima y sus familiares de condenar el presente procedimiento a sus caprichos.

Ciudadano Magistrados, esta defensa técnica tiene conocimiento que la perpetración del mencionado delito, no ha causado alarma, sensación o escándalo público, **pero** de alguna u otra forma **la condición de la víctima, los altos cargos que desempeñan sus familiares y el lugar donde se han desenvuelto los hechos enfatizan claramente la influencia de los mismo en el proceso**, creando así una alta subjetividad en la imparcialidad, conmoción, sensación y escándalo público dentro Circuito Judicial Penal natural de la causa.

Es menester traer a colación un sustrato de la Sentencia de (02 de Marzo de 2001) de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia:

‘...el fin de la radicación es excluir influencias extrañas a la verdad procesal y la recta aplicación de la Ley en los Juicio Penales. Cuando se corre el riesgo de que ello no se logre por cualesquiera circunstancias, entre las cuales figura la actividad a la que se dedica los ciudadanos acusados...’.

En el mismo orden de ideas, cabe destacar la Ponencia de la Magistrada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia la Doctora NINOSKA QUEIPO BRICEÑO, en la decisión del 18 de Enero de 2012, que se extrae:

“...En este sentido, la Sala de Casación Penal, de forma pacífica y reiterada ha establecido que la radicación de una causa, es una excepción al principio de competencia territorial y para que proceda, debe darse por lo menos, uno de los supuestos establecidos en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal. De la misma forma, ha sido reiterado el criterio de la Sala de que la alarma o escándalo público debe ser tal, que influya injustamente en el proceso valorativo del juez que va a dictar el fallo.

En la solicitud bajo análisis, el solicitante alega la conmoción, alarma o escándalo público dentro de los órganos de administración de justicia, suscitado en el Estado Monagas, porque los hechos investigados involucran a ciudadanos quienes según las actuaciones que cursan en el expediente, para el momento de los hechos se desempeñaban en la referida región como altos funcionarios del Circuito Judicial Penal, lo cual, en su criterio, pudiera contribuir a perturbar tanto la tranquilidad dentro del referido Circuito Judicial Penal como la imparcialidad que debe caracterizar tanto al juez como al personal de esa dependencia.

Así las cosas, del escrito presentado por el solicitante y de las actuaciones procesales que acompañan a la solicitud, se evidencian, que dado los cargos y funciones que desempeñaron las partes involucradas en el proceso dentro del Circuito Judicial Penal, pudieran existir juicios previos de valor por parte de los jueces y fiscales vinculados al proceso, lo cual hace presumir la posible existencia de una parcialidad de los mismo. En efecto, el solicitante apoya su petición en que se tiene el grave temor de que el proceso no se realice de manera imparcial, por hechos y circunstancias que señala en autos, como lo son las supuestas influencias ejercidas por el imputado, quien fue Presidente del Circuito Judicial Penal del Estado Monagas y según su dicho, posee vínculos de amistad con integrantes del poder judicial de ese Estado y de la Sala Única de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal...”.

Es evidente que la permanente e intensa influencia de la víctima y sus familiares que crean sin duda contra mi Defendido, una sólida matriz predisposición subjetiva de imparcialidad, siendo que por el contrario a favor de él, debería operar la presunción de inocencia. Es necesario impedir o limitar aquellas conductas que puedan significar una compulsión para los jueces, en el sentido de que sentencien de una u otra manera, con algún grado de predisposición o enemistad hacia los justiciables.

La solución pretendida entonces, está en el envío del presente Juicio sobre los que se pueda decidir con una mayor independencia de criterio e imparcialidad, tal como se solicita en este caso...”.

Asimismo, el solicitante acompañó al escrito, copia simple de las siguientes actuaciones procesales:

- 1) Acta de Presentación de Imputados.

- 2) Escrito de Recusación presentado por la Defensa Privada del acusado, en contra de la Fiscal Octava del Ministerio Público, Abogada Santa Frascarella.
- 3) Acusación Fiscal.
- 4) Acta de Audiencia Preliminar.
- 5) Auto de Apertura a Juicio.

De igual forma solicitó a la Sala oficiar a la Dirección Ejecutiva de Magistratura con el propósito de que “...proporcionen información suficiente de la víctima ciudadana BERTA CHIQUINQUIRA CHOURIO URRIBARRI y su hermana ciudadana Abog. MARÍA CHOURIO DE NÚÑEZ, y oficiar a la Fiscalía General de la República, en atención al Departamento de Recursos Humanos para que al igual proporcionen información del ciudadano Abog. MANUEL NÚÑEZ GONZÁLEZ, a los fines de que se verifique la información aquí suministrada con respecto a los cargos que ostentan en las diversas Dependencias Jurisdiccionales del Estado...”.

V FUNDAMENTOS PARA DECIDIR

En el caso de la solicitud de Radicación, la Sala de Casación Penal debe primeramente examinar las condiciones de procedencia establecidas en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal; de los cuales es posible distinguir dos motivos de procedencia que no son concurrentes, a saber:

1. Delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público.
2. Cuando el proceso se paralice indefinidamente después de presentada la acusación por el Fiscal o por la Fiscala del Ministerio Público, bien sea por recusación, inhibición o excusa de los jueces y las juezas titulares y de sus suplentes y conjueces o conjuezas respectivos.

La pretensión de naturaleza radicatoria estriba en substraer el conocimiento del juicio penal al tribunal que le corresponde, de conformidad con el principio del “*forum delicti commissi*”, dispuesto en el artículo 57 del Código Orgánico Procesal Penal, para atribuirlo a un tribunal diferente de igual categoría pero de otro Circuito Judicial Penal.

En el caso sub examine, la Defensa Privada solicitó la radicación del juicio en razón de la conmoción, alarma o escándalo público generada dentro de los órganos de administración de justicia del Estado Zulia, en razón de que la víctima y sus familiares, se desempeñan como funcionarios de dicho Circuito Judicial Penal, lo cual, en su criterio, pudiera contribuir a perturbar la imparcialidad de los jueces y demás funcionarios que laboran en esa dependencia.

Concretamente, el solicitante refiere que la ciudadana BERTA CHIQUINQUIRÁ CHOURIO URRIBARRI, es Asistente del Tribunal Sexto de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia y su hermana, ciudadana abogada MARÍA CHOURIO DE NÚÑEZ, se desempeña como Juez Titular del Tribunal Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio, en materia de Responsabilidad Penal del Adolescente. Así mismo, refiere que el cónyuge de esta última ciudadana, abogado MANUEL NÚÑEZ GONZÁLEZ funge como Fiscal Titular vigésimo Quinto Contra la Corrupción del Ministerio Público del Estado Zulia, quien además señala que “...solicitó la apertura de un expediente administrativo...” en contra de la Fiscal que instruía la presente causa, alegando que ésta recibió cincuenta mil bolívares (50.000,00 Bs) de parte del ciudadano acusado ALBERTO JOSÉ PUCCINI, a los efectos de que evitara la presentación del acto conclusivo en el lapso establecido en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, a los fines de obtener una medida cautelar menos gravosa a la privación de libertad.

Asimismo, el solicitante agrega que la petición radica en el grave temor que se tiene respecto a la influencia que la víctima y sus familiares, pudieran ejercer “creando una predisposición subjetiva de imparcialidad”, siendo que a favor del imputado debe operar el principio de presunción de inocencia.

Así las cosas, del escrito presentado por el solicitante y de las actuaciones procesales que acompañan a la solicitud, se evidencian, que dado los cargos y funciones que desempeña la víctima de la presente causa y sus familiares dentro del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, pudieran existir juicios previos de valor por parte de los jueces y fiscales vinculados al proceso, lo cual hace presumir la posible existencia de una parcialidad de los mismos.

Tales afirmaciones, a juicio de la Sala, si bien pudieran resultar subjetivas, están sustentadas, en la apreciación del solicitante por la recusación que hiciera el abogado MANUEL NÚÑEZ GONZÁLEZ, quien resulta ser cuñado de la víctima y funge como Fiscal Titular Vigésimo Quinto Contra la Corrupción del Ministerio Público del Estado Zulia, de la Fiscal que instruía la presente causa, existiendo el grave temor de que lo mismo pudiera ocurrir respecto de los jueces de ese Circuito Judicial Penal, debido a que igualmente la hermana de la víctima ostentó el cargo de juez en el referido Circuito Judicial Penal; es por esto que estima la Sala que sí están dadas las condiciones para que proceda subvertir la competencia territorial que tienen los tribunales de la jurisdicción del estado Zulia y radicar la causa en otro Circuito Judicial Penal.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal decide que lo procedente y ajustado a Derecho en el presente caso es declarar HA LUGAR la solicitud de radicación propuesta por el ciudadano abogado NÉSTOR JOSÉ MEDINA CESTARI, actuando en su carácter de Defensor Privado del ciudadano acusado ALBERTO

JOSÉ PUCCINI, en virtud de que están dadas las condiciones exigidas en el primer supuesto del artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal. Por tanto, se ordena radicar el presente juicio ante un tribunal de juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón. Así se decide.

V DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, dicta los pronunciamientos siguientes:

- 1) Declara **HA LUGAR** la solicitud de radicación propuesta por el ciudadano abogado NÉSTOR JOSÉ MEDINA CESTARI, en su carácter de Defensor Privado del ciudadano ALBERTO JOSÉ PUCCINI.
- 2) Se le ordena a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, la remisión inmediata de la causa seguida en contra el ciudadano **ALBERTO JOSÉ PUCCINI**, a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón., a los fines de su conocimiento y resolución.
- 3) Remítase copia certificada de la presente decisión a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas, a los **TRECE** días del mes de **ABRIL** del año 2012. Años: 201° de la Independencia y 153° de la Federación.

La Magistrada Presidenta,
Ninoska Beatriz Queipo Briceño

La Magistrada Vicepresidenta,
Deyanira Nieves Bastidas

Los Magistrados,

Blanca Rosa Mármol de León *Héctor Manuel Coronado Flores*

Paúl José Aponte Rueda

La Secretaria,
Gladys Hernández González

Exp. 2012-000095
NBQB.

El Magistrado Doctor Paúl José Aponte Rueda no firma por ausencia justificada.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Exp. Nro 2-065
Caracas, 12 de abril de 2012. 201° y 153°
Magistrada Ponente: Ninoska Beatriz Queipo Briceño

I

En fecha 1° de marzo de 2012, se recibió por ante la Secretaría de esta Sala de Casación Penal, escrito contentivo de la **SOLICITUD DE RADICACIÓN** presentada por los ciudadanos YARITZA DEL PILAR RIVAS, FRANCISCO BARRIOS y YAMILE KATIB, actuando en su carácter de Defensores Públicos Primera, Segundo (s) y Cuarta (s) de la Unidad Autónoma de la Defensa Pública Penal de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa respectivamente, con motivo de la causa penal seguida en contra de sus defendidas las ciudadanas VALENTINA DEL CARMEN OROPEZA DE MONTILLA, ANNEY DEL CARMEN MONTILLA OROPEZA y GELLINOT ROCIRIT GONZÁLEZ QUEVEDO, quienes son venezolanas, mayores de edad, portadoras de las cédulas de identidad números 8.065.506, 18.617.312 y 14.068.547 respectivamente, por ante el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Portuguesa, con sede en Guanare, por la comisión de los delitos de:

- 1) ANNEY DEL CARMEN MONTILLA OROPEZA, por considerarla autora material de ABUSO SEXUAL, TRATO CRUEL, HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL Y LESIONES GRAVES, tipificados en los artículos 259 y 254 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; 405 y 415 del Código Penal en relación con el artículo 86 *eiusdem* y 217 de la citada Ley Especial.

- 2) VALENTINA DEL CARMEN OROPEZA DE MONTILLA, por considerarla autora en comisión por omisión, de los delitos de TRATO CRUEL y LESIONES GRAVES, tipificados en los artículos 254 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; y 415 del Código Penal en concordancia con el artículo 217 de la referida Ley Especial.
- 3) GELLINOT ROCIRIT GONZÁLEZ QUEVEDO, en calidad de autora en comisión por omisión, de los delitos de ABUSO SEXUAL, TRATO CRUEL, HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL Y LESIONES GRAVES, tipificados en los artículos 259 y 254 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; 405 y 415 del Código Penal en relación con el artículo 86 *eiusdem* y 217 de la citada Ley Especial.

Recibido el expediente, se dio cuenta a los Magistrados y las Magistradas que integran esta Sala de Casación Penal, y previa distribución, correspondió el conocimiento del mismo a la Magistrada Doctora NINOSKA BEATRIZ QUEIPO BRICEÑO; quien con el carácter de ponente, suscribe la presente decisión.

Estando en la oportunidad legal, para pronunciarse en relación a la SOLICITUD DE RADICACIÓN interpuesta por los representantes de la Unidad Autónoma de la Defensa Pública Penal de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, la Sala de Casación Penal pasa a decidir, previas las consideraciones siguientes:

II DE LA COMPETENCIA

La Sala de Casación Penal en forma preliminar debe determinar su competencia para conocer de la presente Solicitud de Radicación de Juicio, y al efecto observa:

Respecto del conocimiento de dicha solicitud, el numeral 3 del artículo 29 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone:

“Artículo 29. Son competencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia:
(OMISSIS)

3. Conocer las solicitudes de radicación de juicio...”.

Por su parte, el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, establece:

“Artículo 63. En los casos de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público, o cuando por recusación, inhibición o excusa de los jueces o juezas titulares y de sus suplentes y conjuces o conjucezas respectivos, el proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la

acusación por el o la Fiscal, el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá ordenar, en auto razonado, que el juicio se radique en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial que señalará. Dicha decisión deberá dictarla dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud”.

Del contenido de los dispositivos legales *ut supra transcritos*, se observa que corresponde a la Sala de Casación Penal, el conocimiento de las solicitudes de radicación, en consecuencia esta Sala, declara su competencia para conocer del presente asunto en aplicación de los artículos 29.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 63 del Código Orgánico Procesal Penal.

III DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

Los Defensores de la Unidad Autónoma de la Defensa Pública Penal de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa fundamentaron su solicitud de radicación en los términos siguientes:

“...Los hechos que dieron origen al presente proceso penal, se inician según estima la Representación del Ministerio Público desde el día 29 de Noviembre de 2011, en horas de la mañana hasta el día 01 de diciembre de 2011, en horas de la mañana, se suceden una serie de hechos en el inmueble de las imputadas ubicada en la Urbanización José Antonio Páez, Guanare, Estado Portuguesa, donde se encontraba como víctima el niño (identidad omitida), consistentes en maltrato, lesiones en diversas partes del cuerpo, abuso sexual, quemaduras, extracciones de piezas dentales, golpes que le produjeron la muerte al niño el día 1 de diciembre de 2011, a las 05:30 horas de la tarde aproximadamente. Es a partir de este momento cuando a través de la difusión de la información por las redes sociales (Twitter, Facebook, mensajería instantánea) así como de los medios de comunicación social regionales y nacionales, causa gran conmoción en la colectividad portuguesaña y se inician serie de manifestaciones, vigiliadas y actos de alteración del orden público en la ciudad de Guanare, Estado Portuguesa, lugar de los hechos, en repudio a tales hechos que dejaban como víctima a un infante de apenas 05 años de edad. **Todo ello se puede evidenciar en las NOTAS DE PRENSA PUBLICADAS EN DIFERENTES DIARIOS DE LA REGIÓN DURANTE LOS DÍAS POSTERIORES AL HECHO, DE LO CUAL ANEXAMOS CONSTANTE DE QUINCE (15) FOLIOS ÚTILES EN FOTOSTATO A LOS FINES DE ACREDITAR TAL SUCESO, EL CUAL IMPACTO (...) DE MANERA CATEGÓRICA AL SEÑO DE LA COMUNIDAD PORTUGUESEÑA, (ANEXO B) LLEGANDO A TRASCENDER AL ÁMBITO NACIONAL Y HASTA INTERNACIONAL SI SE REVISAN LAS HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS DE COMUNICACIÓN ACTUAL, tal fue la afectación de la colectividad que se registraron disturbios y olas de saqueos a comercios así como destrozos a inmuebles, casa de habitación y residencia de los imputados, así como a las instalaciones del Palacio de Justicia de Guanare, estado Portuguesa exigiendo justicia y la imposición anticipada de castigo a toda costa...**” (Resaltado del escrito. Folio 96 de la sexta pieza del expediente).

Los representantes de la Defensa Pública, para abonar su solicitud, anexaron escrito acusatorio y las siguientes notas periodísticas (en copias fotostáticas) obtenidas por consultas:

1. “Guanareños enardecidos causaron destrozos en la capital para exigir justicia”, Diario “El Regional”, titular de la página principal, de fecha martes 6 de diciembre de 2011.
2. “Gobernador pide a Guanare mayor compostura y tener confianza en que se hará justicia firme”, Periódico “De Occidente”, titular de la página principal, del martes 6 de diciembre de 2011.
3. “Con acciones de calle los guanareños pidieron justicia”, Diario “El Regional”, página 3, de fecha martes 6 de diciembre de 2011.
4. “Pido a Guanare la mayor compostura y confianza en cuerpos de seguridad y tribunales de justicia”, Periódico “De Occidente”, página 3, publicado el 6 de diciembre de 2011.
5. “Hay que darle un voto de confianza al Poder Judicial”, publicada en el diario “Última Hora”, página principal, en fecha 6 de diciembre de 2011.
6. “Guanare exige castigo ejemplar...”, Diario “Última Hora”, página 47, del 6 de diciembre de 2011.
7. “Destrozos en Palacio de Justicia por suspensión de audiencia de 5 imputados en muerte de menor”, Periódico “De Occidente”, página principal, de fecha 6 de diciembre de 2011.
8. “Guanare exige castigo ejemplar para asesinos del niño de 5 años”, Diario “Última Hora”, página principal, del 6 de diciembre de 2011.
9. “Acusados y privados de la libertad quedarán recluidos en la Policía”, Periódico “De Occidente”, página principal, de fecha 8 de diciembre de 2011.
10. “La Rebelión de los guanareños”, Semanario Quinto Día, página 18, del 9 al 16 de diciembre de 2011.
11. “Infanticidio es producto de la degeneración social», Periódico “De Occidente», página 4, del 8 de diciembre de 2011.
12. “Madre del niño seguirá presa junto a los otros 4 sujetos”, Periódico “Última Hora”, página principal, de fecha 8 de diciembre de 2011.
13. “Madre del niño seguirá presa...”, Periódico “Última Hora”, página de sucesos, del 8 de diciembre de 2011.

14. “Alcaldes de Portuguesa fijaron posición contra actos violentos ocurridos en Guanare”, Periódico “De Occidente”, página 3, de fecha 8 de diciembre de 2011.

IV DE LOS HECHOS

Los hechos objeto de investigación, señalados por los ciudadanos SAMUEL ALFONSO ACUÑA LARA, APOLONIO JOSÉ CORDERO, DANIEL GUÉDEZ HERNÁNDEZ y GUAIDALIDA ROSSI, Fiscal Sexagésimo Primero del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Fiscal Sexto del Ministerio Público del Primer Circuito Penal de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, Fiscal Vigésimo a Nivel Nacional con Competencia Plena y Fiscal Auxiliar Vigésimo a Nivel Nacional con Competencia Plena, respectivamente, en el escrito acusatorio presentado ante el Tribunal de Control, son los siguientes:

“... quedó plenamente evidenciado que en fecha 30 de mayo de 2006 nace en la ciudad de La Asunción, en la clínica Popular Nueva Esparta, Estado Nueva Esparta el niño (identidad omitida), producto de la concepción de GELLINOT RÓCIRIT GONZÁLEZ QUEVEDO, titular de la cédula de identidad N° V-14068547 tal como consta en la partida de nacimiento inscrita en el Registro Civil del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta, bajo el N° 110, N° 102, de fecha 12/02/2008.

Consta igualmente que el niño (identidad omitida) durante los primeros años de vida estuvo bajo el cuidado y vigilancia de su madre, y estudió en el Centro de Educación Inicial ‘Papagayo’, ubicado en la Calle Gómez con calle Marcano, Porlamar, Estado Nueva Esparta, tal como consta en la copia del expediente administrativo emanado de dicho centro escolar.

Basándose en la supuesta necesidad que la ciudadana GELLINOT GONZÁLEZ tenía de una persona le (sic) le cuidara a su hijo (identidad omitida) en virtud que laboraba en el Bingo Charaima de dicha ciudad insular, trabajo que era en horario nocturno que se prolongaba hasta horas de la madrugada del día siguiente, y más aun tomando en consideración una relación amorosa, la ciudadana ANNEY MONTILLA OROPEZA, se mudó y residió desde el año (sic) 2010 con la ciudadana GELLINOT GONZÁLEZ y el niño (identidad omitida), en un inmueble ubicado en el callejón Los Pinos con calle Charaima, casa N° 17-81, Municipio Mariño, Estado Nueva Esparta, el cual estaba constituido por varias habitaciones, una de las cuales era ocupada por ellos. Este hecho está plenamente evidenciado de la inspección técnica N° 2707, de fecha 24/12/2011.

Para el período escolar 2010-2011, el niño (identidad omitida) estudiaba en el CIEI ‘Papagayo’ y para el mes de Octubre de 2010 presentaba los dedos de la mano derecha inflamados, hematomas (moretones) en brazos, espalda y rostro y de acuerdo al dicho de su maestra ciudadana Nairobi Díaz, transmitía miedo en su rostro al momento en que le era preguntado respecto a la forma y autoría de dichas lesiones. En virtud de ello, los representantes del colegio, encabezado

por las ciudadanas Yoleidi Guerra y Nairobi Díaz, citaron a la representante de (identidad omitida), su madre e imputada de autos GELLINOT GONZÁLEZ, a fin de hacerle un llamado de atención respecto al maltrato que estaba siendo objeto el niño.

De esta forma en fecha 18 de octubre de 2010 se hace la reunión respectiva y adujo llorando la imputada GELLINOT GONZÁLEZ que dichas lesiones fueron producidas por su concubino, de nacionalidad árabe, cuando en realidad dichas lesiones les era proferida por la imputada ANNEY MONTILLA, quien era pareja de GELLINOT GONZÁLEZ para esa época y convivía bajo el mismo techo. Informó igual que a ella también le pegaba y que lo iba a dejar para salvaguardar la vida de su hijo.

Surge del contenido de las entrevistas tomadas a los representantes del Colegio 'Papagayo' que después de esa reunión, el niño (identidad omitida) no fue llevado más al Colegio y cuando le preguntaron a su madre el motivo de las inasistencia ella consignó una constancia médica de fecha 24/11/2010 donde indicaba que el niño tenía una lesión en la mano, firmada por el Médico Liborio Ingala, Médico Cirujano y presuntamente avalado por el Seguro Social; en virtud de ello levantaron sendo informe médico que consta en las actuaciones, que fue remitido a la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Mariño, del Estado Nueva Esparta (...). Producto de la intervención del Consejo de Protección en fecha 06/04/2011 se da una reunión donde se le orienta a la imputada GELLINOT GONZÁLEZ respecto a la inasistencia del niño a clases, a lo cual adujo que no iba por motivos de salud y se firmó los compromisos de cumplimiento de las normas contenidas en los artículos 32 y 32-A de la LOPNNA, 93 y 53, ejusdem.

Observa esta Representación Conjunta del Ministerio Público que las lesiones, atentado a la integridad física, maltrato infantil, negligencia en el cuidado e incumplimiento de los deberes de vigilancia y educación por parte de la ciudadana GELLINOT GONZÁLEZ y ANNEY MONTILLA en contra del niño (identidad omitida) estaban siendo materializadas desde octubre de 2010, un año antes del desenlace final(...) Y es que las agresiones físicas no se circunscribían al niño (identidad omitida) sino que trascendían a su madre GELLINOT GONZÁLEZ, quien era observada por las compañeras de trabajo cuando llegaba con hematomas en el rostro.

Es evidente el incumplimiento por parte de la madre de la víctima del deber de cuidado, no actuó como un buen padre de familia y más aun toleró y consintió todas las lesiones que le fueron inferidas a la víctima, desde el mismo momento en que mintió ante los representantes del colegio 'Papagayo' respecto a la autoría de las mismas, y más grave aún, ante la ausencia de la denuncia respectiva y el alejar al niño de la fuente de peligro (...).

En otro orden de ideas, observa esta Representación Conjunta del Ministerio Público que se evidencia claramente que la imputada GELLINOT GONZÁLEZ llegó a la ciudad de Guanare, procedente de Porlamar, el día 23 de Noviembre de 2011, donde fue recibida por ANNEY MONTILLA y la ciudadana Eylen Alexandra Martínez Díaz, que compartió esos días hasta el 27 de Noviembre de 2011, cuando se regresó a su lugar de residencia. Encumbra al Ministerio Público que el día 26 de Noviembre de 2011, existen fotografías donde se observa claramente que el

niño (identidad omitida) compartió con ANNEY MONTILLA y GELLINOT GONZÁLEZ en un evento social donde no se le aprecian lesiones evidentes en el rostro y extremidades superiores (...) desde el 29 de noviembre de 2011, en horas de la mañana hasta el día 01 de Diciembre de 2011, en horas de la mañana, se suceden una serie de hechos en el inmueble de la imputada ubicada en Urbanización José Antonio Páez, vereda 14, cada N° 12, Guanare, Estado Portuguesa, Estado Portuguesa, donde se encontraba acompañándola el niño (identidad omitida) consistentes en maltrato, lesiones en diversas partes del cuerpo, abuso sexual, quemaduras, extracciones de piezas dentales, golpes, puntadas, arañazos, que le produjeron la muerte al niño (identidad omitida) el día 1 de Diciembre de 2011, a las 05:00 horas de la tarde aproximadamente (...).

Analizando en conjunto el resultado de las tres experticias (...) podemos concluir que la imputada ANNEY MONTILLA entre los días 29 de Noviembre de 2011 al 1 de Diciembre de 2011, abusó sexual y violentamente con un instrumento que mide entre 12 y 13 centímetros de largo con una base amplia entre 28 y 30 centímetros, que le causó obstrucción intestinal y las esquimosis que se observaron en el cadáver en el área rectal; que en el momento en que realizaba este acto horrendo la imputada ANNEY MONTILLA mordió con sus dientes a la víctima en la espalda y en el brazo izquierdo y que también lo sujetó fuertemente con sus manos causándole hematomas en la parte anterior del cuello (...).

Colige esta representación fiscal que los hechos que comenzaron como maltrato y lesiones, continuo en esos días con un acto sexual violento, por parte de la imputada ANNEY MONTILLA contra la víctima, que era un niño de apenas cinco (05) años de edad, que no se podía defender y que era víctima de maltrato físico y verbal durante más de un (1) año que lo hacía más vulnerable a su cuidadora...". (Folios 102 y siguientes de la sexta pieza del expediente).

IV

EXAMEN DE LA SOLICITUD DE RADICACIÓN

En el caso de la solicitud de Radicación, la Sala de Casación Penal debe primeramente examinar las condiciones de procedencia establecidas en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal; de los cuales es posible distinguir dos motivos de procedencia que no son concurrentes, a saber:

1. Delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público.
2. Cuando el proceso se paralice indefinidamente después de presentada la acusación por el Fiscal o por la Fiscalía del Ministerio Público, bien sea por recusación, inhibición o excusa de los jueces y las juezas titulares y de sus suplentes y conjueces o conjuezas respectivos.

La pretensión de naturaleza radicatoria estriba en substraer el conocimiento del juicio penal al tribunal que le corresponde, de conformidad con el principio del "*forum delicti commissi*", dispuesto en el artículo 57 del Código Orgánico Procesal

Penal, para atribuirlo a un tribunal diferente de igual categoría pero de otro Circuito Judicial Penal.

Precisamente, en el caso bajo estudio, se evidencia que los Defensores de la Unidad Autónoma de la Defensa Pública Penal de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa, en su solicitud de radicación, señalaron la gravedad de los delitos y que su perpetración ha causado alarma, sensación o escándalo público en el estado Portuguesa, específicamente en la ciudad de Guanare.

En el caso *sub iudice*, la Sala juzga la comisión de delitos graves determinado no sólo por su entidad, sino también por quienes son las presuntas autoras involucradas en tales hechos; considerando a la ciudadana acusada GELLINOT ROCIRIT GONZÁLEZ QUEVEDO, en su condición de madre de la víctima como autora en comisión por omisión, de los delitos de ABUSO SEXUAL, TRATO CRUEL, HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL Y LESIONES GRAVES, tipificados en los artículos 259 y 254 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; 405 y 415 del Código Penal en relación con el artículo 86 *eiusdem* y 217 de la citada Ley Especial. Y a la ciudadana acusada ANNEY MONTILLA OROPEZA, como autora material de estos delitos, en perjuicio de un menor, cuya identidad se omite según lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

De igual forma, tal y como lo indicó la Defensa Pública en su solicitud los hechos objeto de la misma “... *causaron gran conmoción en la colectividad portuguesa y se inician serie de manifestaciones, vigiliyas y actos de alteración del orden público en la ciudad de Guanare, Estado Portuguesa, lugar de los hechos, en repudio a tales hechos que dejaban como víctima a un infante de apenas 05 años de edad (...) tal fue la afectación de la colectividad que se registraron disturbios y olas de saqueos a comercios así como destrozos a inmuebles, casa de habitación y residencia de los imputados, así como a las instalaciones del palacio de justicia de Guanare, estado Portuguesa, exigiendo justicia y la imposición anticipada de castigo a toda costa...*”. (Folio 97 de la sexta pieza del expediente).

En tal sentido, cabe citar la decisión de la Sala de Casación Penal N° 582 del 20 de diciembre de 2006, mediante la cual definió las circunstancias que deben observarse para considerar la gravedad del delito y la radicación de las causas; en los términos siguientes:

“...Respecto a la gravedad del delito es importante señalar que muchos doctrinarios han relacionado el carácter grave de los delitos con penas mas severas. No obstante, esto es que **la gravedad del delito va a depender del perjuicio o daño ocasionado a la colectividad o al individuo (...)** teniendo en cuenta factores tan diversos como **la condición del agresor y del agredido, las relaciones existentes entre ellos, la edad de uno y del otro, las funciones que**

respectivamente desempeñan en la sociedad de que forman parte, los medios utilizados por el delincuente y la forma de cometer el hecho(...) Por consiguiente, las diversas repercusiones del delito son lo que en definitiva incide (...) en la buena marcha de la administración de justicia y en el seno de la comunidad a la cual alcanza su influencia...”. (Subrayado y resaltado de la Sala de Casación Penal).

En razón de lo anterior, la Sala de Casación Penal constató las reseñas periodísticas que se anexan a la solicitud de radicación, publicadas en diferentes diarios de circulación regional, así como en sus respectivas direcciones electrónicas, a saber:

1. “Guanareños enardecidos causaron destrozos en la capital para exigir justicia”, Diario “El Regional”, titular de la página principal, de fecha martes 6 de diciembre de 2011.
2. “Gobernador pide a Guanare mayor compostura y tener confianza en que se hará justicia firme”, Periódico “De Occidente”, titular de la página principal, del martes 6 de diciembre de 2011.
3. “Con acciones de calle los guanareños pidieron justicia”, Diario “El Regional”, página 3, de fecha martes 6 de diciembre de 2011.
4. “Pido a Guanare la mayor compostura y confianza en cuerpos de seguridad y tribunales de justicia”, Periódico “De Occidente”, página 3, publicado el 6 de diciembre de 2011.
5. “Hay que darle un voto de confianza al Poder Judicial”, publicada en el diario “Última Hora”, página principal, en fecha 6 de diciembre de 2011.
6. “Guanare exige castigo ejemplar...”, Diario “Última Hora”, página 47, del 6 de diciembre de 2011.
7. “Destrozos en Palacio de Justicia por suspensión de audiencia de 5 imputados en muerte de menor”, Periódico “De Occidente”, página principal, de fecha 6 de diciembre de 2011.
8. “Guanare exige castigo ejemplar para asesinos del niño de 5 años”, Diario “Última Hora”, página principal, del 6 de diciembre de 2011.
9. “Acusados y privados de la libertad quedarán recluidos en la Policía”, Periódico “De Occidente”, página principal, de fecha 8 de diciembre de 2011.
10. “La Rebelión de los guanareños”, Semanario Quinto Día, página 18, del 9 al 16 de diciembre de 2011.
11. “Infanticidio es producto de la degeneración social», Periódico “De Occidente», página 4, del 8 de diciembre de 2011.
12. “Madre del niño seguirá presa junto a los otros 4 sujetos”, Periódico “Última Hora”, página principal, de fecha 8 de diciembre de 2011.

13. “Madre del niño seguirá presa...”, Periódico “Última Hora”, página de sucesos, del 8 de diciembre de 2011.
14. “Alcaldes de Portuguesa fijaron posición contra actos violentos ocurridos en Guanare”, Periódico “De Occidente”, página 3, de fecha 8 de diciembre de 2011.

Los titulares de los medios de comunicación mencionados, así como la gravedad de los delitos, suponen una circunstancia que han creado alarma, conmoción en la población de Guanare del estado Portuguesa, lo cual pudiera desvirtuar el curso normal del proceso penal seguido contra las ciudadanas acusadas VALENTINA DEL CARMEN OROPEZA DE MONTILLA, ANNEY DEL CARMEN MONTILLA OROPEZA y GELLINOT ROCIRIT GONZÁLEZ QUEVEDO, quienes a través de su Defensa han requerido de la Sala la radicación del juicio oral y público -pendiente por realizarse- ante un eventual e inminente desequilibrio en la administración de justicia penal del estado Portuguesa, más aún cuando los hechos ocurridos, según lo reflejan los diferentes medios de comunicación y el escrito acusatorio, fueron cometidos de forma tan cruel y grotesca en detrimento de la vida de un niño de cinco (05) años, quien fuera un sujeto de derechos y en torno a quien existe un papel fundamental de la familia en el cuidado, protección y crianza del mismo.

Importante es destacar, que en relación con el requisito de procedencia del escándalo público, la Sala ha dicho lo siguiente: “...*está determinado por varios elementos: la naturaleza del delito, la gravedad del daño, las características de su comisión, la alarma que ese caso en sí mismo hubiere provocado, por los sujetos activos y pasivos del delito...*”. (Vid. Sentencia N° 228 del 2 de julio de 2010).

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal considera que en el caso bajo análisis, se configura el primero de los supuestos indicados *supra*; pues los delitos son graves y los hechos son de tanta trascendencia pública y notoria que han causado alarma, escándalo público en la colectividad de Guanare del estado Portuguesa, sobre la base de una tutela judicial efectiva y oportuna. Recientemente, la Sala en cuanto a la Radicación de una causa penal ha dicho lo siguiente: “... *es una excepción al principio de competencia territorial y para que proceda, debe darse por lo menos, uno de los supuestos establecidos en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal. De la misma forma, ha sido reiterado el criterio de la Sala de que la alarma o escándalo público debe ser tal, que influya injustamente en el proceso valorativo del juez que va a dictar el fallo...*”. (Vid. Sentencia N° 1 del 18 de enero de 2012).

Por las consideraciones precedentes y con el propósito de resguardar la seguridad e integridad de todas las partes involucradas, la tutela judicial efectiva como

máxima garantía constitucional, la transparencia judicial, la imparcialidad de los jueces y el respeto a las garantías constitucionales y legales inherentes al proceso penal; en atención a lo consagrado en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, esta Sala de Casación Penal considera procedente declarar **HA LUGAR** la petición de **RADICACIÓN DE LA CAUSA** propuesta por los ciudadanos YARITZA DEL PILAR RIVAS, FRANCISCO BARRIOS y YAMILE KATIB, actuando en su carácter de Defensores Públicos Primera, Segundo (s) y Cuarta (s) de la Unidad Autónoma de la Defensa Pública Penal de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa respectivamente, al Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas a los fines de su pronta distribución y continuación del proceso. Así se decide.

V DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, dicta los pronunciamientos siguientes:

- 1) Declara **HA LUGAR** la solicitud de radicación propuesta por los ciudadanos YARITZA DEL PILAR RIVAS, FRANCISCO BARRIOS y YAMILE KATIB, actuando en su carácter de Defensores Públicos Primera, Segundo (s) y Cuarta (s) de la Unidad Autónoma de la Defensa Pública Penal de la Circunscripción Judicial del estado Portuguesa respectivamente.
- 2) Ordena la remisión inmediata de la causa seguida contra las ciudadanas VALENTINA DEL CARMEN OROPEZA DE MONTILLA, ANNEY DEL CARMEN MONTILLA OROPEZA y GELLINOT ROCIRIT GONZÁLEZ QUEVEDO y otros, ante el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Portuguesa, a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, a los fines de su pronta distribución.
- 3) Remítase copia certificada de la presente decisión a la Presidencia del Circuito Judicial Penal del estado Portuguesa.

Publíquese, regístrese y ofíciase lo conducente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas, a los días del mes de **DOCE** de **ABRIL** dos mil doce. Años 201° de la Independencia y 153° de la Federación.

La Magistrada Presidenta,
Ninoska Beatriz Queipo Birceño
Ponente

La Magistrada Vicepresidenta,
Deyanira Nieves Bastidas

Los Magistrados,

Blanca Rosa Mármol de León

Héctor Coronado Flores

Paúl José Aponte Rueda

La Secretaria,
Gladys Hernández González

Exp. 12-065.
NBQB/.



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Exp N° RAD11-112
Caracas, 28 de abril de 2011, 201° y 152°
Magistrada Ponente: DEYANIRA NIEVES BASTIDAS

El 23 de marzo de 2011, el ciudadano abogado Carlos Enrique Macero Núñez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado, bajo el N° 66.968, actuando como defensor privado del ciudadano acusado **PEDRO GONZALO GUERRERO CADAVID**, venezolano, titular de la cédula de identidad N° 10.145.449, presentaron ante la Secretaría de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, una solicitud de **RADICACIÓN** en el proceso seguido contra el prenombrado ciudadano, por el delito de **HOMICIDIO CALIFICADO**, tipificado en el artículo 406 del Código Penal, que cursa ante el Juzgado Décimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del estado Táchira.

El 28 de marzo de 2011, se dio cuenta en Sala de Casación Penal de la solicitud interpuesta y se designó ponente a la Magistrada Doctora **DEYANIRA NIEVES BASTIDAS**, quien con tal carácter, suscribe la presente decisión.

EXAMEN DE LA SOLICITUD

El solicitante planteó la radicación en los términos siguientes: “(...) Ciudadanos Magistrados, el día 22 de enero de 2011, se produjo en la Ciudad de San Cristóbal, un escabroso hecho criminal, el cual tuvo como resultado la muerte de dos personas del sexo femenino, quienes en vida respondieran al nombre de **ÉRIKA DE LA CONSOLACIÓN RIVERA DE GUERRERO Y (IDENTIDAD OMITIDA)**, madre e hija respectivamente, las cuales fueron ultimadas en su residencia, establecida en la Avenida Fortunato Gómez, Residencias La Alameda, Torre 2, Piso 4, Apartamento N° 44, de esta Ciudad de San Cristóbal, estado Táchira.

Desde un primer momento que se supo la noticia, nuestra sociedad se escandalizó ya que no sólo el hecho de la muerte de estas dos personas generó el mayor repudio y rechazo social, al tratarse de una dama y su menor hija, sino que también, desde un primer momento se pensó en el esposo de aquella; el abogado PEDRO GONZALO GUERRERO CADAVID; como el autor y responsable de dichas muertes. Todo ello en razón de ser éste la última persona que al parecer vio con vida a las hoy occisas, motivo por el cual desde el propio lugar de relación criminal, fue inmediatamente trasladado hasta la sede policial, lugar donde luego de rendir entrevista, fue solicitada por razones de urgencia su detención.

Esta noticia fue conocida a través de los medios de comunicación social, regionales y nacionales, audiovisuales, radiales y escritos, significando particularmente el contenido del Diario La Nación, quien tituló: 'HAYAN MUERTAS A MADRE E HIJA EN SU APARTAMENTO' (Anexo marcado '1', ejemplar del Diario La Nación. Domingo 23 de enero de 2011 Edición N° 14.870, Cuerpo 'C', Página de Sucesos).

Ciudadanos Magistrados, si bien es cierto, necesario es para los medios de comunicación social la difusión de especies noticiosas de esta índole, pues como hecho noticioso debe conocerse y ser informado al colectivo tachirense, es evidente que tanto la permanente e intensa campaña mediática sobre la autoría y culpabilidad adjudicada a priori a mi Mandante, con ocasión a este suceso tan atroz como lo es el delito que se le atribuye; aunado a la predisposición existente debido a las campañas ejercidas a través de las redes sociales (FACEBOOK y TWITTER) por las víctimas, amigos y otros allegados; crean sin duda contra mi Defendido, una sólida matriz de opinión social y una predisposición natural de las personas hacia él, respecto del hecho en el que se le incrimina, pues muchas de estas personas, desconocen los aspectos técnicos de la investigación que arrojan resultados favorables para su defensa, haciendo que la potencial defensa que pudiera llegar a tener mi Mandante, se desvanezca ante el estigma o etiqueta que ya posee(...)

Tal aserción se evidencia de los sucesivos textos de prensa publicados con posterioridad al hecho y que de una u otra forma han generado matriz de opinión en nuestra colectividad, entre los cuales destacan los siguientes:

- Diario La Nación, de fecha 24/01/2011, quien tituló: 'ABOGADO ASFIXIÓ A SU ESPOSA Y SU HIJA Y LUEGO SE FUE ATRABAJAR A LA FRONTERA'. (Anexo marcado '2', ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.871, Cuerpo 'B', Página de Sucesos).

- Diario La Nación, de fecha 25/01/2011, quien tituló: 'ULTIMÓ EL ABOGADO A SU ESPOSA Y A SU HIJA EL DÍA EN QUE CUMPLÍAN CINCO AÑOS DE SU BODA'. (Anexo marcado '3', ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.872, Cuerpo 'B', Página de Sucesos).

• *Diario La Nación, de fecha 26/01/2011, quien tituló: 'RECLUIDO EN LA CÁRCEL ASESINO DE SU ESPOSA E HIJA'. (Anexo marcado '4', ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.873, Cuerpo «B», Página de Sucesos).*

• *Diario La Nación, de fecha 03/02/2011, quien tituló: 'DETERMINARAN CON PRUEBAS DE ADN RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO'. (Anexo marcado '5' ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.883, Cuerpo 'C', Página de Sucesos).*

• *Diario La Nación, de fecha 24/02/2011, quien tituló: 'ESPERA AÚN LA FISCALÍA RESULTADOS DE ADN PARA JUICIO POR ASESINATOS EN LA ALAMEDA'. (Anexo marcado '6', ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.902, Cuerpo 'C', Página de Sucesos).*

• *Diario La Nación, de fecha 27/02/2011, quien tituló: 'CLAMARON JUSTICIA POR CRIMEN DE ÉRIKA Y SU HIJA'. (Anexo marcado '7', ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.905, Cuerpo 'C', Página de Sucesos).*

• *Diario La Nación, de fecha 05/03/2011, quien tituló: 'A TRIBUNALES EL PRÓXIMO MIÉRCOLES CASO DEL CRIMEN DE LA ALAMEDA'. (Anexo marcado '8', ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.911, Cuerpo 'C', Página de Sucesos).*

• *Diario La Nación, de fecha 12/03/2011, quien tituló: 'ACUSA LA FISCALÍA DE HOMICIDIO CALIFICADO AL IMPUTADO POR CRÍMENES EN LA ALAMEDA'. (Anexo marcado '9', ejemplar del Diario La Nación. Edición N° 14.918, Cuerpo 'C', Página de Sucesos).*

En tal sentido, si bien no se debe obstaculizar la libertad de prensa, tampoco puede permitirse que a través de ella se adelanten criterios o se establezcan hipótesis que puedan influir en quienes habrán de juzgar (Jueces-Escabinos), pues estos como componentes de la sociedad, se pueden ver influidos en uno u otro sentido para absolver o condenar al acusado, con base o sujeción a las noticias y no en función de su convicción o razonamiento.

Ciudadanos Magistrados, de igual forma a través de las conocidas redes sociales de Facebook y Twitter, se han producido un sin número de mensajes que llevan implícito el dolor y la indignación de las víctimas, sus familiares y amigos; lo cual resulta perfectamente comprensible; pero la gravedad de esto, es que como siempre el fenómeno social de la transmisión de información, lleva implícito el efecto de la tergiversación, mediante lo cual en el presente caso, se han hecho una serie de graves señalamientos, tanto hacia mi defendido y su grupo familiar, como al propio Sistema de Justicia, tildándolo de Monstruo, Bestia, Homosexual y Satánico, entre otros, exigiendo su muerte como forma de justicia y haciendo también una especie de control social mal entendido, mediante el cual instan a los

jueces a que no se vayan a dejar sobornar y que apliquen todo el peso de la ley (...)”.

Asimismo, continuaron expresando en su escrito lo siguiente: “(...) **PLANTEAMIENTO DE DERECHO**

Ciudadanos Magistrados, la justificación del presente escrito descansa en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual señala que el Tribunal Supremo de Justicia, podrá ordenar la Radicación de un juicio cuando las partes lo soliciten y por las causales allí contempladas (...)

Así mismo establece la procedencia de la radicación en los casos siguientes: 1) Delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público (...)

Ciudadanos Magistrados, formulo la presente solicitud de radicación sobre la base del indicado primer supuesto, ya que el delito atribuido a mi defendido, evidentemente causó y está causando notoria sensación y escándalo en el estado Táchira; todo lo que ha acontecido con posterioridad al hecho, ha sido motivo de igual sensación que el hecho mismo; que en el trámite del proceso se han presentado graves circunstancias que han hecho y harán variar la imparcialidad debida a mi Mandante, considerando igualmente que el Derecho de Presunción de Inocencia del Acusado, se ve soslayado a través de una campaña mediática y de redes sociales, destinadas a crear una matriz de opinión de culpabilidad y que tales campañas mediáticas y social constituyen un hecho notorio comunicacional al que no escapa ningún ciudadano de esta región.

En el presente caso fundamento la solicitud de radicación en que los hechos (Doble Homicidio), no solo causó alarma, sensación y escándalo público, sino que además, existen elementos accesorios que sin duda alguna van a perturbar (...) la función de juzgar con imparcialidad (...)”.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El artículo 29, numeral 3 de la reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, (Gaceta Oficial N° 39.522, publicada el 1° de octubre de 2010), dispone que la Sala de Casación Penal está facultada para: “*Conocer de las solicitudes de radicación de juicio*”.

Por su parte, el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, dispone que: “*En los casos de delitos graves, cuya perpetración cause alarma, sensación o escándalo público, o cuando por recusación, inhibición o excusa de los Jueces titulares y de sus suplentes y conjueces respectivos, el proceso se paralice indefinidamente, después de presentada la acusación*

por el fiscal, el Tribunal Supremo de Justicia, a solicitud de cualquiera de las partes, podrá ordenar, en auto razonado, que el juicio se radique en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial que señalará. Dicha decisión deberá dictarla dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud". (Subrayado de la Sala).

De acuerdo con lo establecido en los artículos citados precedentemente, se desprende que la Sala de Casación Penal es la competente para radicar un juicio penal en otra jurisdicción penal, siempre y cuando se hayan dado algunas de las circunstancias siguientes: a) delitos graves cuya perpetración hubiere causado alarma, sensación o escándalo público o b) paralización indefinida de la causa, luego de presentada la acusación por el fiscal, o bien por recusación, inhibición o excusa de los jueces, titulares, suplentes y conjueces. En el caso que suceda cualquiera de dichos supuestos y siempre que el Ministerio Público haya presentado acusación, el Tribunal Supremo de Justicia podrá ordenar, a petición de cualquiera de las partes, mediante auto razonado, la radicación de la causa en un Circuito Judicial Penal de otra Circunscripción Judicial.

De la lectura del escrito, se desprende que el solicitante señala que se ha presentado concurrentemente uno de los supuestos que contrae el artículo 63 del texto adjetivo penal, toda vez que, la presente causa ha generado escándalo y alarma en los habitantes del estado Táchira, pues el hecho recayó sobre el cónyuge y padre biológico de las víctimas, ciudadanas Érika de la Consolación Rivera de Guerrero y Angélica Pierina Guerrero Rivera, bajo la figura del Homicidio Calificado, acto éste considerado como abominable y grave, por parte de los ciudadanos que habitan en la región, y cuya magnitud ha sido de gran cobertura por la prensa regional de esa entidad, específicamente por el diario "La Nación", así como por redes sociales de Internet (Facebook y Twitter), las cuales en criterio del solicitante, crean una matriz de opinión negativa que influye en los órganos administradores de justicia.

Ahora bien, en cuanto al alegato presentado por el solicitante, relacionado a la alarma, sensación y escándalo público que generó el fallecimiento de las precitadas víctimas (madre e hija), la Sala estima que un hecho criminal de esa magnitud, siempre ha de causar conmoción en la comunidad donde acontece, por lo que tal cobertura siempre es propia de los medios de comunicación, aunado a que la información es un derecho constitucional consagrado en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, la Sala de Casación Penal ha establecido la definición de alarma como: "*(...) el escándalo y alarma conforme los extremos de ley, es aquel entendido como causa de inquietud, susto, sensación, emoción por un peligro real más allá de una amenaza, que efectivamente oprima y afecte sustancialmente a las partes en litigio, al proceso en sí mismo y a las*

garantías que en este orden deben resguardarse (...)” (Sentencia N° 663, del 9 de diciembre de 2008).

Asimismo, se debe indicar que para determinar la gravedad del delito, deben tomarse en cuenta todas las circunstancias que rodean al injusto. Sobre el particular, la Sala de Casación Penal, en sentencia N° 582, del 20 de diciembre de 2006, decidió: “(...) *Respecto a la gravedad del delito es importante señalar que muchos doctrinarios han relacionado el carácter grave de los delitos con las penas más severas. No obstante, ha sido jurisprudencia reiterada, el criterio sostenido por la hoy extinta Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la expresión ‘delitos graves’ debe ser interpretada de una manera más lata y general y no tan restringida. Esto es, que la gravedad del delito va a depender del perjuicio o daño ocasionado a la colectividad o al individuo ‘(...) teniendo en cuenta factores tan diversos como la condición del agresor y del agredido, las relaciones existentes entre ellos, la edad de uno y del otro, las funciones que respectivamente desempeñan en la sociedad de que forman parte, los medios utilizados por el delincuente y la forma de cometer el hecho, más las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad (...)’ (GF Nro. 55, p. 75).*

De manera que, aceptar la interpretación restringida de la expresión ‘delitos graves’, hace nugatoria la procedencia del instituto procesal de la radicación, en aquellos juicios seguidos por delitos con un quantum no elevado de pena, atentando flagrantemente contra los fines de la radicación (excluir influencias extrañas a la verdad procesal y a la recta aplicación de la Ley en los juicios penales) y contra el deber del Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Por consiguiente, las adversas repercusiones del delito son lo que, en definitiva, incide ‘(...) en la buena marcha de la administración de justicia y en el seno de la comunidad a la cual alcanza su influencia (...)’ y lo que explica y justifica la radicación de un juicio (GF Nro. 55, p. 75) (...)”.

De lo expuesto se evidencia que el planteamiento del solicitante no se subsume en los supuestos taxativos establecidos en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, en virtud de que las reseñas periodísticas del caso, no demuestran una inherencia cierta en la objetividad del sentenciador, ni suficiente para influir en la transparencia del Poder Judicial, por cuanto la generalidad de los delitos son de interés público, y la noticia que se refiera a la supuesta comisión de los delitos contra las personas, genera un interés periodístico sobre las investigaciones y resultados del proceso penal, situación esta que no puede ser determinante del escándalo y alarma que se requiere conforme los extremos de

ley. La actividad periodística es característica de la función social que implica el derecho a ser informado veraz y oportunamente sobre los acontecimientos de índole local, regional, nacional o internacional.

En tal sentido, la Sala de Casación Penal, en reiterada jurisprudencia ha establecido que: “(...) *la radicación en un juicio no debe ser utilizado de manera discrecional, deben existir circunstancias claras y precisas establecidas en la ley para que la misma pueda proceder, ya que separar del conocimiento de la causa al juez que le corresponde, bien sea por el territorio o por la materia, es decir, al juez natural del imputado, sin concurrir los supuestos que contempla el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, sería una violación flagrante al principio del juez natural y a la garantía Constitucional al debido proceso, consagrada en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)*”. (Sentencia N° 587 del 20 de noviembre de 2009).

En consecuencia, la Sala de Casación Penal, al no encontrar llenos los extremos exigidos en el artículo 63 del Código Orgánico Procesal Penal, considera improcedente la solicitud de radicación del juicio seguido al ciudadano acusado **PEDRO GONZALO GUERRERO CADAVID**. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia, en nombre de la República, por autoridad de la Ley, **DECLARA SIN LUGAR LA SOLICITUD DE RADICACIÓN** de juicio propuesta por el defensor privado del ciudadano acusado **PEDRO GONZALO GUERRERO CADAVID**.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente. Oficiese lo conducente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas, a los veinte y ocho (28) días del mes de Abril de 2011. Años 201° de la Independencia y 152° de la Federación.

La Magistrada Presidenta,
Ninoska Beatriz Queipo Briceño

La Magistrada Vicepresidenta,
Deyanira Nieves Bastidas
Ponente

Los Magistrados,

Blanca Rosa Mármol de León

Eladio Ramón Aponte Aponte

Héctor Manuel Coronado Flores

La Secretaria,
Gladys Hernández González

DNB/eams.
RAD11-112.

La Magistrada Dra. Blanca Rosa Mármol de León no firmó la sentencia,
por ausencia justificada.

La Secretaria,
Gladys Hernández González



ÍNDICE ACUMULADO

ARTÍCULOS

CONFERENCIAS

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

RESEÑA LEGISLATIVA

CRÓNICA JURÍDICA

SECCIÓN MONOGRÁFICA

LEGISLACIÓN

NACIONAL
INTERNACIONAL

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS
SENTENCIAS

RECENSIÓN

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA
ESPECIALIZADA

AGUILAR TORRES, Jorge.

- El ejercicio de los derechos políticos de los accionistas a través de medios electrónicos en las sociedades anónimas no cotizadas en España. **10**, (2008-2009), 75-91.

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.

- El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 121-145

ALVÁREZ CABRERA, Carlos.

- Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar.

- El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 171-181.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

- Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 117-131
- La democracia electrónica: buscando nuevos medios para la participación. **12**, (2011), 127-145

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo.

- Derecho y tecnología de protección de las obras en formato electrónico. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 203-227.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.

- La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **2**, (Enero/Junio 2003), 131-150.

- La protección al consumidor en el comercio electrónico. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 53-71.

- La alternativa de la conciliación por vía electrónica en los conflictos de consumo. **14**, (2013), 37-53

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

- Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela. **1**, (2002), 111-128.

- Los aportes en ciencia, tecnología e innovación en Venezuela. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 89-116.

- Normativa respecto de las declaraciones de impuestos nacionales por Internet en Venezuela. **11**, (2010), 97-105.

BARZALLO, José Luis.

- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel .

- La defensa de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad en Internet. **14**, (2013), 55-98

BUITRAGO RODRÍGUEZ, Mariana

- La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el Derecho venezolano. **10**, (2008-2009), 93-109

- La electrificación en las sesiones del sistema de mercado bursátil en el Derecho venezolano. **13**, (2012), 87-105

CÁRDENAS, Gilberto.

- Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 93-110.

- CONTRERAS ZAMBRANO, Josué.
- Manuel. Valoración probatoria del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano. **13**, (2012), 27-46
- CREMADES, Javier y SANMARTIN, Javier.
- España: La nueva Ley General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 7-16.
- CUADRADO GAMARRA, Nuria.
- Los Códigos tipo en la legislación española. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 73-90.
- CHACÓN GÓMEZ, Nayibe.
- La perspectiva electrónica de los títulos valores: desmaterialización del título valor, **10**, (2008-2009), 133-155.
- CHIQUITO, Andreina.
- El cheque electrónico en la legislación venezolana. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 69-88.
- DE LA VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara.
- Las nuevas tecnologías en la publicidad del concurso de acreedores. **11**, (2010), 107-130.
 - La mediación por medios electrónicos en la Ley española de mediación de asuntos civiles y mercantiles. **13**, (2012), 133-157
- DELPIAZZO, Carlos E.
- La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 95-111.
 - Aspectos de la contratación pública electrónica. **11**, (2010), 11-31
- FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio.
- Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 11-25.
- GALINDO, Fernando.
- Democracia electrónica, Internet y gobernanza, **12**, (2011), 109-125
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando y GARCÍA PÉREZ, Rafael.
- La tensión entre las restricciones a la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información y los derechos fundamentales y libertades públicas. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 151-165.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa.
- "La inquebrantabilidad del principio de la unicidad en la junta general electrónica". **8**, (Enero/Diciembre 2006), 27-47.
- GARRO, Alejandro M., PERALES VISCASILLAS, Pilar y PÉREZ PEREIRA, María.
- Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC), **5**, (Julio/Diciembre 2004), 17-40
- GÓMEZ CORDOBA, Ana Isabel y Nelson REMOLINAANGARITA.
- Los sistemas de identificación biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales. **12**, (2011), 69-108
- GRAHAM., James A.
- *La Uniform Dispute Resolution Policy*: Una tentativa de calificación. **2**, (Enero/Junio 2003), 151-159.
- GUISADO MORENO, Ángela.
- La unificación del Derecho contractual europeo en la Era de la Información: movimientos e instrumentos unificadores. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 133-158.
- HERNÁNDEZ, Juan Carlos.
- La protección de datos personales en internet y los derechos funda-

- mentales: El Habeas Data. **13**, (2012), 61-85
- HERRERABRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquilar sin despellejar? **2**, (Enero/Junio 2003), 21-41.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael.
- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. **1**, (2002), 9-23.
 - La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores y la dogmática contractual electrónica. **9**, Enero/Diciembre 2007), 11-26.
- INOSTROZA SÁEZ, Mauricio
- El convenio arbitral electrónico en la Ley de arbitraje española y los textos de Derecho uniforme. **12**, (2011), 53-67
- IRIARTEAHON, Erick.
- Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. **2**, (Enero/Junio 2003), 103-129.
- JELEZTCHEVA, María y RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa
- Los contratos electrónicos. **11**, (2010), 159-188.
- LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-learning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.
- LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.
 - El uso de la marca en Second Life. **10**, (2008-2009), 7-43
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David
- La autorregulación de la publicidad relativa a apuestas y juegos virtuales: una aproximación desde la perspectiva española. **12**, (2011), 147-185
 - Los deberes precontractuales de información en el ámbito de las transacciones virtuales: a propósito del principio de la buena fe. **13**, (2012), 107-131
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David y BARRIO, Fernando.
- Los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico en el espacio europeo. Los casos de Alemania, España e Italia. **11**, (2010), 33-68.
- LÓPEZ ZAMORA, Paula.
- Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005, 11-25.
- MACHTA CHENDI, Zulay.
- El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 41-80
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia
- La internacionalización del consumo: el consumidor electrónico y la realidad venezolana. **12**, (2011), 7-51
- MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia.
- Derechos de sociedades y Nuevas Tecnologías: aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español. **10**, (2008-2009), 45-74
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILÁ, Josep Luis.
- Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo. **1**, (2002), 53-71.

- MATA, Miguel Ángel.
- La protección al consumidor en la contratación a distancia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 73-94.
- MATTUTAT MUÑOZ, Marjorie.
- La electrificación del procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela. **10**, (2008-2009), 111-131
- MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith.
- Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano. **10**, (2008-2009), 157-177
- OLIVER LALANA, A. Daniel.
- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
 - Internet como fuente de información accesible al público: pensando el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 49-72.
- PANIZA FULLANA, Antonia.
- Análisis jurídico de los *spyware*, *web bugs* y *mail bugs*. (Su problemática utilización en la protección de los derechos de autor). **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 91-113.
 - E-consumidores: aspectos problemáticos en la normativa española. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 51-68
- PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar.
- Sobre la perfección del contrato en España: el “popurrí” de los “nuevos” artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. **2**, (Enero/Junio 2003), 7-19.
 - ¿Forma *escrita* del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 27-49
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.
- Reflexiones sobre la contratación informática. **4**, (Enero/Julio 2004), 11-21
- PÉREZ PEREIRA, María.
- Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos. **1**, (2002), 33-51.
- PLAZA SOLER, Juan Carlos.
- Los correos electrónicos comerciales no solicitados en el Derecho español, europeo y estadounidense. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 73-98.
- PONCE HEINSOHN, Ivonne
- Intervención notarial en la contratación electrónica: Especial referencia a la incorporación del documento público electrónico en el ordenamiento jurídico español y chileno. **11**, (2010), 131-157.
- QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo.
- “El régimen de propiedad intelectual del profesorado universitario en España y su relación con los sistemas Open Access”. **6-7**, (Enero/Diciembre) 2005, 183-202.
- RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola.
- El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. **2**, (Enero/Junio 2003), 61-80
- REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos.
- Las Bases de Datos de Perfiles de ADN y su (des) Protección en Europa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 147-157
- RICO CARRILLO, Mariliana.
- Firmas electrónicas y criptografía. **2**, (Enero/Junio 2003), 81-101.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa
- La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red. **11**, (2010), 69-96
- RODRÍGUEZ, Gladys Stella.
- Principios jurídicos del contrato electrónico en el marco del comer-

- cio B2B: especial referencia a las PYMES de los países en el desarrollo. **14**, (2013), 11-36.
- SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.
- La Directiva europea sobre comercio electrónico. **1**, (2002), 73-91.
- SALGUEIROA., José Ovidio.
- La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela. **1**, (2002), 25-32.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús.
- Monopolio y competencia en el Derecho comunitario europeo de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 129-146.
- SANTANDER RENGIFO, Antonio.
- Una nueva vieja propuesta: la oferta al público por internet bajo la lupa de la Doctrina del Derecho Civil. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 81-120.
- SARMIENTO, María Gabriela.
- Anteproyecto de Convención sobre la Contratación Electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 99-125.
- SEMENT VIDAL, María José.
- La protección jurídica del denominado “conocimiento libre”. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 141-170.
- SOTO, Alberto.
- Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.
- USECHE CASTRO, Yasmin Carolina.
- El dilema entre el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones del trabajador y el poder de vigilancia y control del patrono. **13**, (2012), 47-59
- VALERO TORRIJOS, Julián.
- El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración (Análisis desde la perspectiva del Derecho español). **6-7**, (Enero-Diciembre 2005), 27-51.
- VARGAS LEAL, Luis.
- Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. **4**, (Enero/Julio 2004), 23-62.
- VÁSQUEZ SÁNCHEZ, María Alejandra.
- La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho probatorio venezolano: Los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI. **13**, (2012), 9-25
- VÁZQUEZ, Víctor.
- La propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 229-245.
- WACHOWICZ, Marcos y REZENDE, Denis Alcides.
- La Tecnología de la Información y sus impactos en la propiedad intelectual. **2**, (Enero/Junio 2003), 43-59.
- YAYA NARVÁEZ, León David y CANO M., Jeimy J.
- Consideraciones legales y comerciales sobre VoIP en Colombia. **6-7**, (Enero-Diciembre 2005), 115-140.

CONFERENCIAS

- ÁLVAREZ CABRERA, Carlos S.
- Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. **4**, (Enero/Julio 2004), 93
 - La ley y la seguridad de la información: una perspectiva regional. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 261-272.
- AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- El testamento electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 193.
- ANTEQUERA, Ricardo Enrique.
- La propiedad intelectual: una herramienta de competitividad para las PYME. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 197-208.
- ARAUJO - JUÁREZ, José.
- El nuevo “modelo de regulación” de las telecomunicaciones en Venezuela. **4**, (Enero/Julio 2004), 65-91.
- ARIAS DE RINCÓN, María Inés.
- El derecho de retractarse de los consumidores y usuarios electrónicos. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 247-259.
- ARRIETA ZINGÜER, Miguel.
- Tributación e Internet. **4**, (Enero/Julio 2004), 145
- BARZALLO, José Luis.
- Derecho de autor, Internet y libre competencia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 221-245.
- BRANDT GRATEROL, Leopoldo.
- Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 165
- DÍAZ GARCÍA, Alexander.
- Desnaturalización del documento electrónico judicial con la apelación de la sentencia. El nuevo sistema penal acusatorio (El juicio oral) colombiano. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 275-301.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús.
- Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 161-175.
- ILLESCAS ORTÍZ, Rafael.
- La continuada –y, a veces, desaparecida– electronificación del Derecho de sociedades mercantiles. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 117-159.
- ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. **4**, (Enero/Julio 2004), 187
- PÉREZ PEREIRA, María.
- España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. **4**, (Enero/Julio 2004), 177
 - La evolución de los sistemas de cifrado. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 189-193.
- RAMOS HERRANZ, Isabel.
- Presentación VII Jornada de Derecho del Comercio Electrónico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 115-116.
- REMOLINA ANGARITA, Nelson.
- Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. **4**, (Enero/Julio 2004), 109
- RICO CARRILLO, Mariliana.
- El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 177-188.
- SÁNCHEZ, Diego.
- Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación

ciudadana. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 209-219.

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

CUBEROS DE QUINTERO, María Antonia

- La participación ciudadana y el gobierno electrónico. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 161-172.

CANO, Jeimy J.

- Informáticos forenses: los criminalistas informáticos en la sociedad de la información. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 173-182.

- ¿Compartir o proteger? Tensiones en la gerencia de la seguridad de la información. **13**, (2012), 161-169

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, HERRERA-JOANCOMARTÍ, Jordi y PÉREZ-SOLÁ, Cristina

- Análisis técnico-jurídico del proceso de Iniciativa Legislativa Popular con recogida de firmas digitales en España, **11** (2010), 191-216.

COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

RÍOS RUIZ, Wilson Rafael

- Análisis del Acuerdo Inicial y sus enmiendas planteadas por Google a los autores. Su situación actual. **11**, (2010), 219-244.

MUNIVE CORTÉS, Erika Yamel

- Voto electrónico y protección de datos personales: los avances de la democracia universitaria en el País Vasco. **12**, (2011), 189-208

RESEÑA LEGISLATIVA

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

- Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **2**, (Enero/Junio 2003), 283-309.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

- Comentarios a las disposiciones generales del Decreto Ley de Interoperabilidad Electrónica. **13**, (2012), 173-187

CRÓNICA JURÍDICA

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.

- La Informática forense como medio de prueba. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús

- El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas: *Power Line Communications* (PLC). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

ALTAMIRA, Matías.

- Mesa virtual de entrada judicial: derechos y responsabilidades. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 329-336.

BUENO DE MATA, Federico.

- Presente y futuro de los dispositivos telemáticos de localización de presos utilizados en España. **12**, (2011), 211-220

SECCION MONOGRÁFICA

Las implicaciones jurídicas de las redes sociales en Internet

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

- El impacto de las redes sociales en el comercio electrónico con consumidores. **14**, (2013), 135-164

CHACÓN GÓMEZ, Nayibe.

- La responsabilidad de los proveedores de servicio en las redes sociales. **14**, (2013), 207-230

LÓPEZ JIMÉNEZ, David.

- Las redes sociales como espacios publicitarios: el papel de la autorregulación. **14**, (2013), 165-186

RAMÍREZ, Sulmer Paola.

- Los contenidos publicados por el trabajador en *Facebook* y sus

consecuencias jurídico laborales. **14**, (2013), 187-205

RICO CARRILLO, Mariliana y LÓPEZ JIMÉNEZ, David.

- Las redes sociales en Internet: consideraciones generales y problemática jurídica. **14**, (2013), 101-112

RICO CARRILLO, Mariliana.

- El ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas a través de *Facebook*. **14**, (2013), 113-134

LEGISLACIÓN

II.1. Nacional

Decretos

Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prio-

ritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela. **1**, (2002), 185-188.

Decreto N°1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.

- Decreto N° 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.
- Decreto N° 1.095 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica. **2**, (Enero/Junio 2003), 209-245.
- Decreto N° 2.189 de 13 de diciembre de 2002 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **2**, (Enero/Junio 2003), 255-280.
- Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **1**, (2002), 255-273.
- Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 301-322.
- Decreto N° 3.335, de fecha 12 de diciembre de 2004, mediante el cual se decreta el Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 331-344.
- Decreto N° 3.390, de fecha 23 de diciembre de 2004, sobre el uso del software libre en la Administración Pública. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 345-349.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado. **13**, (2012), 191-215.
- Leyes
- Ley especial contra los Delitos Informáticos. **1**, (2002), 275-285.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **1**, (2002), 189-253.
- Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 249-298.
- Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 299-329.
- Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de internet, video juegos y otros multimedia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 305-314.
- Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, **10**, (2008-2009), 181-202
- Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **12**, (2011), 223-246
- Reglamentos
- Reglamento sobre facturación y recaudación a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y larga distancia internacional de fecha 8 de noviembre de 2004. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 315-326.
- Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación referido a los Aportes e Inversión de fecha 9 de octubre de 2006. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 207-220.
- Resoluciones
- Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.215 de 8 de junio de 2001. **2**, (Enero/Junio 2003), 247-254.
- Resolución N° 400 de fecha 20 de febrero de 2004, Normas para el Registro de contribuyentes de los tributos de tele-

- comunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 253-255.
- Resolución N° 401 de fecha 20 de febrero de 2004, Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 257-261.
- Resolución N° 408 de fecha 9 de marzo de 2004, Condiciones bajo las cuales los operadores de los servicios móviles de telecomunicaciones podrán ofrecer itinerancia o roaming a sus abonados. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 263-266.
- Resolución por la cual se dictan “Normas que Regulan los Procesos Administrativos relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico”, **10**, (2008-2009), 203-226.
- Resolución por la cual se dictan “Normas relativas a la Protección de Usuarios y Usuarías de los servicios Financieros”. **12**, (2011), 247-265
- diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 197-211.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242.
- Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.
- Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior. **10**, (2008-2009), 227-301.
- Directiva 2009/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009 sobre Protección jurídica de programas de ordenador. **11**, (2010), 341-349.
- Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). **12**, (2011), 267-311

Providencias

- Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto sobre la Renta. **11**, (2010), 247-249
- Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto al Valor Agregado. **11**, (2010), 251-253

II.2. Internacional

Directivas

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de

Leyes Modelo

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con la guía para su incorporación al Derecho Interno. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 181-190.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 191-196.

Legislación española

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 219-261.

- Ley 59/2003, de firma electrónica. **4**, (Enero/Julio 2004), 263-300.
- Ley 32/2003, de 3 denoviembre, General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 161-252.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 185-2005.
- Ley 16/2009 de 13 de noviembre, sobre Servicio de Pago. **11**, (2010), 255-304.
- Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. **12**, (2011), 313-393
- Real Decreto 322/2008 de 29 de febrero sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, **10**, (2008-2009), 303-322.
- Real Decreto 899/2009 de 22 de mayo, se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. **11**, (2010), 305-340.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. **13**, (2012), 217-244

JURISPRUDENCIA

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

- La citación electrónica. Comentarios al auto N° 339 dictado por el Juscago de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 7 de agosto de 2012. **14**, (2013), 233-245

ARRIETA ZINGÜER, Miguel.

- La gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 269-275.
- Procedencia de la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia sancionatoria de telecomunicaciones. Comentario a la sentencia de 09 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 357-364.
- Consideraciones acerca de las redes sociales en Internet como ele-

mento de convicción en la radicación de juicios penales en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. **14**, (2013), 295-304

FERRER CASTRO, Mileidi Paola y Jenny QUINTERO MENDOZA, Carolina.

- Consideraciones sobre el reciente criterio del Tribunal Supremo de Justicia venezolano respecto al tratamiento de los correos electrónicos impresos como medios de prueba. **13**, (2012), 247-252

LASTIRI SANTIAGO, Mónica.

- El contrato de licencia y los nombres de dominio. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 19 de julio de 2012 asunto C-376/11, *Pie Optiek SPRL & Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL*. **14**, (2013), 249-252

PALAZZI, Pablo A.

- Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en

- Internet. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 339-349.
- RAMÍREZ, Sulmer Paola.
- Valor jurídico probatorio del correo electrónico promovido en formato impreso. Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 30 de mayo de 2013. **14**, (2013), 265-269
- RICO CARRILLO, Mariliana.
- Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales. **1**, (2002), 289-319.
 - La notificación por medios electrónicos. Comentario a la sentencia de 01 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **2**, (Enero/Junio 2003), 313-314.
 - El valor jurídico de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 271-273.
 - La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **10**, (2008-2009), 325-330.
 - Consideraciones sobre la validez de las condiciones generales y particulares de las pólizas de seguros contenidas en soportes documentales electrónicos. **11**, (2010), 353-358.
 - De nuevo sobre el valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **12**, (2011), 397-400
- SALGUEIRO, José Ovidio.
- El valor probatorio del correo electrónico. Comentario a la sentencia 2201-04 de la Corte Superior del Niño y el Adolescente del Área Metropolitana y Nacional de Adopción Internacional. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 353-355.
- URSO CEDEÑO, Giuseppe.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 325-329
- Sentencias*
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 sobre el reconocimiento del valor jurídico de la información contenida en el sitio web del Tribunal. **1**, (2002), 320-323.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 01 de febrero de 2000. **2**, (Enero/Junio 2003), 315-337
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 19 de agosto de 2002. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 275-277.
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 05 de agosto de 2003. **4**, (Enero/Julio 2004), 331-338
- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03 de agosto de 2004. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 277-305
- Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 8 de noviembre de 2005. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 365-374.
- In the United States District Court for the Northern District of California San Jose División, fecha 17 de marzo

- 2006, **8**, (Enero/Diciembre 2006), 351-369.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 22 de mayo de 2007 sobre el caso RCTV. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 223-259.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 24 de octubre de 2007 sobre el valor probatorio de los medios electrónicos. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 261-317.
- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de marzo de 2007. **10**, (2008-2009), 331-354.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de febrero de 2008. **10**, (2008-2009), 355-400.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de agosto de 2009. **11**, (2010), 359-373
- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 2 de julio de 2010. **12**, (2011), 401-407
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de octubre de 2011. **13**, (2012), 253-277
- Sentencia de la Sala Político Administrativa. Juzgado de Sustanciación del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de agosto de 2012. **14**, (2013), 247-248
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), 19 de julio de 2012. **14**, (2013), 253-264
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de mayo de 2013. **14**, (2013), 271-293
- Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de abril de 2013. **14**, (2013), 305-312
- Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de abril de 2012. **14**, (2013), 313-324
- Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de abril de 2011. **14**, (2013), 325-332

RECENSIÓN

- PÉREZ PEREIRA, María. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada
- BARRAL VIÑALS, Immaculada (Coord.) *La regulación del comercio electrónico*. Edt. Dykinson, Madrid 2003, 207 págs. **3**, (julio/Diciembre 2003), 281-282.
 - BRANDT GRATEROL, Leopoldo. *Páginas web: condiciones, políticas y términos legales*. Editorial Legis, Caracas, 2001, 358 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 283-284.
 - RAMOS HERRANZ, Isabel: *Marcas versus nombres de dominio en Internet*, Iustel, Madrid, 2004, págs, 351. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 309-310.
 - RICO CARRILLO, Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. Edt. Legis, Caracas, 2003,

- 277 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 285.
- RICO CARRILLO, Mariliana. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada
- BRICEÑO, Francisco (Coord.): *Aspectos legales del comercio electrónico*, Cavecom, Caracas, 2004, 294 págs. **4**, (Enero/Julio 2004), 341-245.
 - BATUECAS CALETRIO, Alfredo: *Pago con tarjeta de crédito: Naturaleza y régimen jurídico*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial N° 15 (monográfico), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 377-378.
- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel. Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa: *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces)*, Madrid, Mar-cial Pons, 2006. **9**, Enero/Diciembre 2007), 321-324.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada
- RICO CARRILLO, Mariliana: *El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 304 páginas. **13**, (2012), 281-284

Reglas para el envío de artículos

1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación. El Consejo Editorial se reserva el derecho de publicar de manera excepcional artículos que ya han sido publicados.
2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente Windows™ 3.0 o superiores. Los gráficos o imágenes que contenga el artículo deben estar especificados con los formatos o extensiones en que se hicieron (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, y otros), asimismo, las ilustraciones deben estar numeradas y a continuación del texto (no se aceptarán las que se encuentren al final del artículo). Las revistas podrán decidir no incluirlas, previa comunicación al autor o autores, si éstas no llenan los requisitos técnicos para su reproducción.
3. El texto del artículo debe redactarse tomando en cuenta los siguientes parámetros:
 - 3.1. La primera página debe contener:
 - a) Título del artículo
 - b) Nombre del autor o autores
 - c) Título académico y afiliación institucional
 - d) Dirección del autor y correo electrónico
 - e) Síntesis curricular no mayor a diez (10) líneas
 - 3.2. La segunda página debe contener un resumen no mayor de ciento cuarenta (140) palabras, concentrándose en los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones. Al final del mismo se deben incluir las palabras claves en un número no mayor a cinco (5).
 - a) El resumen y las palabras claves deben venir redactadas en español e inglés
 - b) Se podrán aceptar artículos redactados en inglés, francés u otros idiomas sólo en casos especiales, debiendo contener las palabras claves en español e inglés.
 - 3.3. El texto del artículo debe estructurarse en secciones debidamente identificadas, siendo la primera la introducción (o reseña de los conocimientos existentes, limitada estrictamente al tema tratado en el artículo). Las secciones deben identificarse sólo con números arábigos. Cada artículo antes de la primera sección o sección introductoria, debe tener un sumario en el que se enumeren los temas que se van a desarrollar (las secciones en las cuales fue dividido el trabajo).
 - 3.4. Si parte del material trabajado (textos, gráficos e imágenes utilizados) no son originales del autor o de los autores, es necesario que los mismos estén acompañados del correspondiente permiso del autor (o de los autores) y el editor donde fueron publicados originalmente, en su defecto, se debe indicar la fuente de donde fueron tomados.
 - 3.5. En las referencias bibliográficas se debe utilizar el sistema de cita formal, haciendo la correspondiente referencia en las notas a pie de página, las cuales deben ser enumeradas en números arábigos, siguiendo un orden correlativo.

Las citas, en las notas al pie de página, se harán siguiendo los siguientes ejemplos; según se trate de:

A. Libros

Mariano Aguilar Navarro: *Derecho Internacional Privado*, VI. 4a. edición, 2a. reimpresión. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1982, p.199 (o pp. 200 y ss).

Marino Barbero Santos: "Consideraciones sobre el Estado peligroso y las Medidas de Seguridad, con especial referencia al Derecho Italiano y Alemán". *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid. Universidad de Valladolid, 1972, pp. 13-61.

Vicente Mujica Amador: *Aproximación al Hombre y sus Ideologías*. Caracas. Editorial Vidabun, 1990.

Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*. XVII edición. Buenos Aires. EUDEBA, 1981.

B. Cita sucesiva del mismo libro

M. Aguilar N.: *Derecho Internacional* V.II... op. cit., p.78 y ss.

C. Obras colectivas

Haydée Barrios: "Algunos aspectos de cooperación judicial internacional en el sistema venezolano de derecho internacional privado". *Libro-Homenaje a Werner Goldschmidt*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. 1997, pp. 383-419. Si se desea citar un determinado párrafo o página se agrega: especialmente, p. 80 o pp. 95-98.

D. Revistas

Gonzalo Parra-Aranguren: "El Centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 85. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 75-100.

E. Cita sucesiva del mismo artículo

G. Parra-Aranguren: "*El Centenario de la Conferencia...*" op.cit., pp.80-85.

F. Citas de jurisprudencia

Orden de citar: Tribunal, N° y fecha de la sentencia, partes y fuentes de publicación.
Ejemplo:

Corte Superior del Distrito Federal, N° ..., 6-5-1969 (Jacques Torfs vs. Clemencia de Mier Garcés), Jurisprudencia Ramirez y Garay, Vol. 21, p. 163.

G Citas de testimonios verbales y entrevistas

Se indicará el nombre de la persona que proporciona la información, la forma como se obtuvo y la fecha. Por ejemplo:

F. Rodríguez. Entrevista, 30/03/1999.

Esta información puede suministrarse siempre que lo autorice quien proporciona la información¹.

H. Citas de páginas web

Si la cita se refiere a un sitio web (cita de carácter general) se coloca el *home page*. Si es una página específica dentro de un sitio web (cita de carácter especial) se debe colocar en primer lugar, la dirección del *link* (sub-página) y en segundo lugar la dirección donde aparece alojada la información, (*home page*). Debe indicarse también la fecha de la consulta, entre corchetes, indicando el año, luego el mes y finalmente el día

Ejemplos:

- a) Cita de carácter general:
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].
- b) Cita de carácter especial:
 - Tatiana B. de Maekelt: La Ley de Derecho Internacional Privado <http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/tamaek.htm> 10/02/2001.
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].
 - Haydée Barrios: El Domicilio
<http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/barrios.htm> 8/04/2002.
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 200, Noviembre 27].
4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a espacio y medio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.
5. Los artículos pueden ser remitidos en un archivo adjunto, a la dirección electrónica: albornoz@ucat.edu.ve, o al correo electrónico del director de la revista:
 - Revista Tachirenses de Derecho: Prof. José Luis Villegas villegas@ucat.edu.ve
 - Revista *Tributum*: Prof. Jesús Manuel Oliveros joliveros@ucat.edu.ve
 - Revista Paramillo: Prof. Felipe Guerrero felipeguerrero11@gmail.com
 - Revista Derecho y Tecnología: Prof. Mariliana Rico marilianarico@yahoo.com
6. Los autores deberán firmar una autorización (en un formato que remitirá a tal efecto) donde se especifica el derecho que tiene la revista, y por ende, la Universidad Católica del Táchira, de reproducir el artículo en este medio de comunicación, sin ningún tipo de retribución económica o compromiso de la Universidad con el autor o los autores, entendiéndose éste como una contribución a la difusión del conocimiento y/o desarrollo tecnológico, cultural o científico de la comunidad o del país en el área en que se inscribe.
7. Cuando se envíen textos que estén firmados por más de un autor, se presumirá que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.

¹ UPEL: *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Caracas. FEDEUPEL. 2003, p. 91.

8. Se reserva el derecho de hacer las correcciones de estilo que se consideren convenientes, una vez que el trabajo haya sido aceptado por el Consejo de Redacción para su publicación.
9. Los artículos serán analizados por un Comité de Árbitros y por un Consejo de Redacción. El cumplimiento de las normas no garantiza su publicación, si el trabajo no es aprobado por estas instancias.
10. La Universidad Católica del Táchira, el editor y el Consejo de Redacción de la revista, no se responsabilizarán de las opiniones expresadas por los colaboradores en sus respectivos artículos.
11. La UCAT se reserva el derecho de distribuir el contenido de la revistas en su página web o en otras páginas de contenido académico o científico.

Article Submissions Guidelines

1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means. The Editorial Board reserves the right to publish articles, in exceptional cases, when they have already been published.
2. Articles must be redacted in editor programs that work in Windows™ 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, and others). In the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The journals could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if they do not fulfill the technical requirements to their publication.
3. The text of the article must be redacted considering the following parameters:
 - 3.1. The first page must have:
 - a) Title of the article
 - b) Author or author's name
 - c) Academic title and institutional affiliation
 - d) Author address and e-mail
 - e) Resume no longer than 10 lines
 - 3.2. The second page must have an abstract no longer than one hundred and forty words (140), focusing on the goals, methodology, results and conclusions. At the end, the key words must be included in a maximum number of five (5).
 - a) The abstract and the key words must be written in Spanish and English.
 - b) Articles in English, French and other languages could be accepted, just in special cases. In all cases they must have the key words in Spanish and English.
 - 3.3. The text article must be structured in clearly identified sections, being the first the introduction (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified with Roman and Arabic numerals. Each article, before section one or introduction, must have a summary where appear numbered the subjects to be discuss on the paper (sections the article was divided).
 - 3.4. If part of the material (text, graphics, images) is not original of the author or authors, is necessary that this material to be authorized by the original author (or authors) and the editor where were first published, in lack of this, the source where they were taken must be indicated.
 - 3.5. The formal citing system must be used for the bibliographic references, doing the right reference at the foot of the page numbered in Arabic numeral, following a correlative order.

The references in the footnotes will be included according to the following examples:

A. Books

Mariano Aguilar Navarro: *Derecho Internacional Privado*, VI. 4a. edición, 2a. reimpresión. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1982, p.199 (o pp. 200 y ss).

Marino Barbero Santos: "Consideraciones sobre el Estado peligroso y las Medidas de Seguridad, con especial referencia al Derecho Italiano y Alemán". *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid. Universidad de Valladolid, 1972, pp. 13-61.

Vicente Mujica Amador: *Aproximación al Hombre y sus Ideologías*. Caracas. Editorial Vidabun, 1990.

Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*. XVII edición. Buenos Aires. EUDEBA, 1981.

B. Subsequent quotations of the same book

M. Aguilar N.: *Derecho Internacional V.II...* op. cit., p.78 y ss.

C. Collective Works

Haydée Barrios: "Algunos aspectos de cooperación judicial internacional en el sistema venezolano de derecho internacional privado". *Libro-Homenaje a Werner Goldschmidt*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. 1997, pp. 383-419. Si se desea citar un determinado párrafo o página se agrega: especialmente, p. 80 o pp. 95-98.

D. Journals

Gonzalo Parra-Aranguren: "El Centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 85. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 75-100.

E. Subsequent quotations of the same article

G. Parra-Aranguren: "*El Centenario de la Conferencia...*" op.cit., pp.80-85.

F. Quotation of jurisprudence:

Corte Superior del Distrito Federal, N°..., 6-5-1969 (Jacques Torfs vs. Clemencia de Mier Garcés), Jurisprudencia Ramirez y Garay, Vol. 21, p. 163.

G. Quotation of oral testimonies and interviews

It must include the name of the person providing the information, how it was obtained, and the date:

F. Rodríguez. Entrevista, 30/03/1999.

This information can be provided only if it is authorized by the provider of the information¹.

¹ UPEL: *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Caracas. FEDEUPEL. 2003, p. 91.

H. Quotation of web pages

If a quote refers to an entire website (general citation), should include the reference of the home page. If is a **specific page within a website** (special citation), should include in first place, the link (sub-page) and in second place, the reference of the home page. It should also indicate the date the page was visited. This information should be in listing showing year, month, and day.

- a) General quotation:
www.zur2.com.fipa. [Visited: 2008, Noviembre 27].
- b) Special quotation:
 - Tatiana B. de Maekelt: La Ley de Derecho Internacional Privado <http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/tamaek.htm> 10/02/2001.
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].
 - Haydée Barrios: El Domicilio
<http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/barrios.htm> 8/04/2002.
www.zur2.com.fipa. [Visited: 200, Noviembre 27].
4. Articles must have a maximum extension of forty (40) pages written in 1.5 space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be Times New Roman 12.
5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: albornoz@ucac.edu.ve, or to the e-mail of the director of the journal:
 - Revista Tachirensis de Derecho: Prof. José Luis Villegas villegas@ucac.edu.ve
 - Revista *Tributum*: Prof. Jesús Manuel Oliveros joliveros@ucac.edu.ve
 - Revista Paramillo: Prof. Felipe Guerrero felipeguerrero11@gmail.com
 - Revista Derecho y Tecnología: Prof. Mariliana Rico marilianarico@yahoo.com
6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the journal, as well as the Universidad Católica del Táchira, to publish the article on this divulging means, without any economic retribution or commitment of the University with the author or authors, understanding the article is a contribution to the divulging of knowledge and technological development, cultural or scientific of the community or the country in the area where it is registered.
7. When articles are sign by more than an author, it would be presumed that all authors have been check and approved the original text sent.
8. The right of change of stylus that is considered convenient is reserved, once the article has been accepted by the Editorial Board for its publication.
9. An Arbitral Committee and an Editorial Board will analyze the articles. The observance of these rules does not guarantee the publication of the article if this is not approved by these instances.
10. The Universidad Católica del Táchira, the editor, and the Editorial Board of the journal, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

- 11 The Universidad Católica del Táchira reserves the right to distribute the contents of their journals on its website, or on other pages of academic or scientific content.

DERECHO Y TECNOLOGÍA

VICERRECTORADO ACADÉMICO DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO	14/2013
---	----------------

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2013,
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó
de imprimir en el mes de octubre de 2013, en los talleres de
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de 250 ejemplares.
San Cristóbal - Venezuela

