

DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL TACHIRA

12/2012

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); 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); Fernando MARTÍN COBISA (Ministerio de Ciencia y Tecnología de España); Fernando MARESCA (Universidad de Buenos Aires); Apolonia MARTÍNEZ NADAL (Universidad de las Islas Baleares); 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 12

Edición 2011

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@ucat.edu.ve
mrico@ucat.edu.ve

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



ÍNDICE

Artículos

Claudia MADRID MARTÍNEZ: La internacionalización del consumo: el consumidor electrónico y la realidad venezolana	7
Mauricio INOSTROZA SÁEZ: El convenio arbitral electrónico en la Ley de arbitraje española y los textos de Derecho uniforme	53
Ana Isabel GÓMEZ CÓRDOBA y Nelson REMOLINA ANGARITA: Los sistemas de identificación biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales	69
Fernando GALINDO: Democracia electrónica, Internet y gobernanza	109
Gustavo Adolfo AMONI REVERÓN: La democracia electrónica: buscando nuevos medios para la participación	127
David LÓPEZ JIMÉNEZ: La autorregulación de la publicidad relativa a apuestas y juegos virtuales: una aproximación desde la perspectiva española	147

Comentarios Especializados

ErikaYamel MUNIVE CORTÉS: Voto electrónico y protección de datos personales: los avances de la democracia universitaria en el País Vasco	189
--	-----

Crónica Jurídica

Federico BUENO DE MATA: Presente y futuro de los dispositivos telemáticos de localización de presos utilizado en España	211
---	-----

Legislación

Venezuela

Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación	223
Normas relativas a la Protección Usuarios y Usuarios de los Servicios Financieros	247

Unión Europea

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)	267
---	-----

España

Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual	313
---	-----

Jurisprudencia

Mariliana RICO CARRILLO: De nuevo sobre el valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano	397
Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 2 de julio 2010	401
Índice acumulado	409

DOCTRINA

La internacionalización del consumo: el consumidor electrónico y la realidad venezolana

Claudia Madrid Martínez*

"Consumir en forma internacional es típico de nuestra época"
Cláudia Lima Marques

SUMARIO: Introducción. I. Una relación naturalmente internacional. 1. Un problema de calificaciones: Internacionalidad de la relación. 2. El contrato electrónico de consumo. 3. Intervención del Derecho Internacional Privado. II. Litigios internacionales ¿ante cuál autoridad acudir? 1. Criterios generales sobre jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. 2. Los foros de protección y la jurisdicción inderogable. 2.1. Nociones generales. 2.2. Sistema venezolano. 3. El consumidor ante el arbitraje. III. El Derecho aplicable y sus excepciones. 1. Derecho aplicable a los contratos internacionales en Venezuela. 2. Derecho aplicable a los contratos de consumo. 2.1. Principios generales y algunos casos en el Derecho Comparado. 2.2. La situación del sistema venezolano. Conclusión.

Resumen

El consumidor de hoy trasciende las fronteras de su Estado y el desarrollo de los medios electrónicos ha contribuido sin duda a ello. Así, la movilidad física del consumidor es hoy innecesaria para constituir relaciones internacionales. Mas esa internacionalidad no debe hacernos olvidar la necesaria protección que ha de brindarse al consumidor, por ello, el Derecho internacional privado ha adaptado sus esquemas de manera que, sin alterar su función a la hora de determinar la jurisdicción o el Derecho

Recibido: 9/11/2010 • Aceptado: 25/1/2011

* Abogado, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Doctora en Ciencias Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Asociado a Dedicación Exclusiva en la UCV. Profesora de Derecho Internacional Privado en pregrado y postgrado en la UCV. Profesora de Derecho Civil III (Obligaciones) en la UCV. Profesora Agregado en Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Jefe de las Cátedras Derecho Internacional Privado en la UCAB, Derecho Internacional Privado, Derecho Civil III (Obligaciones) y Contratos y Garantías en la UCV.

aplicable, considera en esa determinación un criterio teleológico y garantiza una protección mínima a los consumidores. En el sistema venezolano de Derecho internacional privado no existen reglas especiales en la materia; sin embargo, disponemos de mecanismos generales que contribuyen a lograr ese objetivo. A esos mecanismos dedicaremos este trabajo.

Palabras Clave: Consumidores. Consumidores pasivos. Medios electrónicos. Protección. Derecho Internacional Privado

Abstract

Today's consumer across the borders of their State and the development of electronic media certainly contributed to it. Thus, the consumer physical mobility is now unnecessary to establish international relations. But this internationalization should not blind us the necessary protection to be afforded to the consumer, therefore, the Private International Law has adapted their schemes, without altering its function in determining the jurisdiction or applicable law, also considering teleological approaches and ensures a minimum protection for consumers. In the Venezuelan system of Private International Law there are no special rules in this area, but it has general mechanisms that contribute to achieving that goal. To those mechanisms is dedicated this research.

Keywords: consumers. Passive consumers. Electronic media. Protection. Private International Law.

Introducción

Si existe una nota que caracteriza las relaciones modernas, es su natural capacidad de trascender las fronteras geográficas y virtuales. La satisfacción de las necesidades del hombre no se detiene, y no puede detenerse, en una frontera. El turismo en masa, la circulación de bienes y servicios más allá del territorio en que fueron creados y el desarrollo de los medios electrónicos, son sólo algunos de los factores que contribuyen al nacimiento de relaciones jurídicas conectadas con más de un ordenamiento jurídico, de relaciones jurídicas internacionales¹.

¹ *"La ciencia es un fenómeno universal: en los sectores más diversos, la alta tecnología es transnacional. La comunicación, la cultura, la información así como la televisión se internacionalizan. Los grandes proyectos financieros y técnicos poseen casi todos, una dimensión multinacional. No hay contrato de desarrollo que no considere proveedores, bancos, seguros, ingenieros, pero también compradores y clientes de varios países. Ningún país en progreso puede evitar la globalización progresiva de los asuntos financieros, comerciales, económicos y técnicos a través del mundo. Las leyes que van a dominar el próximo siglo serán las de la solidaridad económica entre las naciones; pero también de emulación extremada en sus aparatos de producción y servicios".* PLANTEY, Alain, "El arbitraje internacional en un mundo en cambio",

A esta realidad, desde luego, no escapa el tipo especial de relación en la que la parte que recibe el bien o servicio es su destinatario final, es decir, las relaciones de consumo (B2C). En efecto, la naturaleza transnacional de la economía moderna que hace que bienes y servicios inunden mercados diferentes al de su origen, la Sociedad de la Información y los bienes digitalizados que permiten traspasar fácilmente las fronteras, las empresas que ofrecen sus productos a consumidores en otros Estados y los consumidores que se trasladan para comprar bienes, son algunas de las causas de la internacionalización de la relación de consumo. Los seres humanos están hoy en constante movimiento, ya sea para establecerse permanentemente en otro Estado –movimientos migratorios– o simplemente para conocer otras culturas –turismo en masa. La globalización aparece necesariamente como una referencia común, como causa y efecto de la internacionalización de las relaciones.

Ante este panorama, Lima Marques pone en evidencia la insuficiencia de regulación, pues las normas internas sobre protección de los consumidores no suelen tener previsiones para los casos de consumo transfronterizo y el Derecho internacional privado tampoco se ha ocupado del tema, tratando más bien de excluir estos casos de su ámbito de aplicación. La propia autora reconoce que este vacío se agrava en dos hipótesis en las cuales será aún más notoria la insuficiencia en la protección nacional del consumidor, y en las que la seguridad, la previsibilidad y la armonía de soluciones se hacen más necesarias. Se trata del caso del turista y del consumidor que contrata a distancia o a través de medios electrónicos². Dos casos en los que hemos de reconocer una connatural internacionalidad.

Justamente al último de los temas citados –el consumidor electrónico– dedicaremos estas breves líneas. Tengamos en cuenta que su situación es aun más delicada que la del turista, de quien se puede decir que, de alguna manera, penetra un mercado ajeno, asumiendo por ello ciertos riesgos. Es un consumidor activo³. El consumidor electrónico, por el contrario, es un consumidor pasivo, quien, en palabras de Scotti, es "asaltado" en su propio país por actividades comerciales de un empresario radicado en otro⁴, por lo que, en principio, está

en: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, abril 1995, Suplemento Especial, El arbitraje comercial internacional, pp. 7 ss., especialmente p. 7.

² LIMA MARQUES, Cláudia, La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo, en: http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

³ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano", en: *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, (Dir. A. L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña), Madrid, Colex, 2005, p. 630.

⁴ SCOTTI, Luciana, "La (des)protección del ciberconsumidor en América (Una mirada desde la Argentina y Mercosur)", en: *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la*

menos consciente de los riesgos de la internacionalidad de su relación, característica esta –la internacionalidad– que también llega a desconocer, con lo cual su debilidad se acentúa.

Pensemos en un ejemplo cotidiano: una persona domiciliada en Venezuela accede al portal <http://www.amazon.com>, adquiere un libro que le será enviado a su domicilio, y paga su precio en dólares de Estados Unidos, haciendo uso de su tarjeta de crédito. El libro saldrá de una librería con sede en Francia, a través de Amazon.com Inc., empresa constituida y domiciliada en Seattle, estado de Washington. Sin salir de su habitación, esta persona se ha hecho parte de una relación internacional, aun sin saberlo, aun ignorando el idioma en el que contrata y, consecuentemente, las condiciones bajo las cuales se celebra el acuerdo, incluidas las posibles cláusulas sobre el Derecho aplicable o el tribunal competente.

Este tipo especial de relación, ante la cual no se discute la insatisfacción del acreedor, sino más bien la determinación del régimen aplicable a los daños sufridos por consumidores y usuarios⁵, no puede seguir siendo dejada de lado por el Derecho internacional privado. En efecto, el consumidor no debe verse perjudicado, sea en el plano de la seguridad, la calidad, la garantía o el acceso a la justicia, sólo porque adquiere un producto o utiliza un servicio proveniente de otro Estado o proveniente de una empresa con sede en el extranjero⁶. Al Derecho internacional privado le corresponde garantizar esta protección.

En efecto, la protección internacional del consumidor es hoy uno de los temas más actuales del Derecho internacional privado⁷. Es por ello que la Organización de Estados Americanos se ha propuesto, para la VII Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII), la adopción de normas de Derecho internacional privado sobre protección al consumidor. Actualmente, se trabaja sobre la llamada Propuesta de Buenos Aires, documento que concilia los proyectos presentados por las delegaciones de Brasil, Canadá y Uruguay⁸ y las observaciones hechas por otros Estados

CIDIP VII (OEA), (Coord. D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez), Asunción, CEDEP, LA Ley Paraguay, 2007, pp. 519 ss., especialmente p. 531.

⁵ Así lo estima Parra Lucán, en relación con los productos defectuosos. Ver: PARRA LUCÁN, María A., "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en: AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil*. Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 1.175 ss., especialmente pp. 1175-1176.

⁶ LIMA MARQUES, La insuficiente protección del consumidor..., *ob. cit.*

⁷ "O novo Direito internacional privado está cada vez mais voltado para a proteção dos mais fracos, inclusive dos consumidores. A proteção internacional do consumidor é hoje um dos temas mais atuais do Direito internacional privado, seja pela crescente influência da nova legislação, seja pela banalização do consumo internacional". Ver: LIMA MARQUES, Cláudia, "O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior", en: *DeCita*, 04.2005, pp. 261 ss., especialmente pp. 261-262.

⁸ Todos pueden verse en http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm

americanos, y en cuya elaboración ha estado muy presente la profesora Cláudia Lima Marques⁹.

Con estas líneas nos proponemos analizar la situación del consumidor electrónico, a través de la revisión de los trabajos de la CIDIP VII y, desde luego, desde la perspectiva del sistema venezolano de Derecho internacional privado.

I. Una relación naturalmente internacional

1. Un problema de calificaciones: internacionalidad de la relación

Como es bien sabido, la intervención del Derecho internacional privado supone la existencia de una relación internacional. Y aunque en materia de comercio electrónico tal característica parece nacer con la propia relación, dado el carácter deslocalizado de Internet, es necesario repasar brevemente las escasas fuentes que se ocupan de semejante calificación.

En Venezuela no existen normas especiales que determinen la internacionalidad de las relaciones de consumo, por lo que hemos de recurrir al régimen general. Así, nuestro Derecho positivo se ha inclinado por la admisión del criterio jurídico para la determinación de la internacionalidad del supuesto – consideración del elemento de extranjería¹⁰–; mientras que jurisprudencialmente se ha aceptado el criterio económico –influencia en la corriente del comercio internacional¹¹.

9 Sobre la evolución de los trabajos preparatorios de la CIDIP VII en materia de consumo, ver: LIMA MARQUES, Claudia y María Laura DELALOYE, La Propuesta ‘Buenos Aires’. El más reciente avance en el marco de la CIDIP VII de protección de los consumidores, en: *Revista Derecho y Democracia*, Caracas, UNIMET, 2010, en imprenta.

10 Dentro de la jurisprudencia venezolana también se ha aceptado este criterio jurídico y, en tal sentido, encontramos decisiones que repiten que el sistema de Derecho internacional privado deberá activarse debido a la presencia de elementos de extranjería relevantes, sin detenerse a definir lo que ha de entenderse por tales (TSJ/SPA, Sent. N° 00627, 23/03/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00627%20230300%2014895.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 01363, 13/06/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01363-130600-15348%20.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 02872, 29/11/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02872-291101-01-0325.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 00586, 22/04/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00586-220403-2003-0151.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 04541, 22/06/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/04541-220605-2001-0245.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 05980, 19/10/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/05980-191005-2005-1023-1.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 02699, 29/11/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02699-291106-2003-0152.htm>). Además, están aquellas decisiones que enumeran algunos elementos de extranjería (TSJ/SPA, Sent. N° 00158, 01/02/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00158-010206-2005-5660-1.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 00567, 02/03/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00567-020306-2005-5521.htm>).

11 "En el caso objeto de regulación de jurisdicción encontramos que se trata de contratos suscritos por una parte, entre compañías venezolanas, y por la otra, una compañía anónima

Justamente en materia contractual, debemos considerar el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales¹², norma de conformidad con la cual tal instrumento "*determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales*", y de acuerdo con el propio artículo, "*Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte*"¹³. De tal manera, en el ámbito de aplicación de esta Convención, para calificar al contrato como internacional, los elementos de extranjería deben ser relevantes y como tales se consideran, dentro de los elementos subjetivos, la residencia habitual –en el caso de las personas físicas– o el establecimiento –en el caso de las personas jurídicas–; por su parte, los elementos objetivos no están limitados por el texto normativo, de manera que podría tratarse del lugar de celebración o de ejecución, por ejemplo. No podría decirse, por el contrario, que en el ámbito de esta Convención, un contrato entre personas de nacionalidades diversas y con todos los demás elementos objetivos y subjetivos localizados en un solo Estado, pueda ser calificado como internacional¹⁴.

*constituida conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América y domiciliada en Venezuela, que adoptó la figura de sociedad anónima conforme a las leyes venezolanas, para ser cumplidos en Venezuela y suscritos en el extranjero, en Purchase, Estado de Nueva York, Estados Unidos de América y que en vista de su objeto y del renombre mundial de las marcas que identifican los productos a ser comercializados en Venezuela tiene forzosa incidencia en el comercio internacional". Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, Sent. 09/10/1997, en: HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, "Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1998, N° 109, pp. 141 ss.*

¹² Suscrita durante la CIDIP-V, México 1994, ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.974 del 22/09/1995.

¹³ Haciéndose eco de la opinión de Pommier, Maekelt estima que resulta especialmente importante semejante determinación de los criterios de interpretación, pues así se evita el riesgo de la calificación errónea de la internacionalidad de un contrato por las partes y se ofrecen elementos coadyuvantes para la labor del juez. Ver: MAEKELT, Tatiana, "La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en: *Dimensão Internacional do Directo. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, (Coord. P. Borba Casella), Sao Paulo, LTR, 2000, pp. 265 ss., especialmente p. 281. Ver también: POMMIER, Jean-Christophe, *Principe d'autonomie et Loi du contrat en Droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992, pp. 141-147.

¹⁴ Este criterio ha sido aceptado por nuestro Alto Tribunal, afirmando que los contratos se ubican en el campo del Derecho internacional privado cuando las partes que se obligan tienen sus domicilios en Estados diferentes; se celebran en un Estado y los efectos deben cumplirse en otro o, cuando las partes son de un mismo Estado y celebran el contrato en otro país, lo que conlleva a realizar un estudio para determinar el Derecho aplicable en caso que surgiera un conflicto. Sin embargo, en este caso se evidencia que ambas partes están domiciliadas en Venezuela y, que tanto el lugar de celebración del contrato como el lugar de ejecución de las obligaciones se ubican en territorio de la República, razón por la cual no existe un factor foráneo que imponga considerar el asunto a la luz del Derecho internacional privado. Ver: TSJ/SPA, Sent. N° 01892, 10/10/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/01892-101000-11258.htm>

Por lo que respecta al sistema interno, la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁵ establece, en su artículo 1, además del sistema de fuentes, el ámbito de su aplicación, el cual estará limitado a los "...supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros..."¹⁶. La Ley no califica el tipo de contactos que la relación pueda tener con sistemas foráneos, por lo que hemos entendido que cualquier elemento de extranjería presente en la misma, hace que ésta sea considerada como internacional¹⁷. De esta manera, el carácter internacional de la relación de consumo dependerá de cualquier contacto que la misma presente con ordenamientos jurídicos extranjeros, sin que se exija la relevancia de tal vinculación.

Fuera de nuestro sistema y como una norma especial, debemos referir el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción en materia de relaciones de consumo¹⁸, instrumento aplicable a las relaciones que vinculan a prestadores y consumidores con domicilios en diversos Estados partes del Tratado de Asunción¹⁹ o que, teniendo domicilio en un mismo Estado parte, la prestación característica de la relación de consumo hubiere ocurrido en otro Estado parte (Art. 2).

Llama la atención, de esta norma, su referencia a la tan criticada noción de "*prestación característica*". Esta figura, utilizada por el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a los contratos internacionales (Reglamento Roma I) para determinar el Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes, ha sido definida por Giuliano y Lagarde como aquella "*por la que se debe el pago*"²⁰, de manera que el pago de una cantidad de dinero en un contrato con obligaciones bilaterales no es una prestación característica. Desde

15 Gaceta Oficial N° 36.511, 06/08/1998. Vigencia, 06/02/1999.

16 LDIPV, Art. 1: "*Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados*".

17 Es la opinión que hemos sostenido en: MADRID MARTÍNEZ, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2004, Serie Trabajos de Grado N° 2, p. 22.

18 MERCOSUR/CMC/DEC N° 10/96, XI CMC – Fortaleza, 17/12/1996. En: http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_010_096_PDF

19 Aprobado en Asunción, en fecha 26/03/1991, por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Recordemos que Venezuela se adhirió a través del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, firmado en Buenos Aires en fecha 23/05/2006. Al momento de elaborar este trabajo, el mismo no ha sido aprobado por todos los miembros de Mercosur, tal como lo exige el artículo 12 del propio Protocolo de Adhesión. Ver: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>

20 GIULIANO, M. y P. LAGARDE, *Informe relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*, DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992, p. 12.

luego, en los contratos con obligaciones unilaterales, la prestación característica es la realizada por el único obligado.

Por su parte, la Propuesta de Buenos Aires, en su artículo 2, dispone que "*A los efectos de esta Convención, se considera que existe contrato o transacción internacional de consumo cuando el consumidor tiene su domicilio, al momento de la contratación, en un Estado Parte diferente del domicilio o sede del profesional, empresa o proveedor de productos o servicios, que actuó en la transacción, operación o contrato*"²¹.

Comentando la norma correspondiente del Proyecto presentado por la delegación brasileña, fuente directa de esta disposición, Velázquez Gardeta destaca los problemas que la misma puede generar frente a los contratos electrónicos. En efecto, partiendo de la idea según la cual Internet es un elemento multiplicador de la internacionalidad, admite que en ocasiones el consumidor puede tener dificultades para conocer el lugar del domicilio, sede o establecimiento del proveedor, lo cual contribuye con su ignorancia sobre la internacionalidad del contrato. A este problema ha de sumarse, en opinión del propio autor, la dificultad en la determinación de lo que debe entenderse por "*domicilio o sede del profesional, empresa o proveedor de productos o servicios*" y la consideración que debe darse a las sucursales, agencias y establecimientos no principales²².

En el caso del comercio electrónico, reiteramos, la internacionalidad no es una característica esporádica, es más bien habitual²³, lo cual hace necesaria la intervención del Derecho internacional privado. Mas antes de revisar las respuestas de esta disciplina o, en su caso, la forma en que se ha colmado su silencio, delimitaremos el concepto de contratación electrónica a usar en este trabajo.

2. El contrato electrónico de consumo

A los efectos de este trabajo no distinguiremos entre contratos informáticos, cuyo objeto es un bien informático, y contratos electrónicos, realizados a través de medios informáticos y que recaen sobre cualquier bien o servicio que pueda ser objeto de contrato, incluyendo los informáticos²⁴. Tomaremos la definición

21 Esta norma, tomada de la propuesta brasileña, no considera sin embargo la segunda parte del artículo original, en la que se admitía que el contrato de consumo es internacional cuando tiene "*contacto reales y objetivos*" con más de un ordenamiento jurídico.

22 VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel, *La protección al consumidor online en el Derecho internacional privado interamericano*, Asunción, Brasilcon, Cedep, 2009, p. 110 y 113.

23 Así lo reconoce DE MIGUEL ASECIO, Pedro, *Derecho privado de Internet*, Madrid, Civitas, 2000, p. 301. para ese autor, Internet facilita el contacto comercial del consumidor, desde su propio domicilio, con empresas situadas en el extranjero.

24 LANDÁEZ OTAZO, Leoncio Abad, *El comercio electrónico. Nueva tecnología e Internet*, Caracas, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2009, p. 155.

que de negocio jurídico electrónico hace James Rodner. Para el profesor venezolano, es electrónico el negocio jurídico cuyos elementos se encuentran en un documento generado, enviado o archivado por medios electrónicos, siempre y cuando conste la voluntad de las partes de estar obligadas y, al mismo tiempo, el instrumento electrónico sea inteligible y la generación de información sea fiable y suficientemente garantizada²⁵.

En sentido similar, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios²⁶, normativa que en Venezuela regula la protección de consumidores y usuarios, define al comercio electrónico, en su artículo 31, en los siguientes términos: "*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*". La parte final de la propia norma, en concordancia con el artículo 3 *eiusdem*²⁷, establece que "*Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas*²⁸, *sin perjuicio de las leyes especiales*".

Ahora bien, es comúnmente aceptado por la doctrina, que el contrato electrónico no constituye una nueva modalidad de negocio jurídico, sino más bien una nueva forma de expresar la voluntad²⁹. Por tal razón, los problemas que genera la contratación electrónica tienen más que ver con la forma –principalmente la forma en que se da el consentimiento– que con el fondo, pues el contrato electrónico debe igualmente cumplir con los requisitos esenciales

25 RODNER, James Otis, El negocio jurídico electrónico en Venezuela, en: *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 16, 2001, pp. 17 ss., especialmente p. 24.

26 Publicado originalmente como Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.889, 31/07/2008, fue parcialmente reformado y ahora convertido en Ley, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.358, de fecha 01/02/2010.

27 Norma que define las relaciones de consumo como "*todos los actos jurídicos celebrados entre proveedoras o proveedores de bienes o servicios, y las personas organizadas o no, así como entre éstas, relativos a la adquisición y arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios prestados por entes públicos o privados, y cualquier otro negocio jurídico de interés económico...*".

28 En el marco de esta Ley, persona es "*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*". Por alguna razón, el legislador venezolano quiso prescindir de las clásicas expresiones "*consumidores*" y "*usuarios*".

29 En tal sentido se ha pronunciado Rodner, El negocio jurídico electrónico..., *ob. cit.*, pp. 25-26. También Mariliana Rico Carrillo ha expresado que dese el punto de vista jurídico, la venta por Internet pertenece a la categoría de las ventas a distancia, sin la presencia física simultánea de las partes. Ver: RICO CARRILLO, Mariliana, *Comercio electrónico, Internet y Derecho*, Caracas, Legis, 2ª ed., 2005, p. 153.

a su existencia –consentimiento, objeto y causa– y a su validez –capacidad y ausencia de vicios.

Ahora bien, en Venezuela, como en una buena parte de los Estados americanos, la protección de los consumidores tiene rango constitucional. En tal sentido, el artículo 117 de la Constitución de la República³⁰ establece:

Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

Este principio ha sido desarrollado por la ya citada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, instrumento que tiene por finalidad regular *"todos los actos jurídicos celebrados entre proveedoras o proveedores de bienes y servicios, y las personas organizadas o no, así como entre éstas, relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios prestados por entes públicos o privados, y cualquier otro negocio jurídico de interés económico"* (Art. 2).

De tal manera que los contratos entre un proveedor de bienes y servicios y un consumidor o usuario son regulados por esta Ley, cuyo carácter esencialmente tuitivo se proyecta al comercio electrónico, al reconocerse entre los derechos de consumidores y usuarios, *"La promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología idónea"* (Art. 8,4).

Es entonces reconocido que el consumidor debe gozar en el mundo virtual de las mismas garantías y protección de que goza en el mundo real. En efecto, de acuerdo con los principios generales consagrados por los Lineamientos para la protección de los consumidores en el contexto del comercio electrónico, publicados por OCDE³¹, *"Los consumidores que participan del comercio electrónico deberán beneficiarse de una protección transparente y eficaz de un nivel al menos equivalente al de la protección asegurada en otras formas de comercio"*. Por su parte, *"Las empresas que participan del comercio electrónico deberán tomar debidamente en consideración los intereses de los consumidores y actuar de manera leal en sus prácticas en materia de comercio, de publicidad y de marketing"*.

³⁰ Gaceta Oficial N° 36.860, de fecha 30/12/1999.

³¹ OCDE, Lignes directrices régissant la protection des consommateurs Dans le contexte du comerce électronique, Paris, Service des Publications de l'OCDE, 2000. Ver en: <http://www.oecd.org/dataoecd/18/29/34023811.pdf>

En efecto, la Ley venezolana para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, luego de definir lo que ha de entenderse por comercio electrónico, según afirmamos *supra*, dedica el resto del capítulo a trasponer al mundo virtual, los derechos de que goza el consumidor en el mundo real. Así, en el marco del comercio electrónico, los proveedores de bienes y servicios deberán prestar la debida atención a los intereses de las personas y actuar de acuerdo con prácticas equitativas de comercio y la publicidad, no deberán hacer ninguna declaración, incurrir en alguna omisión o comprometerse en alguna práctica que resulte falsa engañosa, fraudulenta y discriminatoria (Art. 32).

Igualmente, aquellos proveedores que difundan información de los bienes y servicios que provean, deberán presentar la información en idioma oficial, de manera veraz, clara, precisa y accesible, a fin de evitar ambigüedad o confusión a los consumidores, para que estos puedan tener la posibilidad de expresar su consentimiento en la adquisición del bien o servicio ofrecido (Art. 33).

También se protege al consumidor contra mensajes no solicitados (Art. 34) y se obliga a los proveedores a ser especialmente cuidadosos con la publicidad dirigida a los niños, ancianos, enfermos de gravedad y otras personas que no estén en capacidad de entender plenamente la información que se les esté presentando (Art. 35).

En las negociaciones electrónicas, el proveedor deberá garantizar 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 embargo, se prevé que la autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, pueda solicitar información que considere necesaria y practicar las investigaciones correspondientes (Art. 37).

Por lo que respecta al pago, una de las cuestiones más delicadas de las operaciones electrónicas, la Ley obliga al proveedor a proporcionar a los consumidores

...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.

Igualmente se les obliga a emitir facturas y a mantener un registro electrónico con su respaldo de seguridad respectivo, por un lapso de cinco años (Art. 39).

Esta Ley, sin embargo, no establece regulación alguna para los casos de consumidores internacionales. La única disposición que toca tangencialmente la materia es el artículo 36, norma de acuerdo con la cual, cuando el proveedor publicite su pertenencia a algún "*esquema relevante de autorregulación, asociación de empresarios, organismo de solución de controversias o conflictos, o algún órgano de certificación*", deberá suministrar a la persona la información adecuada y suficiente para hacer contacto con ellos, así como

un procedimiento sencillo para verificar dicha membresía y tener acceso a los principales estatutos y prácticas del órgano de certificación o afiliación correspondiente. Se impone así un deber específico de información al proveedor de bienes y servicios, en caso de aplicarse un "esquema de autorregulación" o de decidirse el recurso al arbitraje.

3. Intervención del Derecho Internacional Privado

Ante un panorama en el cual la globalización, la aproximación de los mercados, la apertura a servicios y productos extranjeros y la internacionalidad de las relaciones de consumo constituyen los grandes desafíos de los diversos sistemas jurídicos, el silencio del Derecho internacional privado, considerando los postulados del Derecho de consumo, no puede continuar. Así, a través de su triple contenido (jurisdicción, Derecho aplicable, reconocimiento de sentencias extranjeras), es esta rama del Derecho la llamada a dar regulación a estas relaciones.

Considerando los lineamientos generales del Derecho de consumo, sistema esencialmente tuitivo a través del cual cada Estado emprende un proceso de ingeniería social, con el objeto de garantizar, si no una igual posición entre las partes, sí al menos una aproximación de sus posiciones, asegurando un mínimo de protección³², el legislador internacionalprivatista debe avocarse a la regulación, a través de normas especiales, de este particular tipo de relación.

No olvidemos que hasta ahora el Derecho internacional privado ha estado pensado en función del comercio entre iguales (*B2B*), dando la espalda al consumidor (*B2C*), individuo cuya protección resulta esencial desde el punto de vista jurídico, político y social. Jurídicamente, la protección del consumidor representa la garantía de un estándar mínimo de seguridad y adecuación de los productos y servicios, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy. Políticamente tal protección representa un compromiso con la lealtad del mercado, asegurada en visión macro por el Derecho de la competencia. Socialmente, procura equilibrar la autonomía de la voluntad, reviviendo el papel central del individuo en la determinación soberana de sus relaciones privadas, económicas o de consumo; reviviendo los derechos humanos al proteger un derecho humano de nueva generación: el derecho de los consumidores. Adoptar soluciones especiales de Derecho internacional privado para regular las relaciones con los consumidores, evitaría el recurso a soluciones radicales de corte nacionalista³³.

³² SAUVEPLANE, J. G., "Consumer protection in private international Law", en: *Netherland Law Review*, 1985, pp. 100 ss., especialmente p. 101.

³³ Ver: LIMA MARQUES, *La insuficiente protección del consumidor...*, ob. cit.

El consumidor debe ser el centro de la regulación para el llamado Derecho internacional privado postmoderno³⁴, sistema ante el cual se plantea la nada fácil tarea de privilegiar, en su regulación, los valores individuales, regionales y la integración económica, dejando que cada mercado decida lo que es mejor para sus consumidores³⁵.

Lamentablemente, tal como hemos afirmado, nuestro sistema de Derecho internacional privado, y la mayoría de los sistemas en el Derecho comparado, conciben sus normas en función de las relaciones paritarias, y la aplicación de tales disposiciones a las relaciones de consumo puede generar distorsiones en detrimento de los derechos de los consumidores débiles jurídicos.

Tengamos en cuenta, en primer término, que debido al constante recurso a contratos de adhesión, la participación del consumidor suele reducirse a aceptar o no el nacimiento de la obligación, sin tener oportunidad alguna de discutir cláusulas tan importantes como aquellas referidas a la elección del foro competente para conocer de las controversias derivadas de la relación y las referidas a la elección del Derecho aplicable a la misma. En segundo lugar, la desterritorialización de la red y la desmaterialización de los actos jurídicos son características que dificultan la función localizadora del Derecho internacional privado. Con relación a este último aspecto, Dreyzin de Klor reconoce que no debería haber problema, pues todo espacio virtual se proyecta sobre un espacio real, en el sentido que todos los actos y sus efectos se llevan a cabo en algún lugar³⁶.

³⁴ Esta expresión se ha popularizado a partir del brillante Curso General dictado por Erik Jayme en la Academia de La Haya en 1995. Sin embargo, ya otros autores la habían referido y así lo reconoce el propio Jayme (Brilmayer, Lea, *Postmodernism in America choice of Law*, en: *Liber Memorialis François Laurent, 1810-1870*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 695 ss.; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, pp. 557 ss.). Puede afirmarse brevemente, que pluralismo, comunicación, narración y retorno de los sentimientos son elementos que caracterizan la cultura postmoderna. Elementos que pueden verificarse en el Derecho, especialmente en el Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado postmoderno tiene un nuevo centro: la persona humana. El pluralismo se refleja en el mundo jurídico a través del derecho a la diferencia, cuya aparición es el reflejo de una transformación radical en la percepción de la humanidad. Por su parte, la comunicación intercultural exige del Derecho internacional privado, normas que salvaguarden la integración y que, a través de la cooperación judicial internacional y de la coordinación de las diferentes fuentes, se garantice la efectiva fluidez de las relaciones jurídicas. La narración se refleja en normas que, antes que imponer obligaciones, describen los valores que deben considerarse al aplicar el Derecho. Finalmente, la salvaguarda de la identidad cultural es reflejo del retorno de los sentimientos en la cultura jurídica postmoderna. Ver: JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne", en: *Recueil des Cours*, 1995, T. 251, pp. 9 ss., especialmente pp. 36-37 y 251-261.

³⁵ *Ibid.*, pp. 129 ss.

³⁶ DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El Derecho aplicable al comercio electrónico: un tema que interesa a los consumidores", a la CIDIP VII y a otros foros de codificación, en: *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, (Coord. D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez), Asunción, CEDEP, LA Ley Paraguaya, 2007, pp. 239 ss., especialmente p. 250.

Ahora bien, para el Derecho internacional privado contemporáneo, la autonomía de las partes es una noción fundamental tanto desde el punto de vista de la jurisdicción, como del Derecho aplicable en materia de contratos. Sin embargo, ante la presencia de un consumidor en la relación es factible pensar que su voluntad no tendrá ninguna injerencia en la determinación de estos aspectos, sino que los mismos serán impuestos, en función de los intereses del proveedor de los bienes o servicios, que es quien detenta el poder en la relación.

Por razones de extensión, obviaremos en este trabajo el tema del reconocimiento de sentencias, pero más por razones de espacio que por considerarlo irrelevante, al contrario, de nada nos sirve un sistema perfecto desde el punto de vista de la jurisdicción y el Derecho aplicable si no podemos garantizar la eficacia extraterritorial de la sentencia que resulte de una controversia de este tipo.

Analicemos ahora, la aplicación de los criterios generales de nuestro sistema de Derecho internacional privado a las relaciones de consumo y las consecuencias que de tal aplicación pueden derivarse cuando las mismas se constituyen a través de un contrato electrónico.

II. Litigios internacionales ¿ante cuál autoridad acudir?

1. Criterios generales sobre jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado

Tratándose de situaciones eminentemente patrimoniales, las relaciones electrónicas de consumo, a falta de una normativa especial en la materia, son regidas por los criterios atributivos de jurisdicción que de manera general rigen, en el sistema venezolano, para las llamadas acciones personales³⁷, es decir, aquellas dirigidas a la tutela de las relaciones jurídicas obligatorias y que sólo pueden promoverse contra el obligado y sus herederos³⁸.

³⁷ Un análisis detallado de los criterios atributivos de jurisdicción en esta materia puede verse: MADRID MARTÍNEZ, Claudia, *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Serie Trabajos de Ascenso N° 10, 2007, pp. 56-99. Para su aplicación en materia de servicios ver: Madrid Martínez, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspecto internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Tesis N° 4, 2009, pp. 200-252.

³⁸ Brugi citado en: CUENCA, Humberto, *Derecho procesal civil*, Caracas, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Colección Ciencias Jurídicas y Políticas, 1994, T. I, p. 189.

Así, en materia de obligaciones el Tratado de Derecho Internacional Privado, mejor conocido como Código Bustamante³⁹, admite acudir a los tribunales elegidos expresa o tácitamente por las partes⁴⁰, siempre que al menos una de ellas sea nacional o esté domiciliada en el Estado del juez, y "*salvo el derecho local contrario*" (Art. 318). Esta última expresión ha sido interpretada por nuestro máximo tribunal como una referencia a los supuestos de jurisdicción exclusiva y de jurisdicción inderogable, por lo que podría ser utilizada para proteger al consumidor, según veremos más adelante, pues la sumisión en materia de consumo podría convertirse en una imposición que menoscabe su ya debilitada posición.

En ausencia de sumisión, el propio Código indica la jurisdicción de los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación y, en su defecto, de los del domicilio o residencia del demandado (Art. 323). En relación con el primer criterio, debemos considerar que, en la mayoría de los casos de consumo electrónico, el lugar de cumplimiento va a coincidir con el lugar del domicilio del consumidor, lo cual le garantiza, cuando menos, litigar en un foro conocido por él. Pero puede ser que no exista tal coincidencia, pensemos en el consumidor que, a través de Internet compra una entrada para un partido de fútbol en otro Estado. Ante estas situaciones, la posible protección se pierde, de manera que, el desplazamiento del consumidor para recibir el bien o servicio contratado por Internet, le hace perder el beneficio de litigar ante sus propios tribunales, conforme a este criterio.

Por su parte, la aceptación del criterio del domicilio del demandado, en el marco de una relación de consumo, supone aceptar litigar en el foro del proveedor. En el marco de una relación paritaria, siendo el proveedor quien asume la mayoría de los riesgos, justo es reconocerle este beneficio. Mas es evidente que semejante planteamiento reafirma la necesidad de diferenciar, a la hora de organizar el sistema de Derecho internacional privado, las relaciones paritarias y las relaciones de consumo. Excusemos a Bustamante, en 1928 la realidad era distinta a la actual.

Por lo que respecta a la Ley de Derecho Internacional Privado, en ella se establece el domicilio del deudor como principal criterio atributivo de jurisdicción

³⁹ Suscrito en el marco de Sexta Conferencia Panamericana en La Habana en 1928; fue ratificado por Venezuela con 44 reservas específicas y publicado en la Gaceta Oficial de fecha 09/04/1932.

⁴⁰ En el marco de este instrumento, "*Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan*" (Art. 321) y, por su parte, "*Se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda, y por el demandado con el hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiera en rebeldía*" (Art. 322).

(Art. 39)⁴¹ ⁴². Consideremos, en este punto, los cometarios hechos en el párrafo anterior con relación al mismo criterio en el marco del Código Bustamante.

En caso que el demandado esté domiciliado fuera de Venezuela, los tribunales venezolanos serán competentes, para conocer de las acciones de contenido patrimonial, si los bienes objeto del litigio estuvieren ubicados en Venezuela, si el contrato se hubiere celebrado en Venezuela⁴³; si fuere Venezuela el lugar de cumplimiento de la obligación⁴⁴ o se hubieren verificado en Venezuela los hechos que dieran lugar a la obligación⁴⁵; si las partes se hubieren sometido expresa o

41 Ley de Derecho internacional privado, Art. 39: "*Además de la jurisdicción que asigna la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los artículos 40, 41 y 42 de esta Ley*".

42 Con respecto a este criterio, la propia Ley entiende que, en el caso de las personas físicas, el domicilio se entenderá ubicado en el lugar donde éstas tengan su residencia habitual (Art. 11); y en el caso de las personas jurídicas, doctrina y jurisprudencia han sido contestes en admitir que, ante el silencio de la Ley y sobre la base de una calificación *ex lege fori*, si se trata de una persona jurídica de carácter civil, se entenderá que ésta tiene su domicilio "*en el lugar donde esté situada su dirección o administración*" (Código Civil, Art. 28); y en el caso de personas jurídicas de carácter mercantil, éstas se considerarán domiciliadas "*en el lugar que determina el contrato constitutivo de la sociedad, y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal*" (Código de Comercio, Art. 203). Ver: ROMERO, Fabiola, "Las personas jurídicas y las obligaciones en la Ley de Derecho internacional privado", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 117, pp. 163 ss., especialmente p. 168. TSJ/SPA, Sent. N° 02207, 21/11/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02207-211100-0970.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 02872, 29/11/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02872-291101-01-0325.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 05878, 13/10/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/05878-111005-2005-1871-2.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 01544, 14/06/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01544-140606-2005-1248.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 00140, 31/01/2007, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00140-31107-2007-2007-0017.html>; TSJ/SPA, Sent. N° 00249, 14/02/2007, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00249-14207-2007-2007-0050.html>

43 Criterio utilizado en: TSJ/SPA, Sent. N° 05895, 11/10/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/05895-111005-2001-0837.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 05878, 13/10/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/05878-111005-2005-1871-2.htm>.

44 Criterio utilizado en: TSJ/SPA, Sent. N° 04541, 21/06/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/04541-220605-2001-0245.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 06510, 13/12/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/06510-131205-2004-0806.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 01285, 17/05/2006, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/01285-180506-2006-0772.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 01403, 07/08/2007, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01403-7807-2007-2007-0704.html>.

45 Utilizado en materia extracontractual en: CSJ/SPA, Sent. 21/10/1999, en: Jurisprudencia Ramírez & Garay, 1999, Tomo CLVIII, pp. 762 ss.; y en materia contractual en: TSJ/SPA, Sent. N° 00335, 06/03/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00335-060303-2001-0804.htm>

tácitamente a su jurisdicción^{46 47} o si el demandado hubiere sido citado personalmente en su territorio⁴⁸ (Art. 40)⁴⁹.

Justo es reconocer que, tradicionalmente, la doctrina venezolana ha vinculado la materia contractual con el criterio de la sumisión. En efecto, para Joaquín Sánchez-Covisa, ante la existencia de una pluralidad de Estados potencialmente competentes, ninguno podría resultar más idóneo que el considerado por las propias partes contratantes para conocer de sus pretensiones contrapuestas⁵⁰. Recordemos que el acto de sumisión⁵¹ de las partes a los tribunales de un Estado determinado puede producir un efecto derogatorio con respecto a los tribunales de los demás Estados.

Por tal razón, algunas legislaciones, con un fin eminentemente proteccionista, deciden limitar este acto de autonomía procesal –diseñado pensando en relaciones paritarias– al despojarlo del efecto derogatorio y conservando, a su pesar, la jurisdicción de los llamados foros de protección, los cuales tienen por objeto garantizar el acceso de los consumidores y usuarios a los tribunales del Estado de su domicilio, limitando la eficacia de los acuerdos de elección a un

46 En el marco de la Ley, "La sumisión expresa deberá constar por escrito" (Art. 44); y "La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva" (Art. 45).

47 Ver, entre otras, sumisión expresa y tácita: TSJ/SPA, Sent. N° 4541, 22/06/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/04541-220605-2001-0245.htm>. Sumisión tácita: TSJ/SPA, Sent. N° 01173, 20/06/2001, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01173-200601-14730%20.htm>; TSJ/SPA, Sent. N° 00245, 20/02/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00245-200203-2002-1108.htm>.

48 Criterio utilizado en: TSJ/SPA, Sent. N° 01359, 13/06/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01359-130600-14878%20.htm>

49 Ley de Derecho internacional privado, Art. 40: "Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial:

1. Cuando se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República;

2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio;

3. Cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República.

4. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción".

50 SÁNCHEZ COVISA, Joaquín, "Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta", en: *Obra jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 377 ss., especialmente p. 394. Ver también: DOS SANTOS, Olga, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 2000, pp. 155-156.

51 Hernández-Breton califica este acuerdo como un "contrato". Ver: HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*, Caracas, Editorial Sherwood, Colección Cuadernos, N° 8, 2004, pp. 77.

foro diferente, pues estos son generalmente impuestos por el proveedor de bienes o servicios⁵².

Es necesario apuntar que las cláusulas de sumisión contenidas en contratos de adhesión no invalidan el consentimiento contractual, salvo que se constate la existencia de una irrazonable disparidad del poder negociador o una lesión del derecho al debido proceso, al colocarse al adherente en situación de grave dificultad de acceso a la justicia⁵³.

Al respecto, Scotti se pregunta por el carácter abusivo de una cláusula de elección de foro, en el marco de los contratos electrónicos de consumo. La autora reconoce que, en las relaciones virtuales, las partes pueden estar muy alejadas físicamente, lo cual puede generar múltiples problemas de tiempo y dinero. Esta circunstancia puede hacer que, en la práctica, se le impida el acceso a la justicia al consumidor, por lo cual, una cláusula de sumisión a tribunales diferentes de los propios, podría ser calificada como abusiva⁵⁴. Tengamos en cuenta este planteamiento, pues más adelante nos servirá para fundamentar la procedencia de la inderogabilidad convencional de la jurisdicción para los casos de Derecho de consumo.

2. Los foros de protección y la jurisdicción inderogable

2.1. Nociones generales

Cuando se admite la posibilidad de elegir un foro determinado, en el marco de los contratos internacionales, se presume que se trata de aquellos que han sido libremente negociados, es decir, de contratos paritarios. Cuando en ellos participa un consumidor, los sistemas tienden a establecer un marco protector sumamente limitativo que no permite funcionar ningún tipo de cláusula abusiva. *"Especialmente están prohibidas las cláusulas de elección de jurisdicción, con las que se pretende someter el caso a jurisdicciones inaccesibles para el consumidor, desprovistas de una protección mínima para éste, o simplemente coincidentes con el país del empresario, así como buscan la aplicación de una legislación de fondo menos favorable para el consumidor"*⁵⁵.

⁵² En este sentido: CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y Pilar BLANCO MORALES-LIMONES, Capítulo XXV. Contratos internacionales (II), Algunos contratos, en: Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y otros, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, Vol. II, pp. 437 ss., especialmente p. 438.

⁵³ IUD, Carolina, "Mecanismos de protección al consumidor ante un acuerdo de prórroga de la jurisdicción", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, junio 2006, www.eldial.com

⁵⁴ SCOTTI, La (des)protección del ciberconsumidor..., *ob. cit.*, p. 530.

⁵⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, María Blanca NOODT TAQUELA y Jorge R. ALBORNOZ, "Modalidades contractuales específicas", en:

La Ley suiza de Derecho internacional privado es reconocida como uno de los primeros instrumentos en garantizar al consumidor la posibilidad de acudir ante los tribunales de su propio domicilio, dejando incluso sin efecto cualquier cláusula de elección de un foro distinto⁵⁶. En efecto, el artículo 114,1, establece tal posibilidad en aquellos casos referidos a "*contratos sobre una prestación de consumo corriente destinada al uso personal o familiar del consumidor y que no tiene relación con su actividad profesional o comercial*"⁵⁷.

El consumidor, parte débil en el contrato, tiene también la facultad de elegir un foro diferente para llevar a cabo el litigio. Podrá éste elegir, además de los tribunales de su domicilio, aquellos del lugar de celebración del contrato, los del lugar de su ejecución e, incluso, aquellos del Estado en el cual el proveedor del servicio tenga su domicilio, en caso de tratarse de personas físicas, o su establecimiento, si se tratare de personas jurídicas. Con semejante facultad, no extraña que Pocar refiera la existencia de un *forum shopping* a favor del consumidor⁵⁸.

Consideremos también el ejemplo que nos ofrece la sección 80 del *Restatement of the Law on Conflict of Laws 2d* (1971). De conformidad con la mencionada sección, el acuerdo de las partes con relación al lugar de la acción será válido, siempre que no sea injusto o no razonable. A partir de esta disposición se ha llegado a afirmar que si se trata de contratos con consumidores, la cláusula no tendrá validez. Igualmente, será descartada cuando no sea el resultado de una negociación libre entre partes económicamente iguales, cuando esté afectada por fraude y cuando se demuestre que aceptar la validez de la misma privaría a una parte de la oportunidad de ser oída y de entablar su demanda⁵⁹. Se reportan, sin embargo, sentencias contrarias a este criterio que, como se sabe, no tiene naturaleza vinculante⁶⁰.

AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados de Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 1027 ss., especialmente pp. 1031-1032.

⁵⁶ POCAR, Fausto, "La protection de la partie faible en Droit international privé", en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984 V, T. 188, pp. 339 ss., especialmente pp. 397-398.

⁵⁷ Ley de Derecho internacional privado suiza, Art. 114: "*1. En los contratos que responden a las condiciones enunciadas por el artículo 120, primer párrafo, la acción del consumidor puede ser intentada, a elección de este último, ante el tribunal suizo: a. De su domicilio o de su residencia habitual...*".

⁵⁸ POCAR, La protection de la partie faible en Droit international privé..., *ob. cit.*, p. 398.

⁵⁹ SCOLES, Eugene y Peter HAY, *Conflict of laws*, Minnesota, West Publishing Co., Hornbook series, 2ª ed., 1992, p. 226.

⁶⁰ Es el caso de la decisión *Carnival Cruise Lines Inc. c. Shute* (499 US 585, 1991), en la cual la Corte Suprema de Estados Unidos admitió la validez de una cláusula de elección de foro en un contrato de servicio con consumidores, a pesar de que la misma obligaba a las víctimas a litigar en el otro extremo del país.

Referencia tomada en: Fernández Arroyo, Fresnedo de Aguirre, Noodt Taquela y Albornos, *Modalidades contractuales específicas...*, *ob. cit.*, pp. 1032-1033.

En el ámbito europeo por su parte⁶¹, se ha puesto de relieve la necesidad de proteger a consumidores y usuarios en el ámbito internacional y a esta tarea, desde el punto de la vista de la jurisdicción, se avoca el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶². La Sección 4 de este instrumento –"Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores"– además de asumir aplicación en los casos de "contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional", siempre que se tratare de una venta a plazos de mercaderías; un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; o, en todo caso, "cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades" (Art. 15)⁶³, establece criterios atributivos de jurisdicción especiales para la materia, según que el consumidor actúe como demandante o como demandado.

En efecto, de conformidad con el artículo 16, la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor; mientras que si la acción es entablada contra el consumidor por la otra parte contratante, ésta sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor. El afán de proteger al consumidor llevó a la Comisión a considerar que incluso la publicidad a través de Internet bastaría para caracterizar la actividad comercial a que se refiere la norma en el artículo 15,1,c, la cual también

61 En el ámbito de la Unión Europea, hemos de considerar que el incremento de las relaciones de consumo fomentado por las libertades garantizadas en el marco del proceso de integración, ha dado origen a principios como el del país de origen, el cual permite que cualquier bien o servicio oriundo de un Estado de la Unión, conforme a las normas de ese Estado, pueda circular o ser comercializado en cualquier mercado de la misma y para los consumidores de cualquiera de ellos. GEBAUER, M., *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heildelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998, p. 86. Tal principio es considerado por algunos autores como una norma de conflicto, en el sentido que permite la aplicación de la Ley del lugar de origen del producto o servicio. Ver: LIMA MARQUES, Cláudia, *O novo Direito internacional privado...*, *ob. cit.*, p. 282.

62 Aprobado el 22/12/2000, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° L 012 de 16/01/2001, pp. 0001-0023. Véase en: http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1989/es_489A0535.html

63 La propia norma establece, en su párrafo 2, que "Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado".

protegería al turista que normalmente prefiere las marcas comercializadas en su Estado, debido a la garantía, a los servicios postventa, al conocimiento de la marca, etc.⁶⁴

La posibilidad de pactar cláusulas de elección de foro no está del todo prohibida por el instrumento en estudio, pero funciona de manera limitada. Efectivamente, el artículo 17 del Reglamento establece que:

Únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos atributivos de competencia: 1. posteriores al nacimiento del litigio; o 2. que permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección; o 3. que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la Ley de éste prohibiere tales acuerdos.

La excesiva limitación a la autonomía de la voluntad se debe –en opinión de Lima Marques– a que se trata de normas especiales cuyo objetivo es la protección de los consumidores. Mas la autora no deja de considerar que éstas constituyen también ventajas comparativas, pues el consumidor europeo preferirá el bien comercializado o el servicio prestado en su propio Estado o en la Unión Europea, de manera de poder litigar de forma accesible y hacer efectivos sus derechos materiales de consumidor europeo⁶⁵.

La admisión del acuerdo una vez surgida la controversia, y no antes, se debe a que al momento de la celebración del contrato, el consumidor no tiene ningún poder; mientras que al momento en que surge la controversia, el consumidor cuenta al menos con el derecho a presentar la demanda ante los tribunales de su propio Estado y, precisamente por ello, la prohibición de la sumisión, que en principio busca protegerlo, puede resultar perjudicial para un consumidor que considere más conveniente para sus intereses, llegar a un acuerdo con el proveedor, para plantear la controversia ante un juez que, en principio, carece de jurisdicción⁶⁶.

Ahora bien, por lo que respecta al ámbito interamericano, específicamente en el ordenamiento proveniente de Mercosur, encontramos el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción en materia de relaciones de consumo. De conformidad con el artículo 1 de este instrumento, los contratos de compraventa, de préstamo o crédito o, en fin, cualquier contrato de consumo, cuyo objeto sea la prestación de un servicio o el suministro de un bien mueble corporal, siempre que la

⁶⁴ Referencia tomada de LIMA MARQUES, O novo Direito internacional privado..., *ob. cit.*, p. 285.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 285-286.

⁶⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, FRESNEDO DE AGUIRRE, NOODT TAQUELA y ALBORNOZ, Modalidades contractuales específicas..., *ob. cit.*, p. 1032.

celebración del contrato haya sido precedida por una oferta específica o una publicidad lo suficientemente precisa y que el consumidor haya realizado los actos necesarios para el perfeccionamiento del contrato, quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Protocolo; sin embargo se excluyen los contratos de transporte (Art. 1).

En relación con la jurisdicción, los artículos 4 y 5 del Protocolo, de manera similar a como lo hace el Reglamento 44/2001, discriminan los casos en los cuales el consumidor actúa como demandante de aquellos en los cuales actúa como demandado. Cuando el consumidor es quien intenta la demanda, tendrán jurisdicción, a su elección, además de los tribunales de su domicilio (Art. 4,1), aquellos del lugar de celebración del contrato, de cumplimiento de la prestación del servicio o de entrega de los bienes y del domicilio del demandado. Los tres últimos foros sólo serán operativos si el consumidor expresamente así lo decide al momento de introducir la demanda (Art. 5). En caso contrario, algunos autores –fieles al espíritu proteccionista del Protocolo– estiman que el juez, antes de declararse incompetente de oficio, deberá requerir al consumidor una declaración en torno a la jurisdicción⁶⁷. En caso que el consumidor sea demandado, el proveedor sólo podrá acudir ante los tribunales del domicilio de éste (Art. 4,2)⁶⁸.

Finalmente, debemos mencionar la solución contenida en la propuesta unificada para la CIDIP VII, la cual, en el artículo 1 del Protocolo Adicional sobre Jurisdicción, establece una regla general de acuerdo con la cual tendrán "*jurisdicción internacional*" para conocer de las acciones en materia de relaciones de consumo, los tribunales del Estado Parte del domicilio del consumidor. Luego, en el artículo 2 se establece lo que la propia propuesta

67 Así lo estiman: DREYZIN DE KLOR, Adriana, Amalia URIONDO DE MARTINOLI y María Blanca NOODT TAQUELA, "Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños", en: AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 137 ss., especialmente p. 199.

68 A pesar de reconocer las bondades del Protocolo, en relación, con la protección brindada a los consumidores, Lima Marques apunta algunas lagunas en el mismo. En primer lugar, la autora refiere la ausencia de regulación en relación con el consumidor turista, pues el artículo 1 se refiere a la aplicación del Protocolo sólo en aquellos casos en que haya habido publicidad en el lugar del domicilio del consumidor y éste no es el caso del turista normal. En estos supuestos sería recomendable crear un foro preferencial para el turista de Mercosur, admitiendo que el mismo pueda acudir ante los tribunales del lugar de la agencia de viajes o del transportista, sin tener que acudir necesariamente a los tribunales del domicilio del turista activo que viaja para consumir. En segundo lugar, Lima Marques cuestiona la exclusión de los servicios de transporte del ámbito de aplicación del Protocolo (Art. 1,2) debido, justamente, a la importancia del turismo en el ámbito de la integración. Mas no deja de reconocer que, por la existencia de numerosos tratados internacionales que regulan la materia, la protección del consumidor estaría asegurada. Finalmente, la autora estima que las demás faltas del Protocolo tienen que ver con la importancia dada a la materia contractual, dejando de lado la protección extracontractual derivada de las relaciones pre y post contractuales. Ver: LIMA MARQUES, *O novo Direito internacional privado...*, ob. cit. p. 289.

denomina "*Soluciones alternativas*" y que permiten al consumidor elegir entre los tribunales del lugar de celebración del contrato de consumo; los del lugar de la prestación del servicio o la entrega del producto; y los del domicilio del demandado. De ello podríamos concluir que el proveedor del servicio sólo puede acudir a los tribunales del domicilio del consumidor.

2. Sistema venezolano

El sistema venezolano no establece expresamente foros de protección para los casos de relaciones que involucren al consumidor o, en general, a cualquier débil jurídico. No establece siquiera un criterio especial para la materia. Sin embargo, la consagración de foros inderogables puede generar el efecto tuitivo buscado por los foros de protección, pues su objetivo es limitar la expresión procesal de la voluntad de las partes y su posible efecto derogatorio de la jurisdicción venezolana, para los casos en que el consumidor electrónico se encuentre domiciliado en Venezuela⁶⁹.

La inderogabilidad constituye un límite al poder de autorregulación de las partes en el problema jurisdiccional. En opinión de Rodríguez Carrera, se trata de la imposibilidad de excluir la jurisdicción de los tribunales venezolanos, siempre que una de las partes continúe interesada en litigar ante estos órganos. La finalidad capital de la inderogabilidad de la jurisdicción es mantener, en todo momento, la jurisdicción atribuida a los tribunales venezolanos, a disposición de una de las partes, aunque entre ellas haya habido un acuerdo previo para derogar tal foro⁷⁰. En tales casos, el posible efecto derogatorio de la sumisión no se produce debido al expreso mandato del legislador.

69 No nos referiremos en este caso a los foros de jurisdicción exclusiva, pues la finalidad de los mismos no es garantizar el acceso del débil jurídico a los tribunales venezolanos, independientemente de una manifestación previa de voluntad, sino más bien excluir el juego de cualquier otro tribunal y de las sentencias que el mismo pueda proferir. En tal sentido, el legislador venezolano es claro al establecer, en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que "*Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos: ... 3. Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio*". En estos casos, debido a la fuerte presencia de criterios públicos materiales, a la importancia que la resolución del litigio pueda tener para la seguridad del tráfico y a la estrecha relación que hay entre los aspectos declarativos y los aspectos ejecutivos en este tipo de litigios que resuelven casos con elementos de extranjería, cada legislador monopoliza, para cierta categoría de controversias, la jurisdicción de sus propios tribunales. Ver: VIRGÓS SORIANO, Miguel y Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 179-180; y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, en: AA.VV., *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 137 ss., especialmente pp. 162-163.

70 RODRÍGUEZ CARRERA, Luis, Artículo 47. Inderogabilidad convencional de la jurisdicción, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de

En efecto, de conformidad con el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado:

La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten principios esenciales del orden público venezolano.

De tal manera, el posible efecto derogatorio de la elección de las partes de un foro extranjero se ve limitado. Si una de las partes decide litigar ante los tribunales venezolanos, siempre que estos tengan jurisdicción, cualquier acuerdo que la misma haya firmado, incluso sin vicio alguno en su consentimiento, no producirá efectos sobre ellos.

Examinemos los tres supuestos establecidos en el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El primero se refiere a los derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en Venezuela⁷¹, supuesto que también se configura como un caso de jurisdicción exclusiva⁷², y con escasa importancia en esta materia, razón por la cual no será abordado en estas líneas.

En lo que respecta a las materias con respecto a las cuales no cabe transacción, hemos de hacer algunas precisiones. En primer lugar, las normas que, en el Código Civil (Arts. 1.713 ss.) y en el Código de Procedimiento Civil (Arts. 255 ss.), regulan la transacción, no establecen enumeración alguna sobre las materias en las que no puede transarse, por tal razón, Rodríguez Carrera ha afirmado que la revisión de este límite ha de llevarse a cabo necesariamente *a posteriori*, pues ante la ausencia de una declaración legislativa es al juez a

Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. II, pp. 1043 ss., especialmente p. 1104. Ver también HERNÁNDEZ-BRETON, *Problemas contemporáneos...*, *ob. cit.*, p. 118-119.

⁷¹ En relación con éste, resulta interesante la decisión que tomó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Consorcio Barr, S.A. c. Four Seasons Caracas, C.A., a través de la sentencia dictada el 25 de marzo de 2003 (TSJ/SPA, Sent. N° 00476, 25/03/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00476-250303-2003-0044.htm>). En ella se debatió el efecto derogatorio de una cláusula arbitral contenida en un contrato de gerencia de hotel, cuya resolución se solicitó conjuntamente con la resolución de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, ambos contratos ejecutados en un inmueble ubicado en la ciudad de Caracas. La Sala –acertadamente, en nuestra opinión– delimitó, para determinar los efectos de la cláusula, el ámbito de ambos contratos y entendió que los mismos sólo podían discutirse en el marco del contrato de servicios y no así en el caso de la garantía hipotecaria.

⁷² LDIPV, Art. 53, "*Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos: 3. Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio*".

quien corresponde su determinación, lo cual, en su opinión no parece recomendable⁷³.

En esta materia nos interesa, fundamentalmente, el tercer supuesto del artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, referido a "*aquellos casos... que afecten los principios esenciales del orden público venezolano*"⁷⁴. Debe notarse que la norma transcrita se refiere a contrariedad, a violación, y no simplemente a interés, tal como ocurre con el artículo 2060 del Código Civil francés que, en materia de arbitraje, se refiere, de manera más genérica a "*matières qui intéressent l'ordre public*"; expresión que amplía mucho más la posibilidad de rechazar la derogatoria convencional de la jurisdicción cuando se trate de controversias, no cuya exclusión de la jurisdicción venezolana sea manifiestamente contraria al orden público, sino que simplemente le interesen⁷⁵.

73 Además entiende que la ausencia de precalificación legal de una materia como no transable puede deberse a que la misma interesa al orden público, lo cual genera una "*impertinente duplicación normativa*", en relación con el tercer supuesto de inderogabilidad convencional de la jurisdicción consagrado por el propio artículo 47 de la Ley. Ver: Rodríguez Carrera, Artículo 47..., *ob. cit.*, p. 1086. Ya en otras oportunidades hemos afirmado que muchas de las materias en que no cabe transacción, interesan al orden público, es el caso de los supuestos a que se refiere el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual todas las materias pueden ser sometidas a arbitraje "*con tal que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción*". (MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2006, N° 126, pp. 79 ss., especialmente p. 84). También puede entenderse esta afirmación en el marco de la Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 07/04/1998), cuyo artículo 3 establece que "*Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir*", para luego excluir, entre otras, las controversias que "*Sean contrarias al orden público*" (Art. 3,a LAC). La identificación de la materia transable con la materia arbitrable, constituye la razón por la cual Rodríguez Carrera estima que, tal como se planteó durante las discusiones de la Ley, esta limitación debería estar dirigida a los casos del arbitraje y no a los supuestos de cláusulas de elección de foro, sobre todo por la confusión jurisprudencial de la jurisdicción inderogable con la jurisdicción exclusiva. Ver: RODRÍGUEZ CARRERA, Artículo 47..., *ob. cit.*, pp. 1087-1089.

74 Debemos igualmente considerar, a los efectos de la interpretación de este supuesto, que la propia Ley de Derecho Internacional Privado se refiere a "*principios esenciales del orden público venezolano*", con lo cual hace referencia, más que al orden público interno, al orden público en Derecho internacional privado, lo cual restringe aún más la limitación y deja en manos del juez la determinación de los casos en los cuales la derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos es contraria a tales principios. Ver: MADRID MARTÍNEZ, El rol del orden público..., *ob. cit.*, pp. 80-81.

75 Comentando la expresión del artículo 3,a de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, que también exige contrariedad, Frank Gabaldón estima que la misma excluye las controversias que violen el orden público, sin llegar a revestir carácter penal, es decir, "*controversias que surjan de hechos o actos que sean manifiestamente contrarios al orden público, por violar una norma imperativa en la que aparezca de modo expreso o evidente interesado el orden público*". Ver: GABALDÓN FRANK, *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Livrosca, 1999, p. 39. Sin embargo, Hung Vaillant expresa su opinión contraria, al afirmar que "*hubiera sido más adecuado hacer referencia a las controversias en las cuales 'estuviere involucrado o interesado*

Pensamos, por nuestra parte, que fue más adecuada la solución acogida por nuestro legislador, pues las "*materias que interesan al orden público*" representan una categoría excesivamente amplia, cuya consagración podría obstaculizar de manera considerable la posibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos, incluso en materias para las cuales el propio legislador permite el recurso a la vía arbitral. Y es en este punto, en el cual existe una diferencia entre este supuesto de inderogabilidad y el referido a las materias no transables. En efecto, es posible que nos encontremos ante una materia susceptible de transacción, pero con relación a la cual, la derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos resulte contraria a los principios fundamentales protegidos por el orden público.

Es lo que ocurría, precisamente, en materia de consumo. Así, a pesar del enunciado del artículo 2 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, de conformidad con el cual "*Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciable por las partes*", la propia norma permite acudir a la conciliación o algún arreglo amistoso, para dirimir controversias relativas a las operaciones económicas entre proveedores y consumidores y usuarios, siempre "*que sean de su interés particular y en las que no se afecte el interés colectivo*" (Art. 114).

De tal manera, si la controversia se plantea ante un tribunal venezolano y éste entiende que se trata de un supuesto en el cual, vistas las características del caso concreto, el acuerdo de elección de un tribunal extranjero alegado para excepcionar el ejercicio de la jurisdicción venezolana afecta los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, éste deberá descartar tal acuerdo y asumir la jurisdicción. Pensemos en un consumidor que compra, a través de la Red, un producto a una empresa extranjera, que no tiene recursos para responder de un proceso planteado en el extranjero y frente al cual, la negativa de la jurisdicción venezolana resultaría en la violación del principio de tutela judicial efectiva.

Es aquí donde volvemos a la idea expuesta por Scotti⁷⁶. El hecho que el consumidor no pueda soportar económicamente un litigio en el extranjero, tiene que constituir un llamado de atención a los tribunales venezolanos, a fin de conservar la jurisdicción y facilitar el derecho a la defensa del consumidor, su derecho a una tutela judicial efectiva. Su jurisdicción, en tales casos, debería ser declarada inderogable.

Quizás, con esta interpretación, se acerque nuestro sistema a la solución contenida en la sección 80 del *Restatement*, en el sentido que la sumisión a tribunales extranjeros, en materia de consumo, sea injusta o no razonable, es

el orden público', con lo cual se habría evitado la necesidad de referencia específica a los delitos y faltas". Ver: HUNG VAILLANT, Francisco, Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, Colección Estudios Jurídicos N° 74, p. 148.

⁷⁶ SCOTTI, La (des)protección del ciberconsumidor..., *ob. cit.*, p. 530.

decir, en nuestro lenguaje, contraria a los principios esenciales de nuestro sistema jurídico.

En el marco del Código Bustamante, puede éste constituir un caso de "*Derecho local contrario*" que limita los efectos derogatorios que, eventualmente, produce la sumisión, incluso en aquellos casos en los que, tal como lo exige el artículo 321, las partes hayan renunciado "*clara y terminantemente*" a hacer valer sus pretensiones ante los tribunales venezolanos –su fuero propio. Sin duda, tal excepción podría ser opuesta ante los tribunales de otro Estado parte del citado tratado.

Finalmente, hemos de considerar que la facultad de elegir el foro ante el cual se desea hacer valer determinada pretensión, se ve severamente restringida frente a los contratos de adhesión, modelos frecuentemente utilizados en los contratos electrónicos con consumidores. Así, nuestro máximo tribunal ha afirmado que visto que en el contrato de adhesión "*queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes*", limitando la posibilidad de uno de los contratantes a la aceptación de los términos impuestos por el otro, no puede aceptarse una disposición acerca de la jurisdicción, debido a que ello afecta la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 26 de la Constitución de la República, desarticulando todo el sistema judicial. Si las partes desearan estipular una cláusula de elección de foro, deberán hacerlo de manera independiente⁷⁷.

3. El consumidor ante el arbitraje

El comercio internacional encuentra en el arbitraje uno de sus pilares fundamentales. No es por ello extraño que en los complejos contratos internacionales de hoy sea frecuente encontrar cláusulas arbitrales reconocidas como el modo normal de acceder al arbitraje. Tal proliferación podría deberse, además, al frecuente uso de estos acuerdos en los contratos-tipo o estandarizados⁷⁸, a manera de acción preventiva para solventar las posibles diferencias que surjan entre las partes como consecuencia del incumplimiento o interpretación de un contrato principal⁷⁹.

Sin embargo, en presencia de un débil jurídico, el panorama cambia. Sin dejar de reconocerse la importancia de este mecanismo de heterocomposición

⁷⁷ La propia sentencia fundamenta este rechazo en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, de conformidad con cuya parte final "*En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente*" TSJ/SPA, Sent. N° 01252, 30/05/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01252-300500-15341%20.htm>

⁷⁸ Ver, por ejemplo, los modelos elaborados por la FIDIC.

⁷⁹ Ver: CHILLÓN MEDINA, José María y José Fernando MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1991, p. 589. Como la "*chave mestra da arbitragem comercial internacional*" la califica Strenger. En: STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, São Paulo, Editora LTR, 1996, p. 109.

procesal, se han diseñado sistemas de protección para el consumidor, como parte que puede ser obligada a recurrir a una vía extraña a él y que puede presentarse como excesivamente costosa para sus posibilidades económicas, lo cual, sin duda, le imposibilitaría, o al menos le dificultaría, el ejercicio del derecho a la defensa y a hacer valer sus intereses en un proceso⁸⁰.

Es necesario, ratificamos, brindar una protección extra al consumidor. Es posible que sea ésta la razón de ser de la naturaleza especial del arbitraje de consumo, sistema que –en opinión de Chillón Medida y Merino Merchán– tiene una gran incidencia sobre toda la población, pues en puridad, toda sociedad es consumista y usaria a un tiempo de los bienes y servicios que en la misma se ofertan. Los autores españoles ven en el arbitraje, precisamente, "*una de las manifestaciones para la defensa de los consumidores y usuarios*". Por ello lamentan que, en el sistema español, el mismo sea tratado como un "*pseudoarbitraje*", pues constituye un simple procedimiento previo al jurisdiccional, sin eficacia procesal alguna⁸¹.

No ocurría lo mismo en Venezuela, con el sistema implementado por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario derogada, en la cual el laudo dictado por la Sala de Conciliación y Arbitraje del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario tenía carácter vinculante y podía incluso ejecutarse de manera forzosa, por los tribunales competentes, de acuerdo con las normas para la ejecución de sentencias establecidas en el Código de Procedimiento Civil (Arts. 158-159 LPCU).

Este arbitraje de consumo pudo haber contribuido, en efecto, a paliar el desequilibrio económico entre las partes, garantizando el acceso a la justicia del consumidor quien generalmente ve en la vía jurisdiccional ordinaria un camino más gravoso que el propio daño de que ha sido víctima⁸². Incluso, el arbitraje de consumo contribuiría a materializar el mandato constitucional de establecer los mecanismos necesarios para garantizar los derechos del consumidor (Art. 117 CRBV).

80 A pesar de esta realidad, Tellechen Solís ha afirmado que en materia de contratos bancarios, en los que el banco, generalmente, impone libre y muy amplia y exhaustivamente sus condiciones y donde generalmente el cliente ni siquiera puede conocer personalmente a quien suscribe con él, el contrato respectivo, porque generalmente es un contrato de adhesión, tanto el arbitraje como la mediación resultan perfectamente aplicables. Ver: TELLECHEN SOLÍS, Antonio, "Medios alternativos para la solución de conflictos bancarios, Mediación y Arbitraje", en: *Memorias del XX Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario*. Federación Latinoamericana de Bancos, Asunción, Octubre, 2001. Citado en: CHACÓN GÓMEZ, Nayibe, "El arbitraje en los contratos de consumidores: sistema arbitral de consumo en España", en: <http://www.monografias.com/trabajos14/consumidor-arbitr/consumidor-arbitr.shtml>

81 CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje interno e internacional...*, ob. cit., p. 223.

82 CHACÓN GÓMEZ, Nayibe, La protección de dos derechos constitucionales: El arbitraje de los contratos de consumo, en: *Tendencias actuales del Derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, (Coord. J.M. Casal, A. Arismendi, C.L. Carrillo), Caracas, UCV, UCAB, 2007, T. II, pp. 545 ss., especialmente p. 562.

Sin embargo, la vigente Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, suprimió toda referencia al arbitraje. Nosotros no creemos que tal omisión haya de ser entendida como una prohibición absoluta de acudir al arbitraje en materia de consumo. Pensamos que más bien se omitió una importante herramienta para la protección de los consumidores, dejando el camino abierto al arbitraje general con la única salvedad de asegurarse que el acuerdo de arbitraje sea resultado de un acuerdo de voluntades y no de una imposición de la parte fuerte en el contrato. En efecto, el artículo 74,4 del mencionado instrumento declara la nulidad de las cláusulas que "*Impongan la utilización obligatoria del arbitraje*".

Recordemos también que, justamente en materia de comercio electrónico, la propia Ley establece la obligación del proveedor de "*suministrar a la persona la información adecuada y suficiente*" sobre su pertenencia a algún "*organismo de solución de controversias o conflictos*" (Art. 36 LDPABS). En la actualidad, la propia Cámara de Comercio Internacional recomienda el recurso a medios alternativos *online* para la resolución de conflictos (ODR), en los casos de comercio con consumidores. Este sistema proporcionaría un medio eficiente y económico para resolver las disputas relativas al consumo *online* transfronterizo⁸³.

Igualmente, queda la posibilidad de acudir a la protección que brinda el artículo 6 de la propia Ley de Arbitraje Comercial venezolana, para los casos en que el acuerdo arbitral esté contenido en un contrato de adhesión, pues en estos casos "*la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente*"⁸⁴.

La intención del legislador ha sido garantizar la libre voluntad de las partes, expresada en igualdad de condiciones y, en este tipo de relaciones contractuales –tal como hemos afirmado *supra*– la intervención de las partes no es paritaria. Recordemos que en estos casos, las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que la otra parte no podrá introducir modificaciones y, si no quiere aceptarlas, debe renunciar a celebrar el contrato.

⁸³ ICC, *Resolving disputes online. Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions*, 2005, en: <http://iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/e-business/pages/ResolvingDisputesOnline.pdf> Estas ventajas pueden invertirse, no obstante, debido a la imposibilidad de ejecutar tales acuerdos o decisiones, con lo cual ese procedimiento expedito realizado en línea se convertiría en un costoso e interminable conflicto. Ver: Castro Pinzón, Adriana, Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea frente a los conflictos B2C, en: Revista de Derecho informático, abril 2004, N° 069, en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1217>

⁸⁴ "*Esto significa, según entendemos, que en esos contratos el acuerdo de arbitraje debe constar en documento separado, y además en este documento la voluntad de las partes de celebrar un acuerdo de arbitraje debe ser expresa, todo ello con el propósito de evitar en lo posible abusos en los contratos de adhesión por la parte económicamente dominante, o que la parte sorprenda en su buena fe a la otra en los contratos normalizados*". Así: GABALDÓN, *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial...*, ob. cit., p. 47.

Esta protección, aparentemente formal, ha sido calificada por algunos autores como una cuestión más bien de fondo, pues lo determinante, a los efectos de afirmar la validez del acuerdo arbitral, es establecer con absoluta certeza y claridad que el sometimiento a arbitraje fue libre y voluntario por parte del débil jurídico^{85 86}.

III. El Derecho aplicable y sus excepciones

A semejanza de lo que ocurre con la jurisdicción, en materia de Derecho aplicable también se ha olvidado al consumidor⁸⁷. Y ante el silencio que se aprecia en las normas sobre protección al los consumidores y en las relativas al

⁸⁵ Sin embargo, el propio autor añade que, en materia de seguros, por ejemplo, la intervención activa de la Superintendencia de Seguros en la revisión y aprobación del contenido de las pólizas, haría presumir, ante un acuerdo de arbitraje incluido en las mismas, una aceptación voluntaria de este mecanismo (Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje...*, ob. cit., p. 158). No compartimos esta última afirmación, pues aceptarla sería admitir que la Superintendencia puede comprometer al usuario de los servicios de seguros en arbitraje, sin que éste manifieste expresamente su consentimiento, cuestión que precisamente busca impedir el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial.

⁸⁶ La Sala Político Administrativa de nuestro Alto Tribunal ha rechazado, en varias oportunidades, acuerdos de arbitraje contenidos en contratos mercantiles de adhesión. Así, al calificar los conocimientos de embarque como contratos de adhesión, la Sala ha aplicado el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, entendiendo que en estos, el acuerdo arbitral "*deberá hacerse en forma expresa e independiente*", de manera que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no de uno solo de ellos. Por ello, la Sala ha declarado la jurisdicción de los tribunales venezolanos, desatendiendo la cláusula arbitral contenida en el contrato. Ver: TSJ/SPA Sent. N° 01252, 30/05/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01252-300500-15341%20.htm>. "*Para esta Sala, aun cuando el legislador privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, ésta sólo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, pero que evidencia ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan sólo de uno de ellos... En el presente caso, tratándose el Conocimiento de Embarque B/L N° GEOFF411 de un contrato de adhesión, la Cláusula 25 mediante la cual se excluye la jurisdicción de cualesquiera otros tribunales que no sean los de Róterdam, Holanda, no tiene la fuerza suficiente para derogar la jurisdicción que corresponde a Venezuela, tal como se expuso en párrafos precedentes; por tal razón debe descartarse el argumento de falta de jurisdicción expuesto por el a quo en la decisión consultada. Así se declara*". En sentido similar: Sent. N° 01359, 13/06/2000, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01359-130600-14878%20.htm> En sentido similar: TSJ/SPA, Sent. 00962, 01/07/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00962-010703-2003-0562.htm>; TSJ/SPA, Sent. 00997, 02/07/2003, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00997-020703-2003-0676.htm>; TSJ/SPA, Sent. 00339, 14/04/2004, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00339-140404-2004-0111.htm>; TSJ/SPA, Sent. 01388, 01/08/2007, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01388-1807-2007-2007-0639.html>. Criterio ratificado en: TSJ/SPA, Sent. 01953, 28/11/2007, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/01953-281107-2007-2007-1766.html>.

⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Contrato de obra y servicios*, en: LORENZETTI, Ricardo Luis y Cláudia LIMA MARQUES, *Contrato de servicios a los consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 103 ss., especialmente pp. 109-110.

Derecho internacional privado, la doctrina entiende que cabrían dos posibilidades de regulación: en primer término, la autorregulación de fuente privada y, en segundo lugar, el recurso a normas de origen público, básicamente al Derecho internacional privado⁸⁸.

La autorregulación⁸⁹ parte de la conveniencia de crear una *Cyberlaw*, basada en la presunta autonomía del *Ciberespacio*, definido como una *terra nullius*, en donde se realizan transacciones comerciales de forma simultánea entre múltiples personas desconocidas sin importar su ubicación geográfica y donde no es posible hablar de un "*territorio legal*". Por tal razón se propugna un modelo autónomo partiendo de la concepción del *Ciberespacio* como un lugar absolutamente libre⁹⁰. Así, aparecen constantes referencias a expresiones como *Lex informatica*, *Lex electronica*, *Cyberlaw* o *Net Lex*. La Red debe estar gobernada por sus propios usuarios, que son los directamente interesados⁹¹.

Esta versión electrónica de la *Lex mercatoria* abarcaría todas las relaciones que tienen lugar en el ciberespacio –no sólo el tema contractual– y su foro natural serían los ODR. El principio de la ubicuidad expuesto por Jayme⁹² y la inconveniencia de recurrir a las conexiones tradicionales, fundamentarían este sistema integrado por principios generales y cláusulas básicas, tales como actuar de buena fe, la libertad de expresión, el respeto al equilibrio de las partes, etc.⁹³.

Ortega Hernández admite que esta *Cyberlaw* se compone de todas aquellas iniciativas, códigos de conducta, *netiquettes*, políticas de uso de Internet o *Internet Use Policies*, pautas de comportamiento que proponen los usuarios de la Red para otros usuarios, consistentes en normas deontológicas que tienen como fin inmediato, impedir el abuso e irrespeto de algunos usuarios a un grupo determinado de usuarios dentro de la Red⁹⁴.

88 Ver: DREYZIN DE KLOR, El Derecho aplicable al comercio electrónico..., *ob. cit.*, pp. 248-250; Velazquez Gardeta, *La protección al consumidor online...*, *ob. cit.*, pp. 48 ss.

89 Se reconoce como uno de los principales impulsores de esta tendencia a John PERRY BARLOW, uno de los fundadores de la *Electronic Freedom Foundation*. Barlow publicó en 1996 "*A Declaration of the Independence of Cyberspace*". Ver texto en: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

90 Hicks, Bernstein, Bariatti y Swire citados por Vargas GÓMEZ-URRUTIA, Marina, "Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el ciberespacio", en: *Derecho de los negocios*, abril 2000, pp. 1-26, especialmente, pp. 4-5.

91 DREYZIN DE KLOR, El Derecho aplicable al comercio electrónico..., *ob. cit.*, p. 248.

92 JAYME, Identité culturelle et intégration..., *ob. cit.*, pp. 36-37 y 251-261.

93 DREYZIN DE KLOR, El Derecho aplicable al comercio electrónico..., *ob. cit.*, p. 248.

94 El propio autor refiere los principales códigos de conducta existentes: La *International Comision for Assigned Names and Numbers* (ICANN), la Asociación para la Promoción de las Tecnologías de la Información y el Comercio Electrónico (APTICE), la Agencia de Garantía del Comercio Electrónico (AGACE), la Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones (FESTE), el Proyecto Europeo AEQUITAS, la *European Legal Informatics Studies programme* (EULISP), CONFIANZA ON LINE, el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico eCONFIANZA. Ver: ORTEGA HERNÁNDEZ, Rolando Joaquín, "Regulación en

Las críticas hechas a este sistema apuntan a la imposibilidad de conseguir un acuerdo entre todos los usuarios de la Red como creadores de tal autorregulación, por una parte, y por la otra, el hecho que algunos campos sean más proclives que otros a esta sistemática⁹⁵.

La segunda tendencia llama a la aplicación del Derecho internacional privado y a la adaptación de sus soluciones tradicionales, dándose prioridad a las garantías que ofrecen las normas de origen público y la acción de los tribunales ordinarios, frente a las ventajas, a veces dudosas, de las nuevas formas de regulación y solución de controversias. La debilidad jurídica y económica del consumidor, favorecería el recurso a esta vía, junto con la imparcialidad de las instituciones del Estado frente a los intereses del legislador privado⁹⁶.

El ciberespacio, admite la doctrina, no es un lugar nuevo, sino un lente a través del cual se mira el mundo⁹⁷, por lo que la normativa estatal podría adaptarse sin mayores problemas a esta nueva realidad. Veamos las conexiones generales en materia de contratos internacionales, en el sistema venezolano, para luego examinar su aplicabilidad a los contratos de consumo.

1. Derecho aplicable a los contratos internacionales en Venezuela

El Derecho aplicable a los contratos internacionales ha variado a través de la evolución del Derecho internacional privado, sin embargo, hoy día puede sostenerse que, y así lo ha aceptado la más moderna codificación en la materia, el campo de las relaciones contractuales constituye el dominio por excelencia de la autonomía de las partes, quienes pueden libremente elegir el Derecho que será aplicado a sus obligaciones convencionales.

Así lo acepta el sistema venezolano a través de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, instrumento que concede a la autonomía de las partes un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable al disponer, en su artículo 7, que "*El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes*". A falta de elección válida, la Convención admite la procedencia del llamado principio de proximidad, al disponer que "*el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos*". Para la determinación del Derecho con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos, "*el Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato*". "*También tomará en cuenta los principios del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*".

Internet", en: *Revista de Derecho informático*, agosto 2007, N° 109, en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9464>

⁹⁵ DREYZIN DE KLOR, El Derecho aplicable al comercio electrónico..., *ob. cit.*, p. 248.

⁹⁶ VELAZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online...*, *ob. cit.*, p. 49.

⁹⁷ DREYZIN DE KLOR, El Derecho aplicable al comercio electrónico..., *ob. cit.*, p. 249.

En sentido similar, de acuerdo con la Ley de Derecho internacional privado, "*Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes*" y "*A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentren más directamente vinculadas*"⁹⁸.

Incluso el Código Bustamante –cuya regla residual establece la aplicación de la Ley personal común y, en su defecto, de la Ley del lugar de celebración (Art. 186)– da cabida a la autonomía de las partes, aunque no de manera tan clara como en los instrumentos antes citados. Así, al referirse en el artículo 184 a la interpretación de los contratos, admite la aplicación de la Ley tácitamente elegida por las partes, de manera "*tímida e inexplicable*"⁹⁹. Tal interpretación se ve reforzada por el propio Sánchez de Bustamante, para quien en materia contractual "*debe prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad o autarquía personal, como hemos preferido llamarla en la parte general de esta obra*"; a través de su uso las partes pueden "*señalar expresa, tácita o presuntamente las reglas a que ha de obedecer su interpretación*"¹⁰⁰. Sin embargo, aunque algunos autores se muestran favorables a esta interpretación¹⁰¹, Hernández-Breton estima que tal norma se refiere más a una especie de autonomía privada material, que a la autonomía de las partes tal como se la concibe modernamente¹⁰².

En materia de contratos de adhesión, el propio Código establece una regla especial de conformidad con la cual "*Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara*" (Art. 185), dando entrada con esta norma a la llamada "*voluntad presunta*"¹⁰³.

98 En este aspecto, nuestra Ley se acerca a la Convención de México al establecer, en su artículo 30, que: "*El Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales*".

99 ROMERO, Fabiola, "El Derecho aplicable al contrato internacional", en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, T. I, pp. 203 ss., especialmente p. 243.

100 SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3ª ed., 1947, T. II, p. 188 y 196-197.

101 LÓPEZ HERRERA, Francisco, "El contrato en el Derecho internacional privado", en: *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, 1954, N° 1, pp. 87 ss., especialmente p. 97; DOS SANTOS P., Olga María, *Contratos internacionales...*, *ob. cit.*, pp. 83-85.

102 HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, "Contratación internacional y autonomía de las partes: Anotaciones comparativas". En: *Revista de la Procuraduría General de la República*, 1995, N° 12, pp. 18 ss., especialmente p. 76.

103 Se entiende como voluntad presunta aquella "*determinada por el juez, teniendo en cuenta el derecho que las partes hubieren elegido si se hubiesen planteado esta cuestión*". Ver: ROMERO, El Derecho aplicable al contrato internacional..., *ob. cit.*, p. 242.

La tesis de la voluntad presunta ha sido criticada duramente por la doctrina por entender que en el fondo, no es más que una "*fórmula inventada por los juristas para esconder la ausencia de una respuesta satisfactoria a la cuestión de determinar el Derecho aplicable cuando el juez no dispone de alguna prueba del ejercicio de la autonomía de las partes, es una especie de ultimum remedium judicis, es decir, un punto de conexión al cual el juez puede referirse en la medida en que la autonomía de las partes no resulte de los términos del contrato*"¹⁰⁴.

Sin embargo, es necesario apuntar que –y así lo afirma Romero– el artículo 185 del Código Bustamante no consagra la voluntad presunta de las partes en el sentido tradicional o clásico de presunción *hominis*, sino más bien como una presunción *iuris* que, evidentemente, limita al juez en su apreciación¹⁰⁵. Hernández-Breton, por su parte, entiende a esta norma como una importante señal de la aceptación de la voluntad conflictual en el marco del Código Bustamante¹⁰⁶.

En síntesis, podemos afirmar la adecuación del sistema venezolano a las más modernas tendencias en materia de contratos internacionales, consagrando soluciones perfectamente aplicables a los contratos internacionales entre partes con igual poder de negociación. Sin embargo, hemos de referir que tal solución pierde sus ventajas cuando el contrato incluye a un consumidor que no se encuentra en condiciones de igualdad frente al proveedor del bien o servicio.

2. Derecho aplicable a los contratos de consumo

2.1. Principios generales y algunos casos en el Derecho comparado

La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado tiene una indudable influencia en el método asumido por cada Estado para regular los supuestos que involucran a esta categoría de débiles jurídicos. Así, el Estado –a través del legislador– puede intervenir con la formulación de normas de

¹⁰⁴ Kahn-Freund, Casanovas y La Rosa, Schnitzer y Pommier, citados en *Idem*.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 243.

¹⁰⁶ Luego de citar la opinión favorable de Bustamante hacia la voluntad conflictual, Hernández-Breton afirma: "*Sorprende, sin embargo, no encontrar en el articulado relativo a las 'obligaciones en general' o a los 'contrato en general', la consagración indubitada de dicho principio. Sólo en el artículo 185, al tratar de la Ley aplicable a los contratos de adhesión, se hace referencia a la admisión de la voluntad expresa capaz de indicar la Ley aplicable al contrato. Lo anterior sorprende aun más cuando en el capítulo regulador 'del contrato y letra de cambio y efectos mercantiles análogos' se hace un reconocimiento expreso a la autonomía de la voluntad como factor capaz de señalar la Ley aplicable a las relaciones allí reguladas (Arts. 264, 265, 266, 269 y 271)*". Ver: HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, "Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1988, N° 71, pp. 378 ss., especialmente p. 386.

aplicación necesaria; disposiciones que limitan *a priori* el juego de las conexiones generales, de manera de no arriesgarse a la aplicación de un Derecho desfavorable para el consumidor. Pero también puede adaptar la estructura de sus normas de conflicto a las nuevas realidades. Consideremos que el sistema de Derecho internacional privado no escapa al deber del Estado de promover y proteger jurídicamente los derechos e intereses económicos y sociales de las personas (Art. 8,4 LDPABS).

Ahora bien, a semejanza de lo que ocurre en el Derecho interno, en Derecho internacional privado la autonomía conflictual –regla general para determinar el Derecho aplicable al contrato– puede convertirse en un elemento que contribuye al desequilibrio existente entre las partes en las relaciones de consumo. Así, este factor de conexión, cuyas bondades han sido universalmente reconocidas en materia de contratos internacionales, muestra su peor rostro frente al consumidor, sometiéndolo a un Derecho que suele ser más favorable para el proveedor del bien o servicio y resultando incluso en algunas ocasiones totalmente desconocido para él¹⁰⁷. En efecto, si ambas partes no tienen el mismo poder de negociación, el Derecho aplicable podría resultar en una imposición del empresario al consumidor, quien no tendría más remedio que aceptarla¹⁰⁸.

Ante esta realidad, la doctrina reconoce que el principio de la autonomía conflictual ha de sufrir ciertas modificaciones cuando una de las partes se encuentra en situación de inferioridad jurídica o económica frente a la otra¹⁰⁹. En efecto, siendo el Estado el encargado de velar por la protección de los débiles jurídicos y teniendo, a su vez, la competencia para la determinación de su propio sistema de Derecho internacional privado, es el éste el naturalmente llamado a la configuración de su sistema, por lo que, partiendo de la aceptación de la autonomía de las partes, como regla general, éste puede bien suprimir la posibilidad de elegir el Derecho aplicable en materia de consumo, bien limitar tal posibilidad.

107 Neuhaus entiende que la posibilidad de escogencia dada a las partes pierde su sentido si se convierte en un instrumento de dominio de los más débiles por los más fuertes. Neuhaus citado en: LIMA MARQUES, Cláudia, La insuficiente protección del consumidor..., *ob. cit.*

108 Carrascosa González y Blanco Morales-Limones, Capítulo XXV..., *ob. cit.*, p. 442.

109 En el caso específico de los servicios, Palao Moreno estima que la modificación de la autonomía conflictual se debe a dos motivos fundamentales. En primer término, la casi habitual "superioridad intelectual" del prestador frente al usuario –sobre todo cuando el prestador es un profesional liberal– así como su más amplia capacidad de negociación, hacen que generalmente se imponga el Derecho aplicable al usuario, con frecuencia, a través de la adopción de condiciones generales de contratación. Tal situación se ve agravada por el alto grado de tecnificación que en la actualidad experimentan algunos sectores del comercio internacional de servicios, tales como la construcción, los seguros, el transporte, y por la fuerza que han venido ganando las asociaciones de profesionales. En segundo lugar –estima el propio autor– el sector terciario es especialmente sensible a la intervención estatal, debido a que la prestación de un servicio está generalmente condicionada a autorizaciones gubernamentales del Estado en que se desarrolla la actividad en cuestión. Ver: PALAO MORENO, Guillermo, *Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios*, Granada, Comares, 1995, pp. 139-140.

La supresión obedece a la ya anotada proyección del Derecho material sobre el Derecho internacional privado, de manera que tal como las normas materiales protectoras del consumidor excluyen toda capacidad negociadora de las partes¹¹⁰, debería ocurrir lo mismo con las normas de conflicto que indican el Derecho aplicable a los contratos internacionales concluidos con consumidores¹¹¹. Neuhaus pone de manifiesto ese paralelismo al afirmar que si las partes tienen autonomía material, puede haber autonomía en Derecho internacional privado; mas si las partes no tienen autonomía material porque una de ellas es estructuralmente más fuerte y otra más débil, entonces la autonomía de las partes no sirve como factor de conexión principal. En estos casos no hay verdadera libertad material y no puede haberla desde el punto de vista conflictual, a menos que se busque incentivar la escogencia de una Ley favorable a la parte más débil¹¹².

Por ejemplo, la Ley suiza es absolutamente clara al disponer, en su artículo 120,2, que "*La elección del Derecho está excluida*" y prefiere la aplicación del Derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor, si el proveedor ha recibido el pedido en ese Estado; o si la conclusión del contrato ha sido precedida en ese Estado de una oferta o de una publicidad y el consumidor ha cumplido allí los actos necesarios para la conclusión del contrato; o si el consumidor ha sido incitado por su proveedor a presentarse en un Estado extranjero a los fines de realizar allí el pedido (Art. 120,1).

Preferir *a priori* el Derecho de la residencia habitual del consumidor sugiere que éste es el sistema que mejor le protege, lo cual no necesariamente es así en todos los casos. Ya Pocar ha advertido que tal criterio puede resultar contraproducente para el consumidor, en algunas ocasiones, a la vez que el Derecho impuesto por el proveedor del servicio puede ser más beneficioso para éste que el de su residencia habitual¹¹³, y a semejante conclusión sólo puede llegar el juez después de analizar el caso concreto. Por ello, antes que suprimir la autonomía conflictual parece mejor limitarla y, en tal sentido, Palao Moreno admite que la limitación puede lograrse por dos vías. En primer lugar, manteniendo el sistema conflictual aplicable al contrato, restringiéndolo a través de normas de aplicación necesaria, lo cual garantizaría la protección material del consumidor. En segundo lugar, podría elaborarse una norma de conflicto

110 En efecto, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios dispone, en su artículo 2, que "*Las disposiciones de la presente Ley son de orden público e irrenunciables por las partes*" y es bien sabido que "*No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*" (Art. 6 CCV).

111 En este sentido Lando, Ole, The EC draft convention on the Law applicable to contractual and non contractual obligations, en: *RabelsZ*, 1974, pp. 6 ss., especialmente p. 15.

112 Neuhaus citado en: Lima Marques, La insuficiente protección del consumidor..., *ob. cit.*

113 POCAR, La protection de la partie faible en Droit international privé..., *ob. cit.*, p. 373.

específica y ajustada a la problemática que plantean los contratos concluidos con consumidores¹¹⁴.

Nosotros añadimos dos posibilidades de limitación. La primera es la utilizada por el Código Civil de Uzbekistán al permitir, en su artículo 1195, que sea el consumidor quien decida cuál será el Derecho aplicable a la relación de consumo. Esta elección es limitada a una triple alternativa entre el Derecho del Estado en donde el consumidor tiene su residencia; el Derecho del Estado en donde el productor o el servidor tiene su residencia o se encuentra localizado; y el Derecho del Estado en donde el consumidor adquirió el bien, aceptó el resultado del trabajo, o recibió el servicio. Considérese que el sistema de Uzbekistán admite la autonomía conflictual como regla general¹¹⁵.

La segunda posibilidad es la expuesta por Boggiano, para quien la escogencia del Derecho aplicable sólo prevalecerá si fuese éste el mejor Derecho, el más favorable para el consumidor; debiendo, en caso contrario, aplicarse el Derecho del domicilio de éste. Además, el orden público y las normas de aplicación necesaria se mantendrán como límites generales a la autonomía de las partes¹¹⁶. No es necesario un análisis profundo para percibir la dificultad de esta solución. Ya en 1978, Kropholler estimaba que la determinación de la Ley más favorable supone una tarea bastante difícil para los jueces, pues el uso de esta conexión abierta requiere la comparación del resultado material de la aplicación hipotética de los varios Derechos conectados con el caso, para sólo entonces determinar aquel más favorable a los intereses del consumidor y que, por ello, sería aplicable¹¹⁷.

En el ámbito interamericano, nos encontramos frente a un silencio absoluto en materia de relaciones internacionales de consumo¹¹⁸. La Convención de México nada establece al respecto y algunos incluso consideran que, ante semejante laguna, hubiera sido mejor excluir los contratos de consumo de su

114 PALAO MORENO, *Aspectos internacionales...*, *ob. cit.*, pp. 143-145.

115 Código Civil de Uzbekistán, Art. 1189: "El contrato se regula por el Derecho elegido por las partes, salvo disposición contraria de la Ley. Las partes de un contrato pueden seleccionar el Derecho aplicable a todo el contrato o a una parte del mismo. La elección del Derecho aplicable puede hacerse por las partes en cualquier momento, cuando se celebra el contrato o posteriormente. Las partes pueden, también en cualquier momento, acordar lo relativo al cambio del Derecho aplicable al contrato".

116 BOGGIANO, Antonio, The contribution of the Hague Conference to the development of private international Law in Latin America: universality and *genius loci*, en: *Recueil des Cours*, 1992 II, T. 233, pp. 99 ss., especialmente p. 137.

117 Kropholler citado en Lima Marques, La insuficiente protección del consumidor..., *ob. cit.*

118 Los sistemas internos deben trabajar con las normas de Derecho internacional privado diseñadas para contratos paritarios y con las normas de consumo diseñadas para contratos domésticos, generalmente signadas por una fuerte dosis de orden público. Así, puede verse reseña en *Ibid.*, pp. 140-144.

ámbito de aplicación¹¹⁹, sobre todo considerando el éxito de la norma especial del Convenio de Roma, modelo seguido por el codificador interamericano. Además, consideremos que la Convención Interamericana –tal como hemos concluido antes– está diseñada para regular los contratos paritarios, y ante su silencio podría resultar aplicada a un contrato con consumidores.

Así, tal como hemos afirmado *supra*, los trabajos preparatorios para la CIDIP VII se han avocado al tema. En tal sentido, en el marco de la Propuesta de Buenos Aires, instrumento que distingue entre la situación del consumidor activo y la del consumidor pasivo, podemos tomar la regulación de esta última categoría para dar respuesta al caso del ciberconsumidor.

El artículo 4 de la Propuesta dispone que:

Los contratos y transacciones internacionales realizados estando el consumidor en el Estado de su domicilio, especialmente en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración, del lugar de ejecución o de la sede del proveedor de los productos o servicios; dicho derecho será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor. 2. A tales efectos se consideran como opción más favorable al consumidor las siguientes en su respectivo orden: a) el derecho del domicilio del consumidor; b) el derecho de la residencia común del consumidor y de uno de los establecimientos del proveedor de productos y servicios; c) el derecho del lugar de celebración o del lugar de ejecución, si coincidiera con el lugar del domicilio, del establecimiento principal o sede del proveedor de los productos o servicios, que actuó en el contrato en una condición que no sea la de mero distribuidor.

Dos excepciones completarían esta fórmula: las normas imperativas y la cláusula de excepción, concebidas ambas dentro de la filosofía propia del Derecho de consumo. Así, las normas imperativas del foro se aplicarán necesariamente "*en protección del consumidor*"; mas si la contratación hubiere sido precedida por cualquier actividad negocial o de marketing, por parte del proveedor, de sus filiales o de sus representantes, en especial el envío de publicidad, correspondencia, correos electrónicos, premios, invitaciones y demás actividades dirigidas a la comercialización de productos y servicios y a la atracción de clientela en el Estado del domicilio del consumidor, las normas de este Estado se aplicarán de manera necesaria y acumulativa con las normas imperativas del foro y aquellas contenidas en el Derecho que resulte competente para regular el contrato (Art. 7).

119 Tal fue la propuesta de Siqueiros. Ver: SIQUEIROS, José Luis, *Ley aplicable en materia de contratación internacional*, en: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, de fecha 31/07/1991. Ver también: Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI.5 - CIDIP-V/12/93 - 28 de diciembre 1993, pp. 10, 18 y 37.

Por su parte, la cláusula de excepción, además de tener al principio de proximidad como fundamento de actuación, requiere que el Derecho más vinculado sea, a su vez más favorable al consumidor. El artículo 8 de la Propuesta dispone: "*El derecho indicado como aplicable por esta Convención puede no serlo en casos excepcionales, si, teniendo en vista todas las circunstancias del caso, la conexión con el derecho indicado como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otro derecho más favorable al consumidor*". No parece una tarea sencilla el establecimiento, en un caso concreto, de la doble condición de conexidad y favorecimiento de los intereses del consumidor.

2.2. La situación del sistema venezolano

El sistema venezolano de Derecho internacional privado no contiene una regulación especial en materia de contratos concluidos con consumidores. Las normas contenidas en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y en la Ley de Derecho Internacional Privado, nada establecen al respecto. La solución contenida en el Código Bustamante para los contratos de adhesión no da respuesta cabal al problema al acoger la tesis de la voluntad presunta.

Así las cosas, no cabe más que recurrir a la regla general en materia de contratos, y a la excepción general para evitar lesiones en los derechos de consumidores y usuarios. Nos referimos a la admisión de la voluntad conflictual o, en su caso, del principio de proximidad, limitados ambos por la actuación de las normas de aplicación necesaria o inmediata, en protección del consumidor¹²⁰. No dejamos de reconocer que, en la búsqueda del Derecho más vinculado con el contrato, en los casos de ausencia de elección del Derecho aplicable al contrato de consumo, el juez puede considerar la protección del consumidor como un elemento determinante para determinar el ordenamiento jurídico competente¹²¹.

¹²⁰ Así lo reporta Moreno Rodríguez al afirmar que "*la Convención de México no contiene una regulación expresa sobre la protección a consumidores y empleados. Este resguardo queda comprendido dentro de la prevalencia que da el instrumento interamericano a las disposiciones imperativas del foro, según interpretación prevaleciente. Algunos han criticado la omisión; sin embargo, debe considerarse acertado que en su momento no se haya seguido el modelo europeo, cuya solución resulta insatisfactoria y ha merecido, en particular, sugerencias para que en estos temas se cuente con una regulación específica, tal cual debería ocurrir también, eventualmente, en el continente americano*". Ver: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, La CIDIP VII y el tema de la protección al consumidor. Algunas reflexiones en borrador para el foro virtual de expertos, en: http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIP_VII_proteccion_consumidor_jose_moreno_rodriguez.pdf

¹²¹ Así lo ha reconocido Giral Pimentel, al exponer su tesis de las vinculaciones para explicar el principio de proximidad en el sistema venezolano de Derecho internacional privado. Ver: GIRAL PIMENTEL, José Alfredo, *El contrato internacional*, Caracas, EJV, 1999, Colección Estudios Jurídicos N° 71, pp. 214-223.

Bien, entender la aplicación de las normas imperativas como regla general en materia de consumo, lo cual supone una solución simplista de aplicación de la *Lex fori*, no brinda –en opinión de Lima Marques– una respuesta oportuna ni suficiente. No es oportuna, pues no promueve la armonía de soluciones y acaba por aumentar las tensiones propias del comercio internacional. Las legislaciones nacionales y regionales que dejan desamparados a sus consumidores, posibilitan el uso y abuso de estándares fuertemente diferenciados que dan paso al llamado "*consumidor de residuos*", para utilizar la expresión de Stiglitz. No es suficiente porque deja desamparados a parte de los consumidores nacionales. El turista o el consumidor que adquiere un bien o servicio por teléfono o vía Internet no tiene precisa conciencia del Derecho que debe aplicarse a su relación, ni de sus derechos o garantías materiales¹²². Sin embargo, esta es la única herramienta de que dispone el juez venezolano para atemperar los rigores de la voluntad conflictual en los contratos con consumidores.

En efecto, el legislador internacionalprivatista se ha ocupado de estas normas especialmente en materia contractual, debido, por una parte, al creciente intervencionismo estatal en esta área del Derecho y, por otra parte, a los efectos que tiene este tipo especial de disposiciones sobre la autonomía de las partes. Es tal la importancia de estas normas para la regulación de los contratos internacionales, que el propio legislador, además de imponer el respeto de las disposiciones imperativas del Derecho del foro¹²³, permite al juez tomar en cuenta incluso aquellas pertenecientes al ordenamiento jurídico de un tercer Estado¹²⁴. Aunque las dificultades de este último supuesto son innegables, resulta también evidente la importancia que, en materia contractual, tiene tal

122 LIMA MARQUES, A insuficiente proteção do consumidor..., *ob. cit.*, p. 125.

123 Convención de La Haya sobre Ley aplicable al trust y a su reconocimiento (1985), Art. 16: "*La Convención no atenta contra las disposiciones de la Ley del foro cuya aplicación se imponga incluso en situaciones internacionales, cualquiera que sea la Ley designada por las reglas de conflicto de leyes*"; Convención de La Haya sobre Ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1986), Art. 17, "*La Convención no se opone a las disposiciones de la Ley del foro que se impongan, cualquiera que sea la Ley aplicable al contrato*"; Convenio de Roma (1980), Art. 7,2: "*Las disposiciones de este Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la Ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la Ley aplicable al contrato*".

124 Convención de La Haya sobre contratos de intermediarios y representación (1978), Art. 16: "*Al momento de aplicarse la presente Convención, se podrá dar efecto a las disposiciones imperativas de todo Estado con el cual la situación presente un vínculo estrecho, en la medida en que, según el Derecho de este Estado, dichas disposiciones sean aplicables cualquiera que sea la Ley designada por sus reglas de conflicto*"; Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a la agencia (1978), Art. 16: "*Al aplicar este Convenio deberá darse efecto a las reglas imperativas de cualquier Estado con el que la situación tenga una conexión significativa, si, de acuerdo con la Ley de dicho Estado, dichas reglas deben ser aplicadas cualquiera que sea la Ley especificada por sus normas de conflicto*"; Convención de La Haya sobre Ley aplicable al trust y a su reconocimiento (1985), Art. 16: "*A título excepcional, se podrá dar efecto igualmente, a las reglas de la misma naturaleza de otro Estado que presente un vínculo suficientemente estrecho con el*

consideración, sobre todo a la hora de valorar la responsabilidad que pueda derivarse del incumplimiento de un contrato.

En el sistema venezolano, encontramos dos disposiciones referidas a este particular. En primer lugar, el artículo 11 de la Convención de México establece "*No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos*".

La norma citada ordena al juez atender a sus propias normas de aplicación necesaria, estipulación que se ve confirmada en el artículo 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado, según el cual "*No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos*". Expresión esta última que se ha entendido como haciendo referencia, dentro del grupo de las normas imperativas, a aquellas cuya intensidad es tal que incluso impiden la actuación de la norma de conflicto y, en consecuencia, la potencial actuación del Derecho extranjero, es decir, las normas de aplicación necesaria¹²⁵.

objeto del litigio. Todo Estado contratante podrá declarar, por una reserva, que no aplicará la disposición del párrafo segundo del presente artículo"; Tratado Benelux sobre Reglas Uniformes de Derecho Internacional Privado (1969), Art. 13: "*Cuando el contrato esté manifiestamente localizado en un país determinado, las disposiciones de este país cuya naturaleza y objeto particular excluyen la aplicación de cualquier otra Ley, no podrán ser desechadas por la voluntad de las partes*"; Convenio de Roma, Art. 7,1: "*Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la Ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la Ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el Derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la Ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que derivarían de su aplicación o su inaplicación*".

¹²⁵ A partir de la expresión "*disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos*", podría pensarse que se busca restringir la exclusión de la aplicación de la norma de conflicto y, consecuentemente del Derecho extranjero, en los casos de aquellas disposiciones imperativas que regulan expresamente casos con elementos de extranjería. Nosotros no compartimos esta interpretación pues, como hemos sostenido en otras oportunidades, la intención de esta norma parece ser más bien establecer una diferenciación entre normas imperativas en general y las normas de aplicación necesaria propiamente dichas (MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 117, pp. 107 ss., especialmente pp. 118-119). La idea no es aplicar necesariamente todas las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico, el artículo 10 se limita al sector, dentro de esas normas imperativas, que protege "*aquellas actividades en las cuales existe especial interés del Estado con fines a protegerlas*" (Exposición de Motivos, en: MAEKELT, Tatiana y otros, *Ley de Derecho internacional privado. Derogatorias y concordancias*, Caracas, Academia Ciencias Políticas y Sociales, 5ª ed. actualizada, 2009 p. 59).

Pero la norma de la Convención de México también deja abierta la posibilidad de aplicar las normas imperativas de terceros Estados. Por descontado está que el juez estará a lo que dispongan las normas de aplicación necesaria de la *Lex contractus*. Así lo ha admitido nuestra doctrina¹²⁶, y una decisión judicial dictada en el caso del Canal Once de Televisión, dictada en 1970 y confirmada por Casación en 1971, en la cual, además de aceptarse la posibilidad de elegir el Derecho aplicable al contrato, se afirmó que "*Resulta indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho Internacional Privado en el sistema venezolano, según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes (Art. 116 CCom.), quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la Ley aplicable para regir sus convenciones; ordenamiento jurídico éste que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo*"¹²⁷. Conclusión ésta a la que no parece difícil llegar, si pensamos que en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, el Derecho extranjero debe aplicarse, de oficio, tal como lo haría el juez de cuyo ordenamiento jurídico se trate y de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo¹²⁸; todo lo cual conduce a una aplicación integral del mismo, considerando incluso sus normas de aplicación necesaria.

Los problemas se plantean con las normas imperativas de terceros Estados cuyo Derecho no resultare aplicable. En efecto, el artículo 11 de la Convención Interamericana deja "*a discreción*" del foro, la aplicación de "*las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos*". En este supuesto la norma imperativa pertenece a un Estado vinculado con el caso de tráfico internacional, bien por tratarse del ordenamiento jurídico que debe aplicarse a falta de elección en materia contractual, o por tener cualquier otra conexión fuerte con la relación jurídica, lo cual ha generado cierta polémica. De hecho, este último caso es uno de los factores que mayor preocupación ha producido, debido a la discrecionalidad concedida al juez en la determinación del grado de proximidad que debe haber entre el ordenamiento jurídico de ese tercer Estado y la relación jurídica, para tomar en cuenta sus normas imperativas¹²⁹.

126 ROMERO, El Derecho aplicable al contrato internacional..., *ob. cit.*, p. 314; GIRAL PIMENTEL, José Alfredo, *El contrato internacional...*, *ob. cit.*, p. 248; DOS SANTOS, *Contratos internacionales...*, *ob. cit.*, pp. 90-91; MADRID MARTÍNEZ, *La norma de Derecho internacional privado...*, *ob. cit.*, pp. 136 y 147.

127 DFMIM2 Sent. N° 56-1, 12/03/1970 (JRG, T. XVIII, p. 96), confirmada en casación CSJ/SCC Sent. N° 252-71, 27/04/1971 (JRG, T. XXX, p. 395).

128 Arts. 408 del Código Bustamante, 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana.

129 ROMERO, Fabiola, "La norma de aplicación necesaria o inmediata", en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1999, N° 112, pp. 125 ss., especialmente p. 141.

Tomar en consideración las normas imperativas que tengan alguna relación con el contrato, contribuiría a facilitar el reconocimiento de estas relaciones en el extranjero. Sin embargo, no se trata de buscar todas las normas que podrían invalidar o impedir la ejecución del contrato, pues ello podría incluso paralizar el comercio internacional. Al contrario, la búsqueda debe orientarse dentro de ciertos límites que aseguren el difícil equilibrio entre la unidad del contrato y la armonización de las relaciones internacionales. No en vano la doctrina ha sostenido que la aplicación extraterritorial de este tipo de normas, trae como consecuencia un retraso en la actividad económica productiva, incluyendo las inversiones internacionales lo cual, en última instancia, reduce el empleo y el crecimiento económico¹³⁰. Por otra parte, a través de esta disposición del Convenio de México y, ante el silencio en materia de Derecho de consumo, se garantiza de cierta forma la protección de los derechos de los consumidores. En efecto, la doctrina venezolana ha admitido que la materia de protección al consumidor estaría dentro de las normas que pueden ser calificadas como de aplicación necesaria¹³¹.

Por lo que al sistema interno respecta, a pesar de que el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965) establecía la consideración de las normas imperativas de terceros Estados, al ordenar al operador jurídico que, en materia contractual, aplicase "*en todo caso, las disposiciones de la Ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económico sociales de interés general*" (Art. 32), nuestra Ley es silente al respecto¹³², y tal silencio nos obliga a preguntarnos por la posibilidad de considerar las normas de aplicación necesaria de terceros Estados cuando estamos fuera del ámbito de aplicación de la Convención de México. La respuesta puede ser relativamente sencilla si pensamos que el juez podría recurrir, en aplicación del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional

¹³⁰ Lange y Born citados en ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Proyecto docente e investigador*, presentado al concurso de provisión de una plaza de catedrático de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de Albacete, de la Universidad de Castilla-La Mancha, convocada el 08/04/1992, p. 235.

¹³¹ Ver: HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina*, (Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, p. 94; ROMERO, Fabiola, La norma de aplicación necesaria o inmediata..., *ob. cit.*, p. 140; Madrid Martínez, Claudia, Artículo 10. Normas de aplicación necesaria, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 337 ss., especialmente p. 355; MADRID MARTÍNEZ, *La norma de Derecho internacional privado...*, *ob. cit.*, pp. 146-147.

¹³² El silencio de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana en relación con las normas imperativas extranjeras se debe, en opinión de Maekelt, a una preocupación por la seguridad jurídica, que podría verse en peligro al consagrarse tal posibilidad. Ver: MAEKELT, Tatiana, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 244.

Privado, al principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado contenido en el citado instrumento convencional, pues es innegable la importancia de la aplicación de estas normas en orden a la solución del caso concreto¹³³.

Sin embargo, esta posibilidad de aplicar, aun cuando sea de manera facultativa, las normas de aplicación necesaria de un ordenamiento jurídico que, a pesar de tener una conexión con la relación jurídica en cuestión, no es el indicado como competente por la norma de conflicto, no ha calado mucho en la doctrina debido a la dificultad de su identificación ante el silencio del legislador; dificultad que se ve incrementada, cuando se trata de normas necesarias extranjeras¹³⁴.

Conclusión

Es indudable la importancia del Derecho internacional privado en la regulación de los contratos electrónicos celebrados con consumidores. Esta rama del Derecho que es mirada aún con desconfianza por quienes desconocen, por un lado sus postulados fundamentales, y por otro la realidad del mundo de hoy, se erige en fundamental ante la internacionalización del consumo. El curso de inglés que, siendo impartido por una compañía con sede en Nueva York, es tomado por una persona a través de Internet desde Caracas, no requiere siquiera pisar un aeropuerto.

Sin embargo, el Derecho internacional privado debe responder a este llamado a través de normas especiales, no conformándose con el recurso a soluciones generales. Sobre todo, si una de las partes en la relación es un consumidor, caracterizado por su desigual poder de negociación frente al proveedor del servicio. En efecto, el Derecho internacional privado no ha escapado a las tendencias generales del Derecho interno, en el sentido de fijarse mucho más en la propia prestación del proveedor del bien o servicio que en la satisfacción cabal del consumidor.

Por lo que respecta a la jurisdicción, es necesario –aunque lamentable– apuntar que los criterios para su atribución están especialmente diseñados para

¹³³ Ver caso *Regazzoni c. Sethia, Ltd.*, (1956) 2 Q.B. 490; (1956) 2 All E.R. 487; (1956) I Lloyd's Rep. 435; 100 Sol. Jo. 417, C.A.; On Appeal; (1958) A.C. 301; (1957) 3 All E.R. 286; (1957) 3 W.L.R. 752; 101 Sol. Jo. 848 H.L.

¹³⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros, *Derecho internacional privado*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 4ª ed. revisada, 1991, pp. 269-270. De hecho, a pesar de haberse inspirado en el Convenio de Roma, el legislador alemán rechazó la posibilidad de aplicar normas imperativas de terceros Estados, por considerar que tal situación produce gran inseguridad jurídica al conferirse tanto poder a los jueces, a quienes se les impone la compleja tarea de investigar las normas de todo ordenamiento jurídico que pudiese tener vínculos con el caso; además de involucrar el delicado tema de la protección del orden público extranjero. Ver reseña en: PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 3ª ed. revisada, 1998, pp. 186-188.

las relaciones paritarias. El juez debe asumir un rol protagónico en el caso de las relaciones de consumo, mientras el Derecho positivo se pronuncia al respecto. A tal efecto cuenta con la regulación que en materia de inderogabilidad convencional de la jurisdicción le brinda el sistema venezolano. Así, argumentando el orden público, el juez podrá asumir jurisdicción y evitar con ello que el consumidor sea arrastrado por el proveedor del bien o servicio a litigar en un foro totalmente extraño a él y al cual puede ser que incluso, por razones económicas, no pueda tener acceso, violentándose con ello el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva. Sugerimos, en pocas palabras, que el juez venezolano justifique, a través de los foros inderogables, la procedencia de los llamados foros de protección.

En todo caso, confiamos en los resultados que puedan obtenerse en la VII Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Ello, sin perjuicio que nuestro país regularice su situación ante el Mercosur y ratifique, entre otros instrumentos, el Protocolo de Santa María, lo cual facilitaría considerablemente la labor del juez al permitirle que, incluso en los casos que involucren a Estados no parte de este sistema de integración, sus postulados puedan ser asumidos como principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados (Art. 1 LDIPV).

Las normas sobre determinación del Derecho aplicable al contrato también olvidan al consumidor, quien sólo cuenta, dentro del sistema venezolano, con las excepciones generales a la aplicación del Derecho extranjero, pues las conexiones admitidas en nuestro sistema están diseñadas para relaciones paritarias.

La participación en la relación de un débil jurídico –el consumidor–, altera necesariamente la aplicación del régimen general. El desequilibrio en el poder de negociación entre las partes hace imperativa la participación del Estado, en protección del débil e, indirectamente, en protección de la sociedad.

No dejamos de admitir que muchas son las ventajas que entre iguales reporta la aceptación de la autonomía de las partes; pero tales ventajas se invierten frente al consumidor. Tal como ocurre con la jurisdicción, la imposición por parte del fuerte jurídico de un sistema desconocido por el consumidor ha ocasionado la reacción del Derecho comparado en orden a suprimir o limitar la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Pero la aplicación del Derecho del domicilio del usuario, aunque conveniente, tampoco es la panacea.

No dejamos de reconocer la utilidad que el auxilio las soluciones generales prestan en estos supuestos, mas consideramos necesario establecer un régimen autónomo y claro que garantice la efectiva protección al consumidor y, ante la inactividad de nuestro legislador, ha de ser el juez quien asegure, a través de una cabal interpretación de la escasa y poco clara normativa especial del Derecho venezolano, su efectiva protección.

El convenio arbitral electrónico en la Ley de Arbitraje española y los textos de derecho uniforme

Mauricio Inostroza Sáez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos generales del convenio arbitral. III. La exigencia de escritura del convenio arbitral. IV. El cumplimiento mediante soporte electrónico. V. Conclusiones.

Resumen

En este artículo el autor analiza el requisito de escrituración del convenio arbitral en el Derecho español, así como el cumplimiento de dicho requisito por medio de un soporte electrónico, tomando como base tanto el Derecho español como los instrumentos de Derecho Uniforme en los que éste se ha inspirado, o que pueden servir para interpretar sus normas. Se analiza además la consagración de los principios de la contratación electrónica en la regulación del convenio arbitral electrónico en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Arbitraje. Convenio arbitral. Contratación electrónica. Derecho Uniforme.

Abstract

At the present article, the author analyses the writing requirement of the arbitral agreement in the Spanish Law and the fulfilment of such requirement by electronic support upon the basis of the Spanish Law as well as the Uniform Law instruments in which it has been inspired, or which may be used to interpret their rules. It is also analysed the establishment of the electronic contracting tenets in the current regulation of the electronic arbitral agreement provided by the Spanish Law.

Keywords: Arbitration. Arbitration Agreement. Electronic Contracting. Uniform Law.

Recibido: 4/2/2011 • Aceptado: 17/6/2011

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Chile. Máster Oficial en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid y candidato a Doctor por la misma Universidad. Docente del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, Chile.

I. Introducción

El convenio arbitral constituye uno de los aspectos más importantes a la hora de analizar el arbitraje, ya que su existencia y validez es requisito esencial para que haya arbitraje (y, por el contrario, su inexistencia o invalidez es causal de anulación del laudo arbitral, según el art. 41.1.a¹), y porque mediante él se pueden regular aspectos tan fundamentales como el nombramiento de los árbitros o el procedimiento a que estos se deben ceñirse. Tal es su relevancia, que en algún momento se estimó que la naturaleza contractual del convenio arbitral determinaba la naturaleza jurídica del arbitraje en general². Por ello es que el arbitraje, y en especial la regulación del convenio arbitral, han ocupado la atención tanto de los organismos internacionales³ como de los legisladores nacionales, que han tendido a uniformar las normas reguladoras de estas instituciones con la finalidad de adaptarlas a las necesidades del tráfico jurídico⁴.

¹ Las normas mencionadas en este trabajo sin alguna mención especial corresponden a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre Arbitraje.

² Las doctrinas formuladas respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje ven en éste, bien una naturaleza *contractual* (basándose principalmente en la naturaleza contractual del convenio arbitral, como se indicó arriba), bien una naturaleza *jurisdiccional* (basándose principalmente en la función jurisdiccional ejercida por los árbitros, la existencia de proceso y procedimiento, así como los efectos del laudo, elementos de naturaleza eminentemente procesal, razón por la que esta doctrina es comúnmente denominada "procesalista"), bien una naturaleza *mixta* (por la combinación de los elementos antes mencionados) o bien una naturaleza *sui géneris*, autónoma o independiente del arbitraje. En este último sentido, ver BARONA VILAR, Silvia, *Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia*. En "Arbitraje y justicia en el siglo XXI", Silvia Barona Vilar (Directora). Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 46; MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Algunas reflexiones sobre el convenio arbitral*. En Revista de la Corte Española de Arbitraje, volumen XXI, año 2006, pág. 24; YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 83.

Si bien la mayoría de la doctrina concuerda en que la actual Ley 60/2003 sigue la teoría mixta o ecléctica, algunos autores observan una tendencia hacia la *contractualización* del arbitraje, tomando en consideración la evolución experimentada en las leyes que lo han regulado. En este sentido, ver PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 68ss.

³ En el ámbito internacional puede mencionarse la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante, Ley Modelo); la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958, que entró en vigor para España el 10 de agosto de 1977 (en adelante, Convención de Nueva York); el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrado en Ginebra el 21 de abril de 1961, que entró en vigor para España el 10 de agosto de 1975; y el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, en su versión revisada de 2010.

⁴ Buena prueba de ello es que en la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 se expresa que "España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las Leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias" y que "El arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente

Por su parte, el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) ha impulsado la evolución de los ADR (Alternative Dispute Resolution), provocando el nacimiento de los ODR (On Line Dispute Resolution), tema que toca de lleno al arbitraje, ya que ha permitido, entre otras cosas, la celebración de convenios arbitrales en soporte electrónico⁵.

Sea que el convenio arbitral se contenga en soporte material o en soporte electrónico, para que exista y sea válido debe cumplir con ciertos requisitos de fondo y de forma. De entre estos últimos (requisitos de forma) analizaremos en este trabajo el requisito referido a la escrituración del convenio arbitral, contenido en el art. 9.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre arbitraje, y en especial su extensión a la posibilidad de hacerlo constar en un soporte electrónico.

II. Aspectos generales del convenio arbitral

La Ley 60/2003 no ha definido el convenio arbitral⁶, pero la Ley Modelo⁷ lo hace en el art. 7, definiendo el "acuerdo de arbitraje" como un "acuerdo por el

comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas. Por consiguiente, tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley Modelo hacen necesaria la promulgación de esta Ley".

⁵ La ya referida evolución ha permitido no sólo la celebración de convenios arbitrales electrónicos, sino que incluso el desarrollo de todo el procedimiento arbitral en soporte electrónico. Dicha posibilidad ya estaba prevista en el art. 32 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, y se encuentra permitida por el art. 25 de la Ley 60/2003. Para más detalles sobre este punto, ver MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 199ss; LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Arbitraje multimedia*. Dykinson, Madrid, 2000; BORGONO TORREALBA, José Luis, *Arbitraje Comercial Internacional On Line*. En Anuario Español de Derecho Internacional, vol. XXIII, año 2007, pág. 247ss; GARCÍA-ARGUDO MÉNDEZ, José Antonio, *El convenio arbitral y el pacto arbitral electrónico en el arbitraje interno o doméstico*. En Actualidad Informática Aranzadi, N° 41, octubre 2001, pág. 4ss.

En la actualidad existen instituciones que se han especializado en el denominado "arbitraje on line", que utiliza la red en todas las fases del procedimiento arbitral. Entre ellas se puede mencionar el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Cámara de Comercio Internacional, E-ARBITRATION-T, en el seno de la Unión Europea, y la Asociación Española de Arbitraje Tecnológico (ARBITEC), entre otras. Se pueden ver más detalles en MONTESINOS GARCÍA, *ob. cit.* (*Arbitraje...*), pág. 147ss; LÓPEZ ORTIZ, Alejandro, *Arbitraje y nuevas tecnologías*. En *Revista de la Contratación Electrónica*, N° 51, julio-agosto 2004, pág.35ss.

⁶ La antigua Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, contenía una especie de definición en su Exposición de Motivos, al expresar que se trataba de un "instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición".

⁷ La Ley Modelo de UNCITRAL es un elemento importantísimo a consultar, ya que constituye la principal fuente en que se basó el legislador español al redactar la Ley 60/2003, en cuya exposición de motivos se dice que el "principal criterio inspirador es el de basar el régimen

que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual". Por su parte, la Convención de Nueva York define el convenio arbitral en el art. II.1, señalando que se trata del "acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje"⁸. En base a dichas normas, la doctrina ha elaborado conceptos muy similares⁹.

En cuanto a la naturaleza jurídica del convenio arbitral, hay consenso en cuanto a que se trata de un contrato¹⁰, opinión corroborada por el propio legislador, que en la exposición de motivos de la Ley 60/2003 señala que en lo no previsto respecto a los requisitos y efectos del convenio arbitral, regirán "las normas generales sobre contratos", a las que debemos agregar las relativas a los actos jurídicos en general y las obligaciones, así como los principios generales de Derecho en dichas materias¹¹.

jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional".

⁸ Ya se ha dicho que la mencionada Convención entró en vigor en España con fecha 10 de agosto de 1977, por lo que dicha definición debe considerarse parte del ordenamiento jurídico español (art. 96.1 de la Constitución Española).

⁹ Ver, entre otros, GÓMEZ JENE, Miguel, *Forma y contenido del convenio arbitral*. En "Comentarios a la ley de arbitraje de 2003", Pérez-Llorca, Abogados. Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 84; DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*. Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 37; VERDERA SERVER, Rafael, *El convenio arbitral*. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 34; del mismo autor, *Forma y contenido del convenio arbitral*. En "Comentarios a la ley de arbitraje", Silvia Barona Vilar (Coordinadora). Civitas, Madrid, 2004, pág. 322.

¹⁰ Dejamos constancia de que alguna doctrina se ha basado en la expresión "convenio" utilizada por la ley para hacer la distinción entre la figura del convenio (que vendría a ser el género) y la del contrato (que vendría a ser la especie). Dicha distinción, sin embargo, no resulta decisiva. En este sentido, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *Forma y contenido del convenio arbitral*. En "Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 20 de diciembre", Julio González Soria (Coordinador). Aranzadi, Navarra, 2004.

¹¹ En virtud de principios y normas generales, se ha fallado, por ejemplo, que no es oponible a un miembro de una Comunidad de Copropietarios el convenio arbitral celebrado entre la Comunidad y los copropietarios (en tanto personas naturales), si el demandante no asistió a la Junta en que se adoptó el acuerdo. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 2010 (N° 14/2010).

III. La exigencia de escritura del convenio arbitral

El art. 9.3 exige que el convenio arbitral conste por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo¹².

La principal cuestión que se plantea con el art. 9.3 es la de si su redacción transforma el convenio arbitral en un negocio formal (solemne) o no. Al efecto, las alternativas son básicamente tres: A) Considerar las exigencias del art. 9.3 como formalidades o solemnidades¹³; B) Considerar las exigencias del art. 9.3 como formalidades *ad probationem*, es decir, que el convenio arbitral es consensual, pero que sólo puede probarse por alguna de las "formas" establecidas en el art. 9.3¹⁴ ¹⁵; C) Considerar el convenio arbitral como un acto típicamente consensual, no requiriéndose ninguna clase de forma, ni para su validez ni para su prueba¹⁶.

12 De la norma transcrita se deduce que la unidad del acto no es un requisito del convenio arbitral, ya que la oferta y aceptación que forman el consentimiento del contrato pueden constar en documentos distintos.

13 En este sentido, CADARSO PALAU, Juan, *Artículo 41, Motivos*. En "Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003, de 20 de diciembre", Julio González Soria (Coordinador). Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 419; DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 106, quien señala que "la expresión legal no es suficientemente categórica, aunque siempre se ha entendido que, en el caso de los convenios arbitrales, se trata de una condición de validez"; MALQUER DE MOTES i BERNET, Carlos, *Forma y contenido del convenio arbitral*. En "Comentarios prácticos a la ley de arbitraje", Vicente Guilarte Gutiérrez (Director). Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 181.

14 "La forma *ad probationem* es requerida como prueba del negocio. No condiciona la eficacia negocial sino en un sentido muy limitado, pues se establece para que aquél pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita legalmente. Más el negocio es existente y válido pese a su inobservancia". DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 40.

15 En este sentido parecen pronunciarse HERNÁNDEZ BURRIEL, Jorge, *Forma y contenido del convenio arbitral*. En "Comentarios a la ley de arbitraje", Rafael Hinojosa Segovia (Coordinador). Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., Madrid, 2008, pág. 76; MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José María, *Tratado de Derecho Arbitral*. Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 256; MONTESINOS GARCÍA, *ob. cit. (Algunas reflexiones...)*, pág. 27; de la misma autora, *ob. cit. (Arbitraje...)*, pág. 167; GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, *Del convenio arbitral y sus efectos*. En "Comentarios a la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje", José Garberí Llobregat (Director). Bosch, Barcelona, 2004, pág. 186; LÓPEZ ORTIZ, *ob. cit.*, pág. 55 (en este caso, referido al convenio arbitral electrónico).

16 En este sentido, DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *ob. cit.*, pág. 40ss. En el mismo sentido parece pronunciarse MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*. Iustel, Madrid, 2005, pág. 79ss, para quien el art. 9 "elimina cualquier requisito formal para expresar la voluntad de sometimiento a arbitraje. En efecto, aunque el apartado tercero de este artículo hace referencia a que el convenio arbitral deba "constar por escrito", la completa lectura del mismo permite concluir que dicha referencia obedece más a una formulación clásica y a un interés por guardar cierta consonancia con textos como el de la Convención de Nueva York, que a una verdadera intención de circunscribir la expresión de la voluntad a la mera manifestación escrita" y que "es obvio que esta casi total libertad de forma no exime a las partes de probar –cuando así se requiera o les interese– la existencia del acuerdo de

La distinción tiene importancia en aquellos casos en que el convenio no conste en ninguna de las formas establecidas en el art. 9.3, pero pueda colegirse de otros antecedentes, incluso del comportamiento de las partes^{17 18}. En este supuesto, si la exigencia de escritura se exige como formalidad *ad solemnitatem*, el convenio sería nulo; en cambio, si dicho requisito se exige como formalidad *ad probationem*, el convenio sería válido, pero no se podría probar en juicio, por no constar en alguna de las formas establecidas en el art. 9.3; por último, si se considera el convenio como un acto estrictamente consensual, podría probarse su existencia por otros medios de prueba, como la testimonial.

Al efecto, estimamos que las exigencias del art. 9.3 no constituyen solemnidades, sino formas que la ley establece con la finalidad de probar la existencia y contenido del convenio arbitral. Ello queda demostrado por la redacción de la norma, que parte diciendo que el convenio arbitral deberá "constar" por escrito, para luego exigir que los medios de telecomunicación "dejen constancia del acuerdo" (inciso 1), y que el soporte electrónico, óptico o de otro tipo "sea accesible para su ulterior consulta" (inciso 2), lo que contrasta con la redacción que se establece para aquellos casos en que la ley exige alguna forma como solemnidad (ej., arts. 633, 688, 1.327 del Código Civil), casos que deben interpretarse de forma restrictiva¹⁹.

No estableciéndose los requisitos del art. 9.3 como solemnidades²⁰, no queda más que concluir que el convenio arbitral es un contrato consensual, es decir, que se perfecciona por el mero consentimiento (art. 1.258 del Código Civil), por

voluntades, cualquiera haya sido la forma en que el mismo haya sido expresado. Las partes aportarán esa prueba con base en cualquier medio probatorio legítimo según las normas aplicables." Los subrayados son nuestros.

17 Quizás el ámbito donde con mayor frecuencia puede plantearse este supuesto es en el comercio internacional, ya que es usual que no se firmen contratos a la usanza del comercio interno (salvo los casos de alianzas a largo plazo, donde se firman convenios marco que eventualmente pueden contener un convenio arbitral), sino que la voluntad negocial se manifiesta a través medios bastante más informales (como órdenes de compra enviadas por distintos medios, principalmente electrónicos), situación que podría llegar a extenderse a los convenios arbitrales regidos por la ley española, en virtud de lo dispuesto en el art. 9.6 de la Ley 60/2003. Para mayores antecedentes puede verse BORGÑO TORREALBA, *ob. cit.*

18 Ello sucede, por ejemplo, con las cláusulas semiescritas, en las que una de las partes establece unilateralmente el recurso al arbitraje sin recibir contestación de la otra. Al efecto, ver GÓMEZ JENE, *ob. cit.*, pág. 86ss.

19 LACRUZ VERDEJO, José Luis (et.al), *Elementos de Derecho Civil*, T.I, vol. 3. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 172.

20 Esta misma interpretación ha dado tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias al art. 1.280 del Código Civil (que parte diciendo perentoriamente que "deberán constar en documento público..."), señalando que no modifica el precepto del art. 1.278 (que establece la libertad de forma), ni tiene otro alcance, conforme al art. 1.279, que el de que facultar a las partes a exigirse recíprocamente el cumplimiento de la forma. En este sentido, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Tomo I*. Edisofer, Madrid, 2009, pág. 749; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III. Reus, Madrid, 2008, pág. 682; DIEZ PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 41.

lo que se rige por el principio general de libertad de forma de los contratos, contemplado en el art. 1.278 del Código Civil. Ello resulta corroborado por la exposición de motivos de la ley, al señalar que "la ley refuerza el criterio antiformalista" y que "la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma".

Ahora bien, si entendemos que el convenio arbitral es consensual, cabe preguntarse cuál es el papel que juega el art. 9.3. Ya hemos dicho que se trata de formas o maneras de probar la existencia y contenido del convenio, pero aquí aparecen dos maneras de interpretar la norma: A) Los medios que establece el art. 9.3 son los únicos admitidos para probar el convenio (es decir, son formas *ad probationem*); B) Los medios que establece el art. 9.3 son formas establecidas por el legislador para *facilitar* la prueba, pero no para tasarla; en otras palabras, que a la libertad de forma del convenio se suma la libertad de prueba²¹.

De estas dos interpretaciones nos quedamos con la primera, es decir, considerar los requisitos del art. 9.3 como formas *ad probationem*. Ello pues de la redacción de la norma queda claro que debe tratarse de una prueba preconstituida, es decir, existente al momento de celebrarse el convenio, con el objeto de acreditarlo posteriormente. Por lo demás, si el legislador hubiese querido establecer una plena libertad de prueba no habría incluido en la ley esta norma; dicho de otro modo, de seguirse la interpretación de libertad de prueba, el art. 9.3 quedaría sin aplicación, derogado, ya que no se concibe que la norma esté para "facilitar" o "recomendar" formas de probar el convenio, lo que se desprende claramente del carácter imperativo con que comienza ("el convenio arbitral *deberá* constar...", y no que "*podrá* constar").

Bien podría argumentarse que nuestra interpretación limita los medios de prueba, pero ello no es tan así porque el texto del art. 9.3 es extremadamente flexible y los medios que menciona no son taxativos, ya que se permite acreditar la existencia del convenio por "*otros medios* de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo" o hacerlo constar en "soporte electrónico, óptico o de otro tipo". En definitiva, lo que se exige es que al momento de celebrar el convenio arbitral quede constancia de él en cualquier soporte (escrito o electrónico) que permita la posterior acreditación de su existencia y contenido. De esta manera, quedan excluidos de la norma aquellos casos en que no quede constancia del convenio al momento de su celebración, como ocurriría, por ejemplo, con un convenio verbal no grabado en ningún soporte (opción que sí permite la interpretación que aboga por la libertad de prueba, ya que en este caso se podría probar posteriormente el convenio por medio de testigos).

En cuanto a la referencia al art. 1.279 del Código Civil, creemos que el art. 9.3 ni siquiera se encuentra en el supuesto de dicha norma, que está dispuesta para los casos en que la ley exija el cumplimiento de alguna forma "para *hacer efectivas* las obligaciones propias de un contrato". El art. 9.3, en cambio, señala ciertas "formas" para "*hacer constar*" el convenio arbitral.

²¹ En este sentido, DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *ob. cit.*, pág. 40ss.

Por otro lado, la interpretación que sustentamos se condice con la modificación que la Ley Modelo de UNCITRAL sufrió en 2006, cuyo nuevo texto ofrece dos alternativas, en atención a las dos posturas fundamentales que se presentaron en su discusión²². La opción I mantiene el requisito de exigencia escrita, pero lo flexibiliza al extremo, considerando cumplido el requisito incluso cuando el convenio se haya celebrado verbalmente, siempre que "*quede constancia de su contenido en cualquier forma*" (nuevo art. 7.3). La opción II, por su parte, se limita a definir el convenio arbitral, consagrando en consecuencia la plena libertad de forma y de prueba, considerando válido incluso un convenio arbitral verbal del que no se deje constancia en ningún soporte, el que podría ser probado por testigos, situación que la opción I no permite²³. Como se puede apreciar, la redacción del art. 9.3 se corresponde más con la opción I, ya que exige constancia escrita pero liberaliza al extremo su cumplimiento, pero no llegó a establecer una libertad absoluta como la de la opción II^{24 25}.

22 Es muy relevante tener en cuenta las modificaciones de la Ley Modelo porque el legislador español tomó como fuente no sólo su texto original, sino también los trabajos de modificación que se estaban llevando a cabo en UNCITRAL al momento de dictarse la Ley 60/2003, lo que queda demostrado en la exposición de motivos de la ley, donde se expresa que "el legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares". Los subrayados son nuestros.

23 Más antecedentes sobre las opciones de redacción del art. 7 de la Ley Modelo y las discusiones al interior de UNCITRAL pueden verse en PERALES VISCASILLAS, Pilar, *El convenio arbitral electrónico: Modificación de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional*. En Revista de la Contratación Electrónica, N° 77, diciembre 2006, pág. 35ss. De la misma autora, *¿Forma escrita del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL*. En derecho de los Negocios, N° 197 (febrero 2007), pág. 5ss.

24 En este sentido, PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.* (*Forma escrita...*), pág. 11. Si bien la autora sugiere una reforma de la Ley 60/2003 que adapte decididamente las disposiciones relativas al convenio arbitral a las modificaciones de la Ley Modelo (consagrando definitivamente la libertad de forma), señala a continuación que mientras ello no se haga, "la exposición de motivos es suficientemente expresiva de la intención del legislador en esta materia, por lo que la guía que debe adoptar el árbitro y, en su caso, el juez español, a la hora de interpretar las disposiciones sobre el convenio arbitral en la Ley española se encuentran en las nuevas disposiciones modelo de la CNUDMI, y específicamente en la opción I".

25 El panorama a nivel internacional debe complementarse con la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, aprobada por UNCITRAL el 7 de julio de 2006. En dicho documento, la Comisión recomienda aplicar el art. II párrafo 2 (que establece la forma escrita del convenio arbitral) reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. Asimismo recomienda que el art. VII párrafo 1 se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje. En relación con estas recomendaciones se ha afirmado que "el efecto combinado de la recomendación y de las nuevas disposiciones modelo conlleva a que el requisito del escrito del CNY no pueda interpretarse ya de forma estricta, y por lo tanto, puede decirse que no impone un

IV. El cumplimiento mediante soporte electrónico

Como hemos visto, el art. 9.3 exige que el convenio arbitral conste por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, agregando que este requisito se considera cumplido cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo^{26 27}. Obviamente, dicho soporte puede utilizarse también para modificar o extinguir el convenio arbitral.

A partir de dicha norma se ha definido el convenio arbitral electrónico como "el acuerdo de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, verificado en soporte electrónico, informático o digital cuando el mismo sea accesible para su ulterior consulta"²⁸.

El comentado art. 9.3 tiene su origen en el art. 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Puede apreciarse que el inciso 1 del art. 9.3 tiene una redacción casi idéntica a la del art. 7.2 (primera parte) de la Ley Modelo, en su versión original de 1985. Sin embargo, en la redacción del inciso 2 del art. 9.3 el legislador español innovó y se adelantó a la reforma del art. 7 de la Ley Modelo, que sería aprobada en 2006, consagrando algunas de las soluciones que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 60/2003 estaban en etapa de estudio por parte de UNCITRAL²⁹. Así, puede verse

requisito mínimo para la forma escrita, sino únicamente un requisito máximo, por lo que, en consecuencia, un tribunal no admitiría más requisitos que los establecidos en el art. II CNY al tiempo que podría aceptar otras formas más liberales de perfeccionar el convenio arbitral." PERALES VISCASILLAS, *ob. cit.* (*¿Forma escrita del convenio arbitral?...*), pág. 10.

²⁶ En términos casi idénticos se regula el convenio arbitral electrónico en el art. 24.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

²⁷ Algunos autores han entendido que la constancia y accesibilidad ulterior del convenio que el art. 9.3 equipara a la forma escrita, implica que el soporte electrónico a que se refiere la norma debe ser el "soporte duradero" a que se refieren el art. 47.2 e la Ley 7/1996, de 15 de enero, sobre Ordenación del Comercio Minorista, y el art. 2 letra f) de la Directiva 2002/65/CE, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En este sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, *ob. cit.*, pág. 185; MONTESINOS GARCÍA, *ob. cit.* (*Algunas reflexiones...*), pág. 28; de la misma autora, *ob. cit.* (*Arbitraje...*), pág. 168; SÁNCHEZ POS, María Victoria, *Breves apuntes sobre el convenio arbitral electrónico*. En "Presente y futuro de la e-justicia en España y la Unión Europea", Carmen Senés Motilla (Coordinadora). Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 603.

²⁸ SÁNCHEZ POS, *ob. cit.*, pág. 606. En similar sentido, VERDERA SERVER, *ob. cit.* (*El convenio arbitral*), pág. 184; y *ob. cit.* (*Forma y contenido...*), pág. 360. En la misma línea, pero basada en la anterior ley de arbitraje, MERINO MERCHÁN, José, *El pacto arbitral telemático*. En "Régimen jurídico de Internet", Javier Cremades, Miguel Ángel Fernández Ordóñez y Rafael Illescas (Coordinadores). La Ley, Madrid, 2002, pág. 533.

²⁹ De la consideración de los estudios de la Ley Modelo se deja constancia en el Párrafo I de la exposición de motivos de la Ley 60/2003. Ver supra Nota N° 22.

cómo la redacción del antedicho inciso 2 es muy similar a la de la primera parte del nuevo art. 7.4 de la Ley Modelo (Opción I de las resultantes de la reforma), que señala textualmente que "el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta"³⁰, consagrando a continuación los conceptos de "comunicación electrónica" y "mensaje de datos", necesarios para comprender la norma³¹.

En cuanto a la naturaleza jurídica, el convenio arbitral electrónico (al igual que el convenio arbitral común) es un contrato, por lo que también le son aplicables "las normas generales sobre contratos" (siguiendo las expresiones de la exposición de motivos de la Ley 60/2003). Ello en concordancia con uno de los principios de la contratación electrónica que es la *inalterabilidad de la legislación sustantiva*, con el que se pretende que las reglas introducidas para disciplinar la contratación electrónica no impliquen una modificación sustancial del Derecho existente de obligaciones y contratos en el momento en que la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de relaciones jurídicas tiene lugar³². Agregamos a ello que estamos en presencia de un "contrato electrónico", por lo que también resultarán aplicables las normas de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, especialmente sus arts. 23 a 29, referentes a la contratación por vía electrónica, que en materia de prueba resultan complementadas por los arts. 382 y 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estimamos que en caso de que no existiera el art. 9.3, de igual forma podría pactarse el convenio arbitral en soporte electrónico, por aplicación de las normas generales de la contratación electrónica. En efecto, el art. 23.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, consagra positivamente el *principio de equivalencia funcional* de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos o

³⁰ El requisito de accesibilidad para ulterior consulta como requisito para la equivalencia del mensaje de datos al documento escrito (también incorporado en el art. 9.3 inciso 2) proviene del art. 9.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005, cuya fuente primaria se encuentra en el art. 6.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL de comercio electrónico de 1985.

³¹ El nuevo art. 7.4 entiende por *comunicación electrónica* "toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos", definición que proviene del art. 4 letra b) de la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005. Por su parte, el mismo art. 7.4 entiende por *mensaje de datos* "la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax", definición que proviene del art. 4 letra c) de la antedicha Convención, y que tienen su fuente remota en el art. 2 letra a) de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, de 1996.

³² Se pueden ver más detalles sobre este principio en ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica*. Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 49ss.

autógrafos³³, al disponer que "los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez". Por su parte, el art. 23.3 señala que "siempre que la ley exija que el contrato o cualquier otra información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico"³⁴.

En cuanto a los medios electrónicos que se pueden utilizar para celebrar el convenio arbitral, los dos incisos del art. 9.3 son bastante amplios. Así, el inciso 1 no establece un número cerrado, sino que da un par de ejemplos (un poco anticuados, por cierto), para luego terminar diciendo que puede concluirse por "otros medios de telecomunicación", siempre que dejen constancia del acuerdo, mientras que el inciso 2, que habla de "soporte electrónico, óptico o de otro tipo". Con ello que se deja abierta la puerta a la celebración del convenio por otros medios que existan en la actualidad (SMS, MMS, correo electrónico, contratación a través de página web, etc.) o que pudieren aparecer en el futuro y que hubiesen quedado proscritos en el caso de haber establecido un *numerus clausus*³⁵. Con lo dicho se da cumplimiento a otro de los principios fundamentales de la contratación electrónica, la *neutralidad tecnológica* de las normas, formulado en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996 y en la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005. Con dicho principio se persigue "la aptitud de las nuevas normas disciplinadoras del Comercio Electrónico para abarcar con sus reglas no sólo todas las tecnologías existentes en el momento en que se formulan, sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse aquellas sometidas a modificación"³⁶.

En relación con lo anterior, y con lo señalado a propósito de la naturaleza de la exigencia de escritura en el art. 9.3, es que nos manifestamos a favor de incluir en él a los convenios arbitrales verbales de los que se deje constancia en

³³ El principio de equivalencia funcional fue primitivamente consagrado en el art. 5 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996, según el cual "no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos". Otro tanto puede constatarse en el art. 11.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995. Con posterioridad dicho principio se ha plasmado en otros instrumentos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, como el art. 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Para mayores detalles sobre el principio de equivalencia funcional puede verse ILLESCAS ORTIZ, *ob. cit.*, pág. 39ss.

³⁴ Otra consagración positiva del principio de equivalencia funcional en el derecho español puede verse en el art. 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre Firma Electrónica.

³⁵ En definitiva, lo que se requiere es que el convenio arbitral conste en una *comunicación electrónica*, definida en el art. 7.4 de la Ley Modelo de UNCITRAL de arbitraje (Opción I resultante de la modificación de 2006). Ver supra Nota N° 31.

³⁶ ILLESCAS ORTIZ, *ob. cit.*, pág. 54.

algún soporte electrónico que permita posteriormente su reproducción³⁷. La letra del art. 9.3 contempla expresamente esta posibilidad, especialmente su inc. 2, que permite dejar constancia del convenio en "soporte electrónico, óptico o de otro tipo", como lo son aquellos que permiten la reproducción de la voz. Por lo demás, el mencionado inciso 2 comienza diciendo que "se considerará cumplido este requisito (el de escrituración) cuando...", con lo que está anunciando que se referirá a casos en los que el convenio no consta estrictamente en un soporte escrito (aunque funcionalmente se asimilen al documento escrito), pero en los que de todas formas se considerará cumplido el requisito de escrituración exigido en el inciso anterior. Por último, hay también un argumento de seguridad, ya que los actuales mecanismos de reproducción de la voz en soporte informático ofrecen mucha mayor seguridad (por ejemplo, en cuanto a la identidad del emisor del mensaje) que otras modalidades mencionadas por la norma, como el intercambio de telegramas o télex, por lo que si se permiten formas menos seguras como las mencionadas, con mayor razón (*a fortiori*) se deben permitir soportes más seguros, como los de reproducción de la voz.

En otro punto, cabe destacar que uno de los aspectos fundamentales en el desarrollo de la contratación electrónica es el de la seguridad, asunto que también adquiere relevancia respecto del convenio arbitral electrónico. Uno de los primeros obstáculos a la masificación de la contratación electrónica fue la desconfianza de los potenciales usuarios, ya que dicho tipo de operaciones lleva implícita la falta de presencia física de los contratantes, circunstancia que facilita el fraude. En lo que respecta al convenio arbitral, el destinatario del mensaje de datos necesita tener certeza de la identidad del emisor y de la integridad del mensaje por medio del que se manifiesta la voluntad de someter determinado asunto a arbitraje, aspectos cuya falta puede llevar a la declaración de nulidad del convenio por vicios del consentimiento³⁸. Estos problemas de seguridad han

³⁷ En el mismo sentido, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, *ob. cit.*, pág. 257; GONZÁLEZ CARRASCO, *ob. cit.*, pág. 185; DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, pág. 107, para quien en este caso habrá un problema de autenticidad del soporte, pero no un problema de validez formal; MONTES REYES, Amalia, *Convenio arbitral*. En "Estudios sobre el arbitraje: los temas claves", José Luis González Montes (Coordinador). La Ley, Madrid, 2008, pág. 55.

En contra de los convenios arbitrales orales parecen pronunciarse, VERDERA SERVER, *ob. cit.*, (*El convenio arbitral*) pág. 156ss; y *ob. cit.* (*Forma y contenido...*), pág. 354 (aunque reconoce que implica una contradicción con los requisitos de los contratos en general, y que con ello la legislación española queda desfasada con respecto a la modificación del art. 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL); y MONTESINOS GARCÍA, *ob. cit.* [*Algunas reflexiones...*], pág. 29 y *ob. cit.* [*Arbitraje...*], pág. 169. En todo caso, ambos autores introducen el matiz respecto de los medios electrónicos que registran la voz.

³⁸ Los vicios del consentimiento en materia de contratación electrónica son los tradicionalmente estudiados en la teoría general del negocio jurídico, por la aplicación del ya referido principio general de la *inalterabilidad del Derecho preexistente*. Ha habido, no obstante, algún desarrollo adicional respecto del error, constatándose la aparición de una especie denominada "error electrónico". Puede verse una interesante regulación de dicho tipo de error en el art. 14 de

sido enormemente mitigados por varios mecanismos propios de la contratación electrónica, el principal de los cuales es la firma electrónica (regulada en España por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre), que justamente tiene como algunas de sus finalidades principales identificar al firmante y/o detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, con mayor o menor grado de seguridad, según el tipo de firma electrónica que se use³⁹. El problema que se presenta con el art. 9.3 de la Ley 60/2003 es que no exige la firma del convenio arbitral celebrado en soporte material (sólo señala esta posibilidad entre las varias que contempla)⁴⁰, y menos lo exige para el que consta en soporte electrónico. De allí que se ha concluido que el documento electrónico que contenga el convenio arbitral tampoco tendrá la obligación de contener de forma obligatoria la firma electrónica avanzada (que es equivalente a efectos jurídicos a la firma manuscrita), de manera que de no mediar la firma el convenio no es nulo, y será siempre necesaria la prueba de que el contratante asume lo escrito, lo que queda corroborado por la exposición de motivos de la ley, donde se expresa que la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio se superpone a sus requisitos de forma⁴¹. Concordamos con esta posición, agregando que quien admite como declaración de voluntad válida un documento (sea en soporte material o electrónico) sin firmar, asume el riesgo de repudio, por lo que deberá ser lo suficientemente diligente para proveerse de los medios de prueba necesarios que le permitan acreditar la identidad, capacidad y poder negocial del declarante, así como la integridad del documento donde conste el convenio, riesgos todos que lo llevarán, presumiblemente, a exigir que el documento electrónico esté dotado de una firma electrónica que le otorgue el nivel de seguridad que requiere⁴².

Por último, debemos agregar que por aplicación del art. 23.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, no es necesario acuerdo previo de las partes en cuanto a la utilización de medios electrónicos para celebrar el convenio arbitral. Sin embargo, una

la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.

³⁹ Los tres tipos básicos de firma electrónica son: simple, avanzada y reconocida (art. 3 de la Ley 59/2003).

⁴⁰ MANTILLA SERRANO, *ob. cit.*, pág. 81; VERDERA SERVER, *ob. cit.* (*El convenio arbitral*), pág. 154; y *ob. cit.* (*Forma y contenido...*), pág. 354. En contra parece pronunciarse MONTES REYES, *ob. cit.*, pág. 55.

⁴¹ MONTESINOS GARCÍA, *ob. cit.* (*Algunas reflexiones...*), pág. 28; de la misma autora, *ob. cit.* (*Arbitraje...*), pág. 167; SÁNCHEZ POS, *ob. cit.*, pág. 608.

⁴² Por ello es que no concordamos con la opinión de GONZÁLEZ CARRASCO (*ob. cit.*, pág. 186) en cuanto a que la falta de previsión legal de la exigencia de firma electrónica reconocida planteará problemas de vulnerabilidad de los archivos digitales. Creemos que los planteará para el contratante poco diligente, ya que el legislador tampoco exige expresamente la firma de todos los contratos regulados positivamente (de hecho, ni siquiera exige su escrituración, ya que la regla general es el consensualismo), no obstante lo cual se suele exigir en la práctica escrituración y firma de los contratos.

parte no podría imponer a la otra el uso de soporte electrónico, aunque el consentimiento para utilizar dicho soporte podrá incluso deducirse de la conducta del contratante, en aplicación de los principios generales de los actos jurídicos, según los cuales la voluntad puede manifestarse de forma expresa o tácita y, más aun, el silencio circunstanciado tiene la virtud de formar el consentimiento, siempre que se desprenda de la conducta inequívoca del contratante⁴³. Como vemos, aun sin estar expresamente consagrada, por aplicación de las reglas generales podemos llegar a una solución equivalente a la establecida en el art. 8.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, según el cual "nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta"⁴⁴.

V. Conclusiones

1. La forma del convenio arbitral está regida por el art. 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre arbitraje y, subsidiariamente, por las normas generales sobre contratos (como señala la exposición de motivos de la ley). La norma comentada tiene su origen en el art. 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y debe ser interpretada en conformidad a la opción I resultante de la modificación que dicho artículo de la Ley Modelo sufrió en 2006.

2. De la regulación del convenio arbitral se desprende que es un contrato consensual, y que los requisitos que establece el art. 9.3 de la Ley 60/2003 tienen la naturaleza jurídica de formalidades *ad probationem*, lo que acarrea varias consecuencias, entre ellas, el que se pueda celebrar convenios arbitrales en la forma en que los contratantes estimen conveniente (incluso verbal), los que pueden o no estar firmados (con firma autógrafa o electrónica, en el caso del convenio electrónico), siempre que posteriormente pueda acreditarse la existencia del contrato por alguno de los medios que establece el art. 9.3.

3. El art. 9.3 de la Ley 60/2003 permite dejar constancia del convenio arbitral en un soporte electrónico, posibilidad que se extiende a la modificación y extinción del convenio. Si no existiera dicha norma el uso del soporte electrónico sería

⁴³ En este sentido, la doctrina civil abrumadora. Se puede ver, a modo de ejemplo, ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 552; CASTÁN TOBEÑAS, *ob. cit.*, pág. 637.

⁴⁴ En la Nota Explicativa del referido art. 8.2 se señala como ejemplo de voluntad tácita de aceptar comunicaciones electrónicas, la entrega de una tarjeta de negocios que contenga una dirección de correo electrónico, o la invitación hecha a un cliente potencial de visitar el sitio de la empresa en Internet. Ver *Nota Explicativa de la Secretaría de UNCITRAL sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales*, pág. 53. Disponible en www.uncitral.org. Consulta: 18 de diciembre de 2010.

igualmente admitido, por aplicación del *principio de equivalencia funcional* (art. 23.1 de la Ley 34/2002).

El convenio arbitral electrónico mantiene su naturaleza contractual, en conformidad al principio de *inalterabilidad de la legislación sustantiva*, pero resulta regido por las normas especiales de la contratación electrónica (en especial los arts. 23 a 29 de la Ley 34/2002 y arts. 382 y 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El art. 9.3 establece un *numerus apertus* de soportes electrónicos en los que dejar constancia del convenio, con lo que se da acogida al *principio de neutralidad tecnológica*, que permitirá el uso de soportes electrónicos que se creen en el futuro sin necesidad de modificar la norma.

Por aplicación del art. 23.2 de la Ley 34/2002 no es necesario acuerdo previo de las partes en cuanto a la utilización de medios electrónicos para celebrar el convenio arbitral. Sin embargo, una parte no podría imponer a la otra el uso de soporte electrónico, aunque el consentimiento para utilizar dicho soporte podrá incluso deducirse de la conducta del contratante, lo que puede concluirse acudiendo a las normas generales en materia de contratación.

4. El análisis del art. 9.3 debe concluirse con una valoración positiva, ya que acerca el convenio arbitral a la regulación general de los contratos (librándolo de solemnidades, como ocurría con legislaciones anteriores) y se sitúa a la vanguardia en el orden internacional, al reconocer la existencia de los nuevos soportes de contratación, sin perjuicio de mantener algunos resguardos en cuanto a la prueba del convenio. Con ello se amplía enormemente la posibilidad de celebrar convenios arbitrales y, en consecuencia, la aplicación del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

Los sistemas de identificación biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales

Ana Isabel Gómez Córdoba*
Nelson Remolina Angarita**

"Biometrics are turning the human body into a passport or a password"
Emilio Mordini And Sonia Massari

"Your body is your Key (just try not to lose it)"
Phillips Ken***

SUMARIO: I. Introducción. II. Biometría e información biométrica. III. Sistemas de identificación biométrica. 1. Generalidades. 2. Ámbitos de aplicación de los sistemas biométricos. 2.1. Usos gubernamentales y empresariales. 2.2. Usos en el cuidado de la salud. 3. Algunos sistemas biométricos en particular. 3.1 Información genética humana. 3.2 Huellas dactilares, surcos palmares, reconocimiento vascular digital y geometría de la mano. 3.3. Reconocimiento facial, de orejas y termograma del rostro. 3.4. Inspección del iris y de los patrones retinales vasculares. IV. ¿Es la biometría un mecanismo de identificación y autenticación totalmente

Recibido: 6/5/2011 • Aceptado: 20/7/2011

* Médica Pediatra especialista en Gerencia en Salud Pública y en Derecho Médico-Sanitario de la Universidad del Rosario y magíster en Bioética de la Universidad del Bosque; actualmente realiza estudios de doctorado en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Javeriana. Directora del Programa de Medicina y codirectora de la especialización de Derecho Médico Sanitario de la Universidad del Rosario. Miembro del grupo de investigación, reconocido por Colciencias, en Educación, en la línea Bioética y Derecho Médico Sanitario de la Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. anai.gomez@urosario.edu.co

** Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Máster en Leyes del *London School of Economics and Political Sciences* (LSE). Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Director de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Director del GECTI <http://gecti.uniandes.edu.co/> o <http://www.gecti.org/> y del Observatorio de la Protección de Datos Personales en Colombia <http://www.habeasdata.org.co/>. nremolin@uniandes.edu.co

*** Phillips, Ken. *Unforgettable biometrics*. En: <http://www.zdnet.com/pcweek/reviews/>

seguro? V. Identificación e información biométrica en Colombia. 1. Información dactiloscópica como eje de identificación ciudadana. 2. Regulación sectorial de la información biométrica. 3. Información biométrica como dato sensible en la futura regulación de datos personales. VI. Principios que rigen el tratamiento de datos biométricos. 1. Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad (2009). 2. Principios nacionales constitucionales. VII. Implicaciones éticas y jurídicas de los sistemas biométricos. 1. Usos encubiertos (*Function Creep*). 2. Intromisión en la intimidad. 3. Discriminación. 4. Hurto de identidad. 5. Informatización del cuerpo: implicaciones culturales de la utilización del cuerpo como contraseña. VIII. El principio de proporcionalidad como instrumento previo a la imposición de sistemas biométricos y del uso de información biométrica. IX. Conclusiones.

Resumen

Los avances experimentados en el desarrollo de los sistemas de identificación biométrica y el uso de la información biométrica como mecanismo de identificación han puesto de manifiesto la necesidad de otorgar una adecuada protección jurídica en este ámbito. En el presente trabajo se analizan las implicaciones jurídicas y éticas de la aplicación de dichos sistemas y el tratamiento de la información biométrica desde la óptica de la protección de datos de carácter personal.

Palabras clave: Biometría. Información Biométrica. Protección de datos.

Abstract

The progress in the development of biometric identification systems, and the use of biometric information as a means of identification, have highlighted the need to provide adequate legal protection in this area. This paper examines the legal and ethical implications of implementing such systems, and the processing of biometric information from the point of view of personal data protection, with particular emphasis on Colombian Law.

Keywords: Biometrics. Biometrical Information. Data Protection

I. Introducción

Los sistemas de identificación personal históricamente se han caracterizado por involucrar problemáticas de diversa naturaleza: política, económica, social, jurídica y ética, entre otras.

Progresivamente se incorporan al mercado productos de identificación de los seres humanos, dentro de los cuales se destacan los sistemas biométricos. Estos se basan en la medición de las características corporales (biometría

estática) o de comportamiento (biometría dinámica) de las personas, lo cual los diferencia sustancialmente de otros mecanismos de identificación.

Actualmente, los sistemas biométricos se emplean en diversos ámbitos, es así que los gobiernos, los organismos de seguridad o investigación de delitos, las empresas de seguridad privada, los clubes sociales, la banca, los organismos de inmigración, la empresa privada, las instituciones de salud y en general cualquier persona, los utilizan como mecanismos de identificación de los individuos. Esto se debe en gran medida a sus bondades respecto a los niveles de precisión y a la dificultad para ser falseados, lo que sin duda los convertirá en los mecanismos de identificación del siglo XXI, reemplazando, en buena medida, medios tradicionales como las tarjetas de identificación, los códigos de barras, los password, las firmas digitales y los números secretos de identificación.

Paralelo al desarrollo de nuevos productos y servicios surge la necesidad de protección de los derechos humanos respecto del uso indebido de las tecnologías y los sistemas de información personal, cuestión que está pendiente de resolver y que es una realidad en permanente cambio. Los riesgos a los derechos y libertades de terceros se relacionan no solo con las innovaciones tecnológicas que permanentemente se incorporan al mercado y la sociedad, sino, especialmente, por el uso ilegal o anti ético de las mismas.

No todos los países cuentan con regulación específica sobre los sistemas biométricos como mecanismos de identificación personal, ni respecto del tratamiento de la información biométrica; así mismo carecen de instrumentos jurídicos e instituciones que controlen y vigilen a quienes poseen información biométrica de terceros. Todo lo anteriormente referido, evidencia el riesgo que representa a los derechos y libertades individuales el uso no controlado de los sistemas biométricos y la información biométrica.

Dado este contexto, el presente trabajo se centrará en tres propósitos. Primero caracterizar los más importantes sistemas biométricos, segundo identificar los riesgos e implicaciones jurídicas y éticas del uso de dichos sistemas y del tratamiento de la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales y tercero proponer a las autoridades y los particulares la aplicación del principio de proporcionalidad como instrumento previo a la imposición de sistemas biométricos y del uso de información biométrica.

II. Biometría e información biométrica

La palabra biometría deriva de las raíces griegas bio (*vida*) y metría (*medida o medición*), y se entiende como el "*estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos*".¹ Dentro de las diversas acepciones del

¹ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=biometria

término biometría encontramos aquella referida a mecanismo de identificación basado en las características o información biológica de cada persona como, por ejemplo, las huellas dactilares, el iris, el ácido desoxirribonucleico (ADN), entre otras.

Son múltiples las definiciones doctrinales sobre biometría pero todas coinciden en que se fundamentan en el uso de características físicas (biometría estática) o comportamentales (biometría dinámica) de los individuos. Para Grijpink², por ejemplo, la expresión "*biometrics*" es la identificación de los individuos basada en sus características físicas utilizando tecnologías de información. Furnell³, trayendo a colación la definición del International Biometric Group, señala que "*biometrics*" es el uso automatizado de las características físicas y de comportamiento de una persona para determinar o verificar su identidad. Finalmente, Yue Liu⁴ menciona que "*biometrics*" y "*biometric technology*" son mecanismos de medición de comportamiento o de las características físicas de los seres humanos con miras a determinar o autenticar su identidad.

Precisa el último autor que el término "*biometric*" es utilizado alternativamente para referirse a la biometría como característica o como proceso. En el primer caso, la biometría hace alusión a las características biológicas o sobre el comportamiento de las personas que pueden utilizarse como mecanismo automático de reconocimiento de las mismas. En el segundo caso, la biometría se refiere a los métodos automáticos de reconocimiento de los individuos basados en las mencionadas características. Para efectos de este escrito, nos centraremos en la primera acepción, pues nos interesa enfocarnos en los diversos datos personales que surgen de la información biológica o comportamental sobre las personas para establecer las implicaciones jurídicas y éticas del tratamiento de este tipo de información.

La información biométrica incluye datos sobre las características físicas (rostro, huella dactilar, palma de la mano, retina, ADN) y "comportamentales" (forma de firmar, tono de voz) de las personas⁵. Adicionalmente, se está empezando a explorar el uso de otros datos biométricos denominados de segunda generación, como son el análisis de ondas neuronales, la luminiscencia de la piel, la exploración remota de iris, el reconocimiento facial avanzado, el reconocimiento de la geometría de las uñas, la frecuencia cardíaca, la onda de pulso, las radiografías dentales, la mordida dental, la impedancia de la piel, las arrugas de los dedos, el reconocimiento del asimiento, los campos bioeléctricos,

² GRIJINK, Jan. *Biometrics and privacy*. Computer Law & Security Report, Volume 17, Issue 3, Pág. 154. May 2001.

³ FURNELL, Steven y CLARKE Nathan. *Biometrics: no silver bullets*. Computer Fraud & Security, Volume 2005, Issue 8, Pág. 9. August 2005.

⁴ LIU, Yue. The principle of proportionality in biometrics: Case studies from Norway. Computer law & security review. Volume 25, Issue 3, Pág. 237, 2009.

⁵ SAINI, Nirmala y SINHA, Alok. *Soft biometrics in conjunction with optics based bihashing*. Optics Communications, Volume 284, Issue 3, Pág. 756. February 2011.

el olor corporal, entre otros, con grandes avances en las interfases de los sistemas y la biometría del comportamiento⁶.

III. Sistemas de identificación biométrica

Se ha establecido que existen al menos tres formas comunes de verificar la identidad de los individuos⁷. La primera se fundamenta en el uso de algo que la persona sabe como los passwords o los PIN. Estos métodos son vulnerables en la medida que la información se puede olvidar, puede ser compartida u obtenida por terceros a través de engaños o estafas. La segunda se basa en el uso de algo que posee la persona como una tarjeta con banda magnética, un carnet, etc. Este método también ofrece riesgos en la medida que las tarjetas pueden ser duplicadas, perdidas o hurtadas. El tercer método consiste en utilizar algo que hace parte de la integridad corporal del individuo y que es irrepetible. A este último método pertenecen los sistemas biométricos de identificación.

1. Generalidades

Los sistemas biométricos representan un mecanismo de identificación y verificación basado en las características biológicas, morfológicas, anatómicas o rasgos de comportamiento de las personas⁸, las cuales tienen un carácter intransferible e irrepetible. Precisan Bhatnagar, Lall y Patney que esta información es "natural" y casi única a cada persona⁹.

Estas particularidades generan algunas ventajas sobre los métodos tradicionales de identificación¹⁰ como, por ejemplo, el hecho que estos mecanismos no se extravían, ni se olvidan, como sí puede suceder con una tarjeta de identificación con código de barras y las claves secretas. Por eso se considera que los sistemas biométricos contribuyen a aumentar el nivel de

6 Emilio MORDINI And Sonia MASSARI. Body, biometrics and identity, *Bioethics* ISSN 0269-9702 (print); 1467-8519 (online). Volume 22 Number 9 2008 pp 488-498.

7 Cfr. FURNELL, Steven y CLARKE Nathan. *Biometrics: no silver bullets*. Computer Fraud & Security, Volume 2005, Issue 8, Pág. 9. August 2005.

8 ANIL, Jain y otros. Introduction to biometrics. Capítulo de libro publicado en la obra "Biometrics: personal identification in networked society". Boston: Kluwer Academic Publishers, pág. 1-41, 1999; JAIN A., ROSS, and Prabhakar,. Biometrics-Based Web Access, Michigan State University, Technical Report TR98-33, November 1998; Newham, E. The Biometric Report. New York: SBJ Services, 1995.

9 BHATNAGAR, Jay; LALL, Brejesh y PATNEY, R. *Performance Issues in Biometric Authentication Based on Information Theoretic Concepts: A Review*. IETE Technical Review, Vol. 27, Issue 4, p 274. Jul-Aug 2010. Delhi, India.

10 Cfr. NALINI, Ratha and BOLLE, Ruud. "Smartcard based authentication". pp. 369-384. En: JAIN, *ob cit.*; SAINI, Nirmala y SINHA, Aloka. Soft biometrics in conjunction with optics based bihashing . *Optics Communications*, Volume 284, Issue 3, pág. 762. February 2011.

precisión de identificación de los individuos y permiten combatir el fraude de identidad¹¹.

Con los mecanismos biométricos de identificación se captura, procesa y almacena información relacionada, con los rasgos físicos de las personas (las huellas dactilares, el ADN, la forma o silueta de la mano, los patrones de la retina o el iris, los aspectos faciales) para poder establecer o "autenticar" la identidad de cada sujeto¹². Este es el origen de los sistemas de autenticación humana o HAS (*Human Authentication System*) y los sistemas biométricos de autenticación o BAS (*Biometric Authentication System*). En los primeros (HAS), quien efectúa la autenticación compara, entre otras, la cara, el pelo, la voz de una persona, frente a la información que previamente tiene almacenada sobre ella en una base de datos; El resultado de la autenticación depende del juicio de valor de la persona que realiza la comparación. En los segundos (BAS), el reconocimiento es automático sin la intervención de una persona que realice la comparación como sucede en los HAS.

A continuación describiremos brevemente algunos métodos de identificación biométrica más frecuentemente utilizados, basados en las características físicas (biometría estática) y de comportamiento (biometría dinámica) de las personas. Debemos aclarar que dependiendo del ámbito de aplicación, la oportunidad y velocidad requerida, la presencia o no del individuo, la participación activa de éste y la relevancia del tema en cuestión, se emplean uno u otro método biométrico dependiendo de las ventajas y desventajas que cada uno ofrece.

	Método	Descripción
F I S I C A S	<i>Reconocimiento facial</i>	Utiliza una cámara para tomar una foto del rostro de la persona. De la imagen se extraen elementos particulares (características relacionadas con las facciones) que luego son comparados frente a un banco de datos de imágenes en la que previamente está la foto de la persona que se busca identificar.
	<i>Termografía facial</i>	Usa las diferentes temperaturas que emanan de las partes del rostro de un individuo como elementos específicos para caracterizar e identificar una persona.

¹¹ Cfr. DAVIES, Simon. "Touching Big Brother: How biometric technology will fuse flesh and machine". Information Technology & People, Vol. 7, No. 4 1994.

¹² Ver WOODWARD John, Jr. "Biometrics: Identifying Law & Policy Concerns". pp. 386-405, en: JAIN A., *ob cit*; y WOODWARD, John. "Biometric Scanning, Law & Policy: Identifying the concerns-drafting the biometric blueprint". University of Pittsburgh Law Review. 1997.

	Método	Descripción
F I S I C A S	<i>Reconocimiento de huellas dactilares</i>	Emplea los parámetros particulares de las huellas dactilares que distingue una persona de otra.
	<i>Geometría de la mano</i>	Utiliza la medida, dimensión y forma particular de la mano de cada persona.
	<i>Escaneo del Iris</i>	Compara la imagen del iris de una persona tomada con una cámara frente a las que previamente se encuentran en una base de datos. Se analizan los patrones característicos de este tejido que circunda la pupila.
	<i>Escaneo de la retina</i>	Utiliza rayos laser para escanear los parámetros distintivos de los vasos sanguíneos presentes en la retina de una persona y los compara con patrones previamente almacenados de la misma.
	<i>Reconocimiento de los patrones de los vasos sanguíneos de las manos</i>	Usa luces infra rojas para determinar el patrón de comportamiento de las venas de la mano.
	<i>Huellas labiales</i>	Los labios poseen patrones característicos (huellas labiales) y formas particulares que permiten identificar una persona.
	<i>Reconocimiento de los huesos</i>	Los huesos de cada individuo pueden ofrecer particularidades que permitan su identificación combinado con aspectos como la densidad ósea o cicatrices de lesiones anteriores.
C O M P O R T A M I E N T O	<i>Reconocimiento del patrón de marcha</i>	Utiliza como característica de identificación la forma particular de caminar de cada individuo.
	<i>Patrón de movimiento del "mouse"</i>	Se fundamenta en las característica del comportamiento (velocidad, precisión) del individuo en el uso del "mouse"
	<i>Análisis de la firma</i>	Utiliza los parámetros estáticos (que pueden ser imitados por un experto) y dinámicos

	Método	Descripción
C O M P O R T A M I E N T O		(como son la presión, la dirección y la velocidad, que son de difícil simulación) de una persona cuando firma.
	<i>Verificación de la voz</i>	El reconocimiento de la voz se fundamenta en datos físicos (características de la vía aérea) y dinámicos (movimiento de la boca y pronunciación). La voz de la persona es comparada con su "patrón de voz" previamente almacenado.
	<i>Patrones de tipeo</i>	Cada individuo tiene un patrón y cadencia particular de tipeo en el teclado, evaluándose los tiempos de latencia y de presión en cada tecla.

Tabla No. 1. Sumario de sistemas de identificación y verificación biométrica basados en características físicas y de comportamiento de cada persona¹³.

2. Ámbitos de aplicación de los sistemas biométricos

La identificación eficiente y segura de los individuos tienen múltiples aplicaciones especialmente en temas relacionados con la seguridad bien sea de tipo nacional (identificación de posibles terroristas), corporativa (identificación de empleados para ingreso general a instalaciones o a áreas sensibles), personal (información privada, reservada o íntima, transacciones financieras), o de la salud (identificación relacionada con la seguridad de los pacientes en las instituciones de salud).

Son ejemplos de este tipo de usos los siguientes: un individuo dispuesto a viajar en un vuelo intercontinental se acerca al mostrador de la aerolínea, donde su iris es escaneado, permitiéndose su ingreso, sin necesidad de presentar documentación o emitirse un ticket de abordaje; un hombre es atropellado en la calle y pierde la conciencia, a la llegada del equipo paramédico se toma una fotografía de su rostro con el móvil, se transfiere la imagen a una base de datos que permite mediante reconocimiento facial la identificación y el acceso a los datos clínicos más relevantes para su atención; después de implementar un sistema de reconocimiento biométrico, una importante empresa disminuye el

¹³ Esta tabla es una versión adaptada y ampliada de la publicada en: FURNELL, Steven y CLARKE Nathan. *Biometrics: no silver bullets*. Computer Fraud & Security, Volume 2005, Issue 8, Pág. 9. August 2005.

pago de nomina al detectarse que el número de horas trabajadas es inferior al número de horas contratadas; un menor de 5 años de edad quien había sido reportado como perdido es identificado gracias al sistema de reconocimiento facial.

De otra parte, existen situaciones en la cuales se hace un uso indebido de los sistemas de identificación y de la información biométrica, tal y como se evidencia en los siguientes ejemplos: una muestra de ADN empleada para identificar a una persona es usada para determinar sus riesgos de enfermar en el futuro y por ello es discriminada en procesos laborales; una persona es implicada en un acto criminal debido a que su ADN es "plantado en la escena del crimen"; Cuando una mujer pasa por un escáner en el aeropuerto se observa que lleva puesto un elemento protésico en la región mamaria; una persona es investigada y llevada a prisión por su supuesta participación en un delito cuya prueba reina fue la suplantación de sus huellas dactilares.

A continuación se describirán algunos de los usos más comunes de los sistemas biométricos:

2.1. Usos gubernamentales y empresariales

Los Estados utilizan datos biométricos para identificar sus ciudadanos con propósito de diversa índole: fines migratorios, electorales, de acceso a sistemas públicos como el de salud y pensiones; de éstos, el rostro, el iris y las huellas dactilares siguen siendo los datos biométricos más frecuentemente empleados (75% de los casos)¹⁴.

Brotos de terrorismo y criminalidad global han incrementado el uso de la biometría por parte de los Estados. Después de los ataques del 11 de septiembre, los aeropuertos se vieron forzados a aumentar sus medidas de seguridad, incluyendo la identificación de posibles terroristas gracias a sistemas biométricos. Adicionalmente han sido empleados para mejorar la eficiencia de algunos procesos aeronáuticos gracias a la rapidez en la identificación y chequeo de los pasajeros¹⁵.

2.2. Usos en el cuidado de la salud

Algunos de los retos en los procesos de atención de la salud, que pueden ser afrontados con el apoyo de los sistemas biométricos son entre otros: la protección de la confidencialidad de la información clínica (mediante la determinación de los profesionales de la salud que únicamente pueden acceder a los registros

¹⁴ Survey Part One: National ID–Europe. *Biometric Technology Today* 2007; October. Available at http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6W70-4PMSV7V-M&_user=10&_rdoc=1&_fmt=&_orig=search&_sort=d&view=c&_acct=C000050221&_version=1&_urlVersion=0&_userid=10&md5=baefaab9073f8032fd3fa6be18332706

¹⁵ D. Lyon. Airports as Data Filters: Converging Surveillance Systems after September 11. *Info, Communication, Ethics in Soc* 2003, 1:1.

clínicos), la adecuada identificación de las personas para evitar fraudes al sistema o para garantizar la seguridad en el cuidado¹⁶ (es decir que efectivamente se está realizando un procedimiento o administrando un medicamento al paciente indicado)¹⁷.

La selección del tipo de sistema biométrico a emplear en el ámbito del cuidado de la salud se fundamenta entre otros elementos en: la facilidad y confort en su uso¹⁸, la posibilidad que sea utilizado en toda la población de pacientes¹⁹, la exactitud²⁰, la seguridad²¹, la compatibilidad con tecnologías preexistentes, la capacidad de responder a grandes volúmenes de información, la adecuada relación costo beneficio, el mantenimiento y la posibilidad de validación y verificación independientes²².

3. Algunos sistemas biométricos en particular

A continuación caracterizaremos algunos de los sistemas de identificación biométrica²³ en razón de su mayor frecuencia de uso o de los riesgos éticos y jurídicos asociados:

¹⁶ La seguridad de los pacientes, es decir la prevención de eventos adversos, entendidos éstos como el daño involuntario a los pacientes que es más atribuible al proceso de cuidado sanitario que a la patología subyacente, es una prioridad de los sistemas de salud nacionales y de la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien incluso la ha denominado la "*epidemia silenciosa*". Para entender la dimensión del problema, en el estudio clásico sobre el tema "Errar es Humano" se calculaba que para 1999, entre 44.000 a 98.000 pacientes fallecían en los Estados Unidos por esta causa, siendo la inadecuada identificación del paciente uno de los más importantes factores causales a intervenir.

(Institute of Medicine, Committee on Quality of Health Care in America. In: Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS, eds. *To Err is Human Building a Safer Health System*. Washington, DC: National Academy Press; 2000)

¹⁷ Cfr. *Alejandro Enrique Flores Zuniga* Biometrics for Electronic Health Records, *Khin Than Win, Willy Susilo*. Journal of Medical Systems. New York: Oct 2010. Tomo 34, N° 5; pág. 975. MAROHN, Dana. *Biometrics in healthcare*. Biometric Technology Today, Volume 14, Issue 9, Pág.9 September 2006.

¹⁸ Por ejemplo que puedan ser aplicados por el propio paciente sin asistencia, como en el caso de huellas dactilares por mecanismos ultrasónicos

¹⁹ En pacientes ancianos, con piel seca, o menores de edad con dedos muy pequeños, o personas de piel oscura la identificación por huellas dactilares se hace más difícil debido a las dificultades en el escaneo de éstas.

²⁰ Entendida como la posibilidad de parrear a un individuo con sus datos anteriores, y la menor probabilidad de falsos positivos o falsos negativos

²¹ La posibilidad que una vez reclutados los datos biométricos estos puedan ser encriptados para que su transmisión a través de redes no sea facilite el fraude o la violación de la confidencialidad.

²² Frank S PIERCE. *Biometric Identification. Health Management Technology*; May 2003; 24, 5; ProQuest Health and Medical Complete, pág. 38

²³ Como las huellas digitales, los surcos palmares, el reconocimiento vascular digital, la geometría de la mano, el reconocimiento facial y de las orejas, el termograma del rostro, las huellas labiales, el reconocimiento del iris y de los patrones retinales vasculares, el ADN, el reconocimiento de los huesos, la dinámica de la firma, el reconocimiento de la voz y del discurso, los patrones de tipo, el reconocimiento de la marcha.

3.1. Información genética humana

La información genética de cada ser humano es de carácter único, por esta razón puede ser utilizado como un sistema de identificación biométrica. Para entender su uso es necesario diferenciar los conceptos de genoma, gen, cromosoma y ADN, los cuales están estrechamente relacionados.

El gen es la unidad mínima de información biológica, en donde se encuentra el ADN (ácido desoxirribonucleico); se denomina como genoma humano al conjunto de genes, aproximadamente 40.000, que se encuentran organizados en 46 cromosomas. El genoma contiene la totalidad del material genético de un individuo y está constituido por el patrimonio genético heredado de la humanidad, por elementos comunes a otras especies, a la familia biológica, y a la etnia, así como por características individuales irrepetibles que determinan la identidad genética de un individuo (la cual representa el 0.1 % del genoma humano) y que lo hace único (incluso los gemelos univitelinos que comparten el mismo genoma pueden presentar variaciones relacionadas con el medio ambiente denominadas epigenéticas)²⁴.

El material genético humano está en distintos elementos biológicos: En las estructuras sub-celulares como son los ácidos nucleicos (ADN y ARN), proteínas, células somáticas o germinales, tejidos, órganos, pre-embriones y embriones, fetos, material orgánico de desecho (como heces, células epiteliales, orina, pelo o uñas), fluidos corporales (sangre, sudor, saliva, líquido amniótico, sinovial, peritoneal, pleural, cefalorraquídeo y linfático), cadáveres y restos humanos.

Mediante técnicas específicas se puede extraer de los materiales biológicos la información genética de una persona, que como se explicó anteriormente, en su conjunto, aporta datos sobre la identidad, la salud presente y futura del individuo, de su familia biológica e incluso de su comunidad, estas comúnmente se denominan pruebas o test de ADN.

La información genética de un individuo, se usa con fines lícitos en el ámbito forense (identificación de restos humanos), criminalístico (presencia de un sujeto en la escena de un crimen) o de reconocimiento de filiación (pruebas de paternidad); pero debido al carácter sensible de la información (es posible conocer de un individuo, su familia y comunidad a la que pertenece, la predisposición a enfermar, las patologías que padece, rasgos comportamentales), plantea importantes dilemas éticos y jurídicos como son aquellos relacionados con la invasión de la privacidad y el uso secundario de esta información²⁵.

24 Genoveva KEYEUX. Identidad genética. Diccionario latinoamericano de bioética. Director Juan Carlos Tealdi. Bogotá. Unesco, Red de Bioética, Universidad Nacional. 2008. pág., 321

25 INTRODUCTION: DNA Fingerprinting and Civil Liberties. Alice A. NOBLE *The Journal of Law, Medicine & Ethics*; Summer 2006; 34, 2; ProQuest Health and Medical Complete, pág. 149

Otros inconvenientes asociados con el uso de la información genética con fines de identificación tienen que ver con el hecho que al requerirse para su extracción de técnicas específicas, no puede ser hecha en tiempo real. De otra parte aunque la información genética es única, no puede perderse de vista que existe la posibilidad de "plantar" de manera ilícita la huella genética de un individuo e implicarlo en una situación en la que realmente no se vio comprometido.

Debido al carácter sensible de la información genética contenida en el ADN, esta ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, al referirse a la práctica de la prueba de ADN dentro del proceso de filiación²⁶.

3.2. Las huellas dactilares, surcos palmares, reconocimiento vascular digital y geometría de la mano

Las manos contienen múltiples elementos que han sido utilizados por los sistemas biométricos para la identificación de los individuos, como son las huellas dactilares, los surcos palmares, los patrones vasculares y la forma de la mano, cada uno de ellos con características únicas en cada persona.

Cada uno de los dedos de las manos posee una serie de líneas epidérmicas dispuestos en forma paralela, que se denominan surcos, que cuando se aprecian levantados reciben el nombre de crestas y cuando no, el de valles; estos elementos forman intersecciones, bifurcaciones o terminaciones, denominadas minucias, las cuales son únicas en cada ser humano y se mantienen a lo largo de la vida, permitiendo la identificación del sujeto. Esto es lo que se conoce como la huella dactilar.

Desde hace más de un siglo la huella dactilar ha servido para la identificación de las personas, inicialmente de manera manual y actualmente de forma automatizada. Gracias a su mayor fiabilidad, fácil recolección, maduración tecnológica y uso difundido por diferentes Estados es el método de identificación biométrica más frecuentemente empleado²⁷.

²⁶ Mediante sentencia C-807 de 2002 la Corte afirmó lo siguiente: (1) Algunos datos que contiene el ADN son el "grupo sanguíneo, las características morfológicas, las predisposiciones y otros que están predeterminados", que arroja información sobre la filiación; (2) "La información genética en cuanto a su contenido tiene una naturaleza dual, ya que de un lado, da lugar a la identificación individual y por el otro aporta la información de filiación que identifica de manera inequívoca la relación de un individuo con un grupo con quien tiene una relación directa", y (3) "El descubrimiento del ADN ha sido de gran ayuda para la administración de justicia, especialmente en los procesos de familia (demandas de filiación) y en los procesos penales (en relación con hechos que pueden dejar vestigios biológicos del autor sobre la víctima, o en el lugar de comisión del hecho punible, también para la identificación de cadáveres) y esto por tratarse de una prueba de gran precisión por el grado de certeza que ofrece en el aspecto probatorio, de ahí que se le haya denominado 'huella genética'" (resaltado añadido).

²⁷ Su desarrollo inició con la definición que hace a finales del siglo 19 Sir Francis Galton de los llamados "puntos Galton" base de la ciencia dactilar, los cuales posteriormente se ven

Actualmente se emplean diferentes tipos de sensores ópticos, ultrasónicos y térmicos para tomar este tipo de identificación. Los sistemas de información posibilitan el registro simultáneo de los 10 dedos, así como las líneas de la palma en adición a datos biográficos.

Las desventajas asociadas con esta forma de identificación se relacionan con la posibilidad de alteración de las huellas dactilares mediante técnicas quirúrgicas o métodos químicos, con el mal estado o desgaste debido a la actividad laboral, estilo de vida o edad de los individuos, o porque la falta de limpieza o la sudoración dificultan el escaneo de la huella. De otra parte, no se considera el método más eficaz en lo que respecta a tiempo, en comparación con otros métodos como el reconocimiento facial. También se aduce la animadversión que puede producir tocar un sensor que ha sido empleado por un sinnúmero de personas desconocidas y que requiere de la colaboración o participación activa de los sujetos.

En adición a las huellas dactilares, los surcos palmares sirven para la identificación, fundamentado en un concepto similar al anteriormente explicado.

De otra parte, la forma y tamaño de las manos es única, con la ventaja adicional que difícilmente puede ser modificada por lo que también se ha empleado para identificación y verificación de identidad, en combinación con las huellas dactilares y los surcos palmares (debido a que un porcentaje de los rastros que se dejan en escenas de crímenes corresponde a palmas y no a huellas dactilares). Como desventajas tiene que su uso requiere entrenamiento, no es lo suficientemente distintivo respecto a grandes bases de datos y requiere mucho espacio físico para su implementación²⁸.

Otro sistema biométrico es el reconocimiento de los patrones de los vasos sanguíneos presentes en los dedos. Este requiere de la presencia de la persona, lo que hace más difícil la suplantación, aunque implica la colaboración del individuo en su toma.

Comúnmente se considera un riesgo respecto al uso de huellas, vasos sanguíneos, líneas palmares, o la geometría de la mano, la presencia de copias de látex, por esta razón el sistema biométrico debe reconocer elementos presente en una persona viva como son los flujos de sangre caliente o las estructuras subcutáneas.

3.3. Reconocimiento facial, de orejas y termograma del rostro

El reconocimiento facial se empezó a emplear desde la década de los 60. Se basa en el análisis de ciertos puntos clave en el rostro de las personas, como la distancia entre los ojos, el diámetro nasal, las orejas o la boca. El incremento masivo de uso de cámaras de videos en lugares públicos y privados ha puesto

reducido a un número de rasgos específicos o minucias y han mejorado gracias a la tecnología los aspectos de identificación, extracción y comparación.

²⁸ <http://www.biometria.gov.ar/acerca-de-la-biometria/preguntas-frecuentes.aspx>

de presente la relevancia del reconocimiento facial como medio de autenticación e identificación. Al mismo tiempo, esta situación ha generado preocupación en la doctrina por el grado de vigilancia de las personas que en algunos casos llega a ser considerado excesivo e intrusivo²⁹. El reconocimiento facial se ha tratado de complementar con la termografía o medición de los patrones de emisión de calor de la cara asociados con el flujo sanguíneo.

Ventajas asociadas con el reconocimiento facial se relacionan con la facilidad en su uso, dado que no requiere de contacto para la toma de la imagen. Con respecto a la termografía se menciona que es una técnica no invasiva y fácilmente accesible.

Se aducen como desventajas, los resultados variables (determinados por la iluminación, la distancia de la cámara, la posición de la cara, la edad, el género y las variaciones temporales debido al envejecimiento o alteraciones faciales entre una y otra toma)³⁰; el hecho que puede ser alterado por el tipo de peinado, sombreros, bufandas, gafas, así como por la expresión o la posición. En el caso de la termografía, los datos varían según la distancia y adicionalmente se requiere de un tiempo de exposición del individuo a los sensores.

Se debe resaltar que los sistemas biométricos basados en el reconocimiento facial permite el registro de manera paralela de elementos relacionados con el estado emocional del sujeto (dato encubierto), que genera riesgos respecto a la intimidad de los sujetos.

Una forma de aumentar la sensibilidad de los sistemas biométricos anteriormente expuestos es adicionar a estos la identificación auricular. No existen dos orejas iguales, las estructuras tubulares y circulares, como el curvado hélix que rodea el borde superior del pabellón auricular, permite su clasificación y la identificación de los individuos. Respecto de otras técnicas biométricas, las orejas no cambian en su estructura desde el nacimiento hasta la muerte (a pesar de que crecen permanentemente) y no se altera con los cambios de expresión.

3.4. Inspección del iris y de los patrones retinales vasculares

El iris es el músculo que rodea la pupila y tiene la función de controlar adaptativamente la cantidad de luz que entra en el ojo; su color y estructura están determinados genéticamente, pero los patrones son únicos y al azar, dependiendo de las condiciones iniciales de desarrollo embrionario (por ejemplo gemelos univitelinos poseen iris distintos)³¹.

²⁹ En este sentido ver: TENE, Omer. *Privacy: The new generations*. International Data Privacy Law, 2011, Vol. 1, No. 1, Pág. 20. Oxford University Press, Oxford, UK.

³⁰ Michael A Gips. Assessing facial IDs. Security Management. Arlington: Sep 2001. Tomo 45, N° 9; pág. 14, 1 págs.

³¹ J. Daugman: Statistical richness of visual phase information: Update on recognizing persons by iris patterns, Int. J. of Computer Vision. 45 (2001) 25-38.

La aplicación de tecnologías en el reconocimiento del iris³² requiere la localización efectiva antes de la toma y la digitalización de las imágenes. Circunstancias como el ruido, la luz y el ángulo de incidencia pueden influir en el bajo rendimiento de la prueba. La raza y el color de los ojos es un elemento a tener en cuenta debido a que mientras más oscuros son mayor dificultad hay para la lectura del scanner.

Dentro de la medicina alternativa existe una especialidad denominada la iridología la cual se basa en el análisis del color y las estructuras del iris (debe aclararse que no tiene ninguna relación con la oftalmología); presupone que los patrones del iris que los seres humanos tienen desde el nacimiento se correlacionan con trastornos o enfermedades del organismo debido a que la localización de un signo corresponde a un órgano, sistema o región del cuerpo humano. Según esta teoría el acceso a este tipo de dato biométrico permitiría conocer información sobre el estado de salud de una persona (información sensible del individuo)³³. De otra parte en el iris pueden manifestarse enfermedades propias, como son la aniridia, la iridociclitis, la iritis, o neoplasias entre otras, que son evidentes al examen semiológico y que son del terreno de la oftalmología, y que al ser registradas en un sistema biométrico, no sólo podrán dificultar la identificación sino también revelar información clínica del individuo³⁴.

En términos generales se considera una de las técnicas más seguras de reconocimiento biométrico debido a que no varía en el tiempo y adicionalmente no requiere de contacto del individuo para la toma; se aducen como desventajas que se puede ocultar con lentes, gafas, pestañas o los mismos parpados y la creencias respecto a problemas posteriores relacionado con el escaneo ocular. Adicionalmente, se requiere de entrenamiento para su toma, la ausencia de bases de datos de iris extendidas, y el hecho de que no puede ser verificada por un humano³⁵. Al igual que otros sistemas biométricos deben estar diseñados para reconocer patrones presentes en un ser humano vivo y no en un lente o prótesis para evitar suplantaciones.

De otra parte, los patrones vasculares de la retina³⁶ a los cuales se pueden acceder a través de fundoscopia (examen del fondo del ojo), son sistemas

32 El uso de los patrones del iris como dato biométrico para la identificación fue propuesto por primera vez por el oftalmólogo Frank Burch en 1936, pero es hasta 1985 que Leonard Flom y Aran Safir, también oftalmólogos, proponen que ningún iris es semejante a otro. Posteriormente en 1987 los doctores Flom y Daugman desarrollan el algoritmo que permite automatizar la identificación del iris humano, logrando este último la patente en 1994.

33 Topografía del iris. Fundación Europea de Medicinas alternativas. http://femalt.com/iridol_topografia.shtml

34 V. Valencia. 2002. Biometric Liveness Testing. In *Biometrics*. J. D. WOODWARD et al., eds. New York: Osborne McGraw Hill.

35 <http://www.biometria.gov.ar/acerca-de-la-biometria/preguntas-frecuentes.aspx>

36 Estructura atrás del ojo que obra como el film de una cámara, con fotorreceptores que al captar la luz envían mensajes al cerebro para procesar imágenes

biométricos seguros aunque representan una mayor incomodidad para las personas, debido al carácter intrusivo, y a que se pueden ver alterados en el tiempo por enfermedades como la diabetes, la hipertensión arterial y el glaucoma, entre otras. Este hecho adicionalmente aporta información sensible del individuo (dato encubierto).

En síntesis, debe tenerse en cuenta que no todas las características físicas humanas tienen un carácter único e irrepetible que les permita ser empleadas como sistema biométrico. Algunas características físicas como las explicadas anteriormente permiten ser usadas para la identificación de los individuos (es así que gemelos idénticos con similar ADN, difieren en sus huellas dactilares, el patrón de su iris o en el comportamiento)³⁷.

A pesar de que nos hemos concentrado en características biológicas estáticas debe recordarse que elementos asociados con el comportamiento humano, como son los patrones de tecleo o de movimiento y la dinámica de la firma también son de utilidad como sistemas biométricos. Adicionalmente, la voz humana puede ser empleada para el mismo fin con la diferencia que aporta elementos estáticos y dinámicos.

IV. ¿Es la biometría un mecanismo de identificación y autenticación totalmente seguro?

Los sistemas biométricos normalmente son utilizados como medios de identificación y verificación. El reconocimiento o identificación busca establecer la identidad de una persona de un universo de sujetos. Para lograr este fin se requiere contar con una base de datos con los datos biométricos de la totalidad de individuos usuarios del sistema y disponer de ellos de manera segura y oportuna con miras a responder la siguiente pregunta ¿Quién soy yo? La verificación o autenticación, por su parte, consiste en determinar si un individuo es quien efectivamente dice ser, para lo que se requiere comparar el dato biométrico únicamente con su patrón y responder a la pregunta ¿Es ese individuo quien dice ser?³⁸.

Todo sistema automatizado de reconocimiento de patrones biométricos requiere de la captura de los datos biológicos o de comportamiento, su procesamiento, la extracción de las características propias del individuo y la comparación respecto a un patrón almacenado previamente³⁹.

³⁷ Piénsese, por el ejemplo, en el caso de un terrorista que modifica sus huellas dactilares y fisonomía pero es detectado en un aeropuerto al pasar por un equipo de scanner corporal, el cual reconoce las características particulares de sus huesos.

³⁸ Una explicación detallada de este aspecto se encuentra en: WOODWARD, 1997, pág. 2; JAIN, 1999, págs. 1-2 y WAYMAN, James. "Technical testing and evaluation of biometric identification devices". Pages. 346-368, en: JAIN, *ob cit.*

³⁹ Carmen SÁNCHEZ-ÁVILA and Raúl SÁNCHEZ-REILLO. Sistemas de identificación biométrica mediante patrón de iris utilizando representación multiescala e información de fase

Los sistemas biométricos enfrentan restricciones que requieren ser consideradas en el diseño de los mismos, a saber: desempeño (exactitud y rapidez a un costo razonable), aceptabilidad (grado en que las personas están dispuestas a aceptarlo dentro de su cotidianidad, lo cual está asociado con variables psicológicas de percepción de seguridad) y fiabilidad (que tan difícil es burlar el sistema)⁴⁰.

Es así que la doctrina⁴¹ ha establecido una serie de propiedades que deben caracterizar las diversas técnicas de identificación biométrica, las cuales difieren en su expresión según el tipo de sistema biométrico. Estos aspectos o propiedades relevantes para definir el uso y precisión de los sistemas biométricos son:

- a. Unicidad: en el entendido que sólo una personas tiene ese parámetro biométrico
- b. Permanencia: denota qué tan invariable es la característica biométrica con el paso del tiempo
- c. Precisión: establece qué tan exacto o infalible es el sistema biométrico para establecer la absoluta identidad de una persona
- d. Aceptabilidad: se refiere a qué tanto las personas están dispuestas a aceptar determinado sistema biométrico
- e. Seguridad: establece que tan fácil es manipular los sistemas biométricos a través de técnica fraudulenta.

Veamos entonces la comparación de diversas formas de identificación biométrica a la luz de los anteriores aspectos:

mediante. Universidad Politécnica de Madrid - Universidad Carlos III de Madrid (España). http://www.criptored.upm.es/guiateoria/gt_m279a.htm

⁴⁰ Respecto a la fiabilidad, las características biométricas susceptibles de ser medidas no pueden cambiarse fácilmente, aunque algunas pueden alterarse (variables estáticas) o ser sujetas a entrenamiento (variables dinámicas como el comportamiento). En este sentido los sistemas deben contemplar la posibilidad de detectar no sólo la característica como tal sino que esta proviene de un ser humano vivo. (Domingo MORALES L. Javier RUIZ-DEL-SOLAR. Sistemas biométricos: matching de huellas dactilares mediante transformada de hough generalizada. http://www2.ing.puc.cl/~iing/ed429/sistemas_biometricos.htm (Consultado el 14 de Noviembre del 2010)

⁴¹ Cfr. JAIN Anil (ed), *Biometrics: Personal Identification in Networked Society*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1999, pp.16. y Bhatnagar, Jay; Lall, Brejesh y Patney, R. Performance Issues in Biometric Authentication Based on Information Theoretic Concepts: A Review. *IETE Technical Review*, Vol. 27, Issue 4, p 274. Jul-Aug 2010. Delhi, India. Estos últimos destacan las siguientes propiedades: Permanencia, distintividad, universalidad y aceptabilidad.

SISTEMA BIOMÉTRICO	Unicidad	Permanencia	Precisión	Aceptabilidad	Seguridad
ADN	Alto	Alto	Alto	Bajo	Bajo
Rostro	Bajo	Medio	Bajo	Alto	Bajo
Huella dactilar	Alto	Alto	Alto	Medio	Alto
Geometría de la mano	Medio	Alto	Medio	Medio	Medio
Patrón de teclado	Bajo	Bajo	Bajo	Medio	Medio
Venas de la mano	Medio	Medio	Medio	Medio	Alto
Iris	Alto	Alto	Alto	Bajo	Alto
Escaneo de retina	Alto	Medio	Alto	Bajo	Alto
Firma	Bajo	Bajo	Bajo	Alto	Bajo
Voz	Bajo	Bajo	Bajo	Alto	Bajo
Olor	Alto	Alto	Bajo	Medio	Bajo
Modo de andar	Bajo	Bajo	Bajo	Alto	Medio
Oído	Alto	Medio	Medio	Alto	Medio

Tabla No. 2: Comparación de sistemas biométricos⁴²

Como se observa, cada método biométrico tiene debilidades y fortalezas. Son diversos los grados de unicidad y precisión que ofrece cada uno, razón por la cual los sistemas biométricos normalmente se utilizan de manera combinada con miras a aumentar el nivel de certeza de identificación⁴³. Así por ejemplo, es común que además de la huella dactilar de una persona se utilice para identificarla una foto de la misma y la respectiva firma, o se combine las huellas dactilares y las líneas palmares⁴⁴.

Ninguna de las modalidades es superior a las otras (aunque algunas se encuentran en una fase de mayor maduración tecnológica, como es el caso de las huellas dactilares); su selección depende de factores como los riesgos de seguridad, si se realizara identificación o verificación, el número de transacciones diarias, el ambiente en que será implementado y los datos existentes, entre otros⁴⁵.

42 La información contenida en esta tabla fue tomada de Jain Anil (ed), *Biometrics: Personal Identification in Networked Society*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1999, pp.16.

43 Cfr. RUDING, N; Inman, K; Stolovitzky, G, and Rigoutsos, I. "*DNA based identification*". pp. 287-309 y Hong, L and Jain, A. "*Multimodal Biometrics*". pp. 327-344. En: Jain A, ob cit.

44 Doug Hanson . *Biometric analysis answers, "Who Are You?"*. *Law & Order*; Apr 2007; 55, 4; Criminal Justice Periodicals pág. 84

45 <http://www.biometria.gov.ar/acerca-de-la-biometria/preguntas-frecuentes.aspx>

Ningún sistema biométrico está 100% exento de falsos positivos o falsos negativos debido a errores humanos o tecnológicos relacionados con la captura y procesamiento, o con condiciones como la edad, el color de la piel, o el envejecimiento⁴⁶. En este sentido los posibles escenarios de identificación son: quien esté autorizado sea aceptado o rechazo o quien no lo esté a su vez sea rechazado o aceptado.

Se han presentado casos en los cuales una persona es identificada como un criminal, sin realmente serlo, teniendo que soportar injustas medidas de encarcelamiento⁴⁷. A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia colombiana decidió sobre un caso en el que se comprobó la suplantación de la huella dactilar de un Contraalmirante de la Armada⁴⁸. Este fue involucrado en un proceso penal que determinó su retiro de la Armada, la pérdida de su libertad durante 18 meses, así como la puesta en duda de su honra militar y la afectación económica y familiar. Al proceso se allegó un recibo por US\$115,000 en el que aparecía la huella dactilar del Contraalmirante. La Fiscalía afirmó que la misma era "directa y original". Veintiocho meses después, la Corte concluyó que en el proceso "*pudo establecerse que la huella (...) es una imitación obtenida por medios mecánicos*"⁴⁹. Como consecuencia de lo anterior, y del análisis de otras pruebas, se declaró inocente a dicha persona de los cargos que se le imputaron.

En el proceso se acudió al concepto técnico de un experto en documentología y grafología forense para determinar, entre otras, si la huella o impresión dactilar que aparecía en el recibo había sido estampada directamente de un dedo humano. El experto "*pudo establecer luego de la observación bajo el instrumental óptico y lumínico que la impresión dactilar obrante en el documento corresponde a una impresión tipográfica de sello húmedo y no a una impresión natural*"⁵⁰.

En el caso se puso presente lo sencillo que es suplantar huellas dactilares. En este sentido, el perito manifestó que "*para el caso de la huella se puede*

⁴⁶ En las tecnologías más recientemente implementadas aun no están plenamente estudiados los factores que pueden influirlas como es el caso del proceso de envejecimiento.

⁴⁷ David Lyon. Biometrics, Identification and Surveillance. *Bioethics* ISSN 0269-9702 (print); 1467-8519 (online). *Volume 22 Number 9 2008* pp 499-508

⁴⁸ Cfr. "El turno de la Armada", publicado en la *Revista Semana* del 18 de agosto de 2007

⁴⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso n.º 31240. Aprobado Acta No. 374. Sentencia del 3 de diciembre de 2009

⁵⁰ Preciso en su concepto el perito que "se pudo establecer de la observación especializada, minuciosa y comparativa de una huella patrón del mismo dedo índice de las suministradas, que el sistema de impresión de huella no es el resultado habitual de un dedo entintado si no (sic) que es una impresión mecánica o huella "artificial" es decir que aun que (sic) presenta dibujo de un dactilograma, este corresponde a una reproducción mecánica de una impresión original y no de una impresión directa de un dedo, ya que esta no presenta algunas características particulares de las impresiones naturales como son la variedad en la tonalidad de grises y calidad en la definición de los detalles microscópicos" *Ibidem*.

*utilizar la impresión flexográfica en talleres de elaboración de sellos, pues son de fácil acceso puesto que son parte de un proceso de artes gráficas común que incluye el proceso de arte, fotomecánica, y posterior impresión de la plantilla con el conocimiento o con la guía de un experto en artes gráficas"*⁵¹.

En síntesis, si bien la huella que apareció estampada en el documento guardaba correspondencia con la del dedo índice del Contralmirante, la misma no fue impresa directamente por él en el documento sino artificialmente por medio mecánico con un sello por parte de terceros para inculparlo.

Preocupa esta cuestión, entre otros, porque para suplantar la huella, en palabras de la Corte, *"sólo basta con poseer la huella en cualquier documento, para de allí tomar la impresión que reproduzca el sello"*. Acá se pone presente el uso indebido de la información biométrica que se encuentra en manos de las autoridades públicas o los particulares. Si esta información no se protege adecuadamente pues puede ser utilizada para fines ilícitos y con esto se puede involucrar civil o penalmente a los titulares del dato personal (huella dactilar). Comenta un columnista que *"si un poderoso oficial tuvo que pasar por estas, el resto de los mortales estamos en peligro"*⁵².

No obstante, la posibilidad de uso fraudulento de un dato biométrico como la huella dactilar, debe resaltarse, como lo evidencia este caso, que dicha información en manos de un perito permite corroborar o no la identidad un sujeto.

V. Identificación e información biométrica en Colombia

Los sistemas biométricos se nutren de datos personales de los sujetos en el entendido que se trata de información relacionada con una persona. En este sentido, los datos biométricos son datos personales.

Colombia carece de una norma que regule integralmente todo lo relacionado con la recolección, el almacenamiento y uso de los datos biométricos. Tampoco cuenta con una disposición que reglamente la actividad empresarial en torno a los servicios de identificación y verificación biométrica, ni con regulación que prohíba a los particulares administrar dicha clase de información o que limite el tratamiento de la misma a las entidades públicas (monopolio estatal).

El uso de sistemas biométricos no se puede realizar de cualquier manera porque implica el respeto de derechos de terceros, razón por la cual se debe efectuar respetando algunas pautas jurisprudenciales y legales sobre el tratamiento de los datos personales.

En la historia regulatoria sobre el particular inicialmente el tratamiento de la información biométrica ha estado monopolizado en cabeza de la Registraduría

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. Ramiro BEJARANO GUZMÁN. "Perlas criollas". Notas de Buhardilla. . *El Espectador*. 5 de diciembre de 2009. <http://www.elespectador.com/columna175916-perlas-criollas>.

Nacional del Estado Civil (RNEC) para fines de identificación ciudadana, pero posteriormente se ha incrementado la captura y uso de dicha información para otros fines y por otras autoridades. Veamos:

1. Información dactiloscópica como eje de la identificación ciudadana

Identificar a los colombianos es uno de los principales cometidos de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC)⁵³. Esta entidad administra, entre otras, las siguientes bases de datos sobre identificación ciudadana:

- Archivo dactiloscópico (Decreto 2628 de Diciembre 28 de 1951). Este archivo cuenta con millones de tarjetas decadaactilares que contienen los datos biográficos de los ciudadanos cedulados. Según la Registraduría *"Esta base de datos, se archiva con el sistema Henry Canadiense, es decir, por clasificación dactiloscópica o fórmula dactilar. Por otra parte, se encuentra el Archivo Alfabético, como complemento del dactiloscópico, el cual contiene tarjetas con datos biográficos básicos y la fórmula dactilar"*⁵⁴.

- Archivo Nacional de Identificación (ANI) y el *Automatic Fingerprint Identification System* (AFIS). ANI es un sistema de consulta que contiene la siguiente información: nombre del ciudadano, cupo numérico asignado, la fecha y lugar de expedición lugar y fecha de nacimiento. Además, permite observar el estado actual del documento de identidad, es decir, si se encuentra vigente, cancelado por muerte o restringidos los derechos políticos.

Mediante Resolución 160 del 17 de enero de 1996 de la Registraduría Nacional adoptó el sistema AFIS (Sistema Automático de Identificación Dactilar), el cual conserva las diez impresiones dactilares de cada ciudadano. *"Esta base de datos, contiene datos de ciudadanos cedulados, como nombres y apellidos, cupo numérico asignado, factor sanguíneo, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, nombre de los padres, dirección de residencia.*

⁵³ Artículo 2 del decreto 1010 de 2000 *"por el cual se establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones"*. En este sentido y respecto de la función de identificación ciudadana la RNEC debe *"responder las solicitudes de personas naturales o jurídicas y organismos de seguridad del Estado o de la rama judicial en cuanto a identificación, identificación de necrodactilias y demás requerimientos, de acuerdo a la normatividad vigente, teniendo como soporte la información contenida en las bases de datos de registro civil y el sistema de identificación"* (Numeral 18 del artículo 5 del decreto 1010 de 2000).

⁵⁴ Cfr. Oficio DP1296 del 26 de mayo de 2003 de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Datos esenciales que requiere el gobierno, para lograr la plena identificación de los ciudadanos"⁵⁵.

Es importante tener presente que el artículo 213 del Decreto 2241 de julio 15 de 1986 (Código Electoral Colombiano) confiere el carácter de reservado, entre otras, a las información dactiloscópica de las personas que reposa en los archivos de la RNEC e impone restricciones legales para utilizar esa información en casos excepcionales⁵⁶.

De otra parte, la Registraduría Delegada para el Registro Civil y la Identificación tiene entre otras funciones la de *"promocionar los servicios de consulta de las bases de datos de registro de identificación ciudadana a organismos privados del orden nacional teniendo en cuenta las restricciones de ley"*⁵⁷. La Dirección Nacional de Identificación de la Registraduría, por ejemplo, dentro de sus funciones le corresponde, entre otros, la de coordinar tanto *la ejecución de los convenios en materia de identificación establecidos con otras entidades como el apoyo que se presta a organismos de investigación y vigilancia sobre la identidad de las personas*⁵⁸.

Estas normas atañen al tratamiento de datos personales de identificación biométrica cuando son tratados por la Registraduría. Como quiera que no son vinculantes para las entidades privadas, resulta necesario identificar la regulación o las pautas que deben observar éstas cuando recolectan, almacenan o usan ese tipo de información. Este aspecto será analizado posteriormente.

2. Regulación sectorial de la información biométrica

Nuestro marco regulatorio cuenta con disposiciones sectoriales que tangencialmente se refieren a la información biométrica pero que no fijan las

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ En efecto, según dicha norma, *"toda persona tiene derecho a que la Registraduría le informe sobre el número, lugar y fecha de expedición de documentos de identidad correspondientes a terceros. Tienen carácter reservado las informaciones que reposen en los archivos de la Registraduría referentes a la identidad de las personas, como son sus datos biográficos, su filiación y fórmula dactiloscópica. De la información reservada solo podrá hacerse uso por orden de autoridad competente. Con fines investigativos, los jueces y los funcionarios de policía y de seguridad tendrán acceso a los archivos de la Registraduría"*. Esta misma disposición fue contenida en el artículo 51 de la ley 56 de 1985 *"Por la cual se modifican las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, el Código Contencioso Administrativo, se otorgan unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones"*.

⁵⁷ Numeral 5 del artículo 38 del decreto 1010 de 2000

⁵⁸ Las otras funciones a cargo de dicha Dirección son: *"(...) . 5. Coordinar las actividades que garanticen la actualización permanente de las bases de datos regionales y municipales de identificación ciudadana; 6. Administrar y velar por el mantenimiento y la seguridad de las bases de datos, físicas, ópticas, fotográficas y magnéticas que soportan la identificación ciudadana, así como el uso de tecnologías que permitan un mejor tratamiento; 7. Dirigir y controlar las actividades generadas por las novedades para la continua actualización del Archivo Nacional de Identificación"*.

pautas que se deben observar en el tratamiento de esa información. Dichas normas denotan la importancia de los datos biométricos, con especial referencia a la huella dactilar, como instrumento de identificación y verificación. Veamos algunos ejemplos:

- El Decreto 1500 de 2009⁵⁹ se refiere en el artículo 17 al "Sistema de Identificación en la Formación de Conductores e Instructores" en donde se ordena que tomar la "identificación biométrica de la huella dactilar" como requisito para tomar el curso de formación de conductor o instructor. Dicha información se recolecta mediante escáner digital y se almacenará en el registro de identificación de huellas dactilares⁶⁰.
- La Resolución 4806 de 2009⁶¹ del Ministerio de la Protección Social reconoce que las administradoras definidas en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 1637 de 2006, *"han tenido inconvenientes en la captura de las huellas de sus afiliados"* y que se *"requiere incorporar un mecanismo que garantice la calidad de las huellas en el proceso de enrolamiento y en el envío de la información"* (Subrayamos)
- La Resolución 2020 de 2009⁶² del Ministerio de la Protección Social establece en el artículo 20 que *"los operadores de información deben incluir dentro del proceso de afiliación única, los mecanismos para la recopilación de la información biométrica y de identificación de los trabajadores y sus beneficiarios, de acuerdo con lo establecido por las Resoluciones 2455 y 3755 de 2008 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya"* (Subrayamos)

⁵⁹ *"por el cual se establecen los requisitos para la constitución, funcionamiento y habilitación de los Centros de Enseñanza Automovilística, se determina su clasificación y se dictan otras disposiciones"*

⁶⁰ *"previamente a acceder al curso de formación como conductor o como instructor el aspirante deberá adelantar el siguiente proceso de identificación en el Centro de Enseñanza donde adelantará el curso de formación y capacitación: (...) 2. Identificación biométrica de la huella dactilar; para lo cual se deben tomar, por medio electrónico utilizando un escáner digital, la huella dactilar del índice derecho. Esta información se utilizará para producir el registro de identificación de las huellas dactilares de acuerdo con los parámetros que se definan para el Registro Único Nacional de Tránsito - RUNT. Esta información quedará guardada mediante las herramientas tecnológicas que para tal fin estén dispuestas en el mencionado registro"* (Artículo 17 del decreto 1500 de 2009)

⁶¹ En febrero de 2010 se radicó en el Consejo de Estado una acción de nulidad contra la resolución 4806 de 2009 del Ministerio de la Protección Social. Esta Resolución modifica la resolución 2455 de 2008, modificada por la Resolución 3755 de 2008 junto con el respectivo anexo técnico.

⁶² *Por la cual se reglamentan los Decretos 2060 de 2008 y 1800 de 2009*

- La Resolución 1155 de 2009 del Ministerio de la Protección Social "*por la cual se define el Registro de Independientes con Bajos Ingresos*", dice que las "*EPS del Régimen Contributivo de Salud deberán tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución 3755 de 2008 o la norma que la modifique, adicione o sustituya, para el envío de la información biométrica y las copias de los documentos entregados por los afiliados incluidos en el Registro de Independientes con Bajos Ingresos*"⁶³ (Subrayamos)
- La Resolución 3755 de 2008⁶⁴ del Ministerio de la Protección Social establece en el artículo 3 que "*las administradoras podrán unirse o asociarse para el proceso de recolección y envío de las huellas, fotografías y documentos de identificación de sus afiliados al RUAF (...)*". En el párrafo 2 de dicho artículo se especifica que "*el proceso de toma o captura de huellas y fotografías se podrá realizar al momento en que el afiliado solicite la prestación de los servicios de salud.*"⁶⁵ (Subrayamos)
- El Decreto 2858 de 2007⁶⁶ establece en el artículo 6 que para la obtención del certificado médico de aptitud psicofísica y para la tenencia y el porte de armas de fuego en dicho documento se debe incluir la "*identificación biométrica de la huella dactilar*"⁶⁷ para conformar el registro de identificación de huellas dactilares⁶⁸.
- La Resolución 2455 de 2008 del Ministerio de Protección Social adopta un anexo técnico para el Registro Único de Afiliados (RUAF). En el

63 Artículo 4.

64 Esta resolución modifica la resolución 2455 de 2008 y el anexo técnico de que trata la misma.

65 "*En tal caso, la IPS deberá facilitarlos. Para el efecto, se podrán suscribir los acuerdos a que haya a lugar entre las administradoras y los prestadores*" (Artículo 3 de la Resolución 3755 de 2008)

66 "*Por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 1119 de 2006 y se dictan otras disposiciones*". Modificado por el Decreto 503 de 2008 y por el Decreto 4675 de 2007

67 La "*identificación biométrica de la huella dactilar*" de los dedos índice derecho e izquierdo se recolecta "*por medio electrónico, utilizando un escáner digital*" (...). "*Esta información se utilizará para producir el registro de identificación de las huellas dactilares de acuerdo con los parámetros que se definan. Igualmente, la información quedará guardada mediante las herramientas tecnológicas que para tal fin estén dispuestas en el mencionado registro*" (Artículo 6 del decreto 2858 de 2007)

68 Adicionalmente, el artículo 13 del decreto 2858 de 2007 establece que los "*Certificados Médicos de Aptitud Psicofísica para la Tenencia y el Porte de Armas de Fuego, junto con los informes de evaluación, los datos personales, la identificación biométrica de las huellas dactilares y el registro fotográfico de cada aspirante, se almacenarán de manera que estos datos no puedan ser modificables y sean recuperables en el tiempo*".

artículo 3 se ordena a las administradoras de cada uno de los subsistemas (pensiones, cesantías, riesgos profesionales, subsidio familiar, salud y asistencias social) disponer de "*los mecanismos para la toma de las huellas, fotografías y copia de los documentos de identidad de sus afiliados*" (Subrayamos)

- La Resolución 1645 de 2007⁶⁹ de la Superintendencia Nacional de Salud, obliga a los funcionarios de dicha entidad registrar al ingreso y salida de la jornada laboral su huella dactilar en dispositivos "*capturadores de datos con tecnología biométrica*"⁷⁰ que la entidad dispone para el efecto.
- La Resolución 36 de 2007⁷¹ del Ministerio de la Cultura ordena a quien presente una solicitud verbal "*acudir al Grupo de Atención al Ciudadano del Ministerio de Cultura, donde se elaborará el escrito correspondiente, el cual contendrá una descripción de la petición, la huella dactilar del peticionario, su nombre e identificación y la dirección en la que recibirá la respuesta.*" (Subrayamos)⁷².
- La Resolución 1563 de 2006⁷³ del Ministerio de Defensa faculta a la oficina de informática para "*establecer medidas de seguridad para restringir el acceso a los recursos informáticos como pueden ser tarjetas magnéticas, firmas digitales, medios de identificación biométrica y cualquier otro similar que garantice la identidad y autenticación correcta del usuario.*" (Subrayamos)
- El Decreto 3086 de 2006 crea la Tarjeta de Registro Consular la cual debe contener, entre otras, la *huella dactilar* del titular⁷⁴.
- La Resolución 1600 de 2005 del Ministerio de Transporte "*por la cual se reglamenta el examen teórico-práctico para la obtención de la licencia de conducción*" establece en el artículo 6 que con anterioridad a la presentación de dicho examen el aspirante deberá adelantar el

⁶⁹ por la cual se adiciona la Resolución número 1783 del 22 de septiembre de 2006 que estableció el horario de trabajo y de atención al público y se dictan otras disposiciones en la Superintendencia Nacional de Salud.

⁷⁰ Artículo 3.

⁷¹ por la cual se modifica la Resolución 1707 del 8 de noviembre de 2006

⁷² Artículo 2

⁷³ por la cual se adoptan las políticas de seguridad para el manejo de la información y se imparten instrucciones para el uso y administración de los bienes informáticos de la Unidad Presupuestal Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional.

⁷⁴ Cfr. Artículo 3

siguiente proceso de identificación: "(...) 2. *Identificación biométrica de la huella dactilar, para lo cual se deben tomar, por medio electrónico utilizando un scanner digital, las huellas dactilares de los dedos índice derecho e izquierdo*"⁷⁵. (Subrayamos)

- La Ley 892 de 2004⁷⁶ crea el mecanismo electrónico de votación e inscripción para los ciudadanos colombianos, el cual, según el párrafo del artículo 1 debe incluir "*la lectura automática del documento de identidad, captura de huella dactiloscópica u otros métodos de identificación idóneos que validen y garanticen la identidad de la persona al instante de sufragar*" (Subrayo)

En síntesis, al margen de los usos cotidianos que en la práctica se da por parte del Estado y los particulares a la información biométrica, el marco regulatorio se ha centrado en el uso de las huellas dactilares para los siguientes fines: 1) requisito para tomar el curso de formación de conductor o instructor; 2) mecanismo de identificación de los trabajadores y sus beneficiarios en los procesos de afiliación al Registro Único de Afiliados (RUAFA)⁷⁷; 3) condición para la obtención del certificado médico de aptitud psicofísica y para la tenencia y el porte de armas de fuego; 4) instrumento de control de algunos funcionarios públicos en el ingreso y salida de la jornada laboral; 5) requisito para realizar un derecho de petición verbal; 6) parte de documentos de identificación; y 7) medio de identificación idóneo para los procesos de votación electrónica.

Sobre éstos y otros usos vale la pena analizar si los mismos pasan la prueba del principio de proporcionalidad como instrumento previo a la imposición de sistemas biométricos y del uso de información biométrica por parte del Estado y el sector privado, tema al cual dedicaremos la parte final de este capítulo.

3. La información biométrica como dato sensible en la futura regulación de datos personales

A mediados de diciembre de 2010 el Congreso aprobó el Proyecto de ley estatutaria No.184 de 2010 Senado, 046 de 2010 Cámara "*por el cual se*

⁷⁵ "*Esta información se utilizará para producir el registro de identificación de las huellas dactilares de acuerdo con los parámetros que se definan para el Registro único Nacional de Tránsito, RUNT. Esta información quedará guardada mediante las herramientas tecnológicas que para tal fin estén dispuestas en el mencionado registro*" (Artículo 6 de la resolución 1600 de 2005 del Ministerio de Transporte)

⁷⁶ *por la cual se establecen nuevos mecanismos de votación e inscripción para garantizar el libre ejercicio*

⁷⁷ Integrado por varios subsistemas (pensiones, cesantías, riesgos profesionales, subsidio familiar, salud y asistencias social)

dictan disposiciones generales para la protección de datos personales"⁷⁸. Para que se convierta en ley aún falta el concepto de la Corte Constitucional⁷⁹ y la sanción presidencial correspondiente.

La importancia de esta iniciativa consiste en establecer las reglas del tratamiento de todo tipo de dato personal (salvo algunas excepciones) tanto en el sector público como privado. La futura norma será complementaria de la Ley 1266 de 2008 la cual es de naturaleza sectorial porque únicamente aplica al dato comercial y financiero, entendido como aquel relacionado con el cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias.

El texto del proyecto prácticamente replica gran parte de la ley 1266 de 2008 e incorpora parte de los principios jurisprudenciales de la Corte Constitucional aclarando que se trata de una norma general que se aplicará a *"los datos personales contenidos en cualquier soporte que los haga susceptible de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada"*⁸⁰.

Es importante anotar que el proyecto se refiere explícitamente a la información biométrica en el artículo 5 al catalogarla como un dato sensible. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha planteado como regla general que *"no puede recolectarse información sobre datos "sensibles" como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación"*⁸¹.

Internacionalmente constituye principio general la prohibición del tratamiento de datos personales (sensibles) que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad. Esta regla no es absoluta, pues éste se puede realizar bajo determinadas y excepcionales condiciones. Usualmente, es obligatorio garantizar un cuidado extremadamente especial en la recolección, el almacenamiento y circulación de este tipo de datos.

Para la Corte Constitucional, la naturaleza de los datos sensibles *"pertenece al núcleo esencial del derecho a la intimidad"*⁸². Por eso éstos deben tener un tratamiento especial porque *"permitir que información de esta naturaleza pueda ser objeto de procesos ordinarios de acopio, recolección y circulación vulneraría el contenido esencial del derecho a la intimidad"*⁸³.

⁷⁸ El texto definitivo luego del informe de conciliación fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 1.101 del 15 de diciembre de 2010.

⁷⁹ El Magistrado Ponente es el doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Número de radicado PE 031

⁸⁰ Cfr. Artículo 2 del proyecto.

⁸¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia No. T-307/99

⁸² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008.

⁸³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008

En el caso del proyecto se prohíbe como norma general el tratamiento de datos sensibles, salvo algunas excepciones. Una de ellas es que el titular del dato, es decir la persona, autorice explícitamente la recolección y uso de su información biométrica "salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización"⁸⁴.

Se ha establecido como principio fundamental del tratamiento de datos personales la obligación de obtener previamente la autorización del titular para que ellos sean incluidos en la base de datos. De lo contrario, esos datos se deben borrar inmediatamente⁸⁵ ya que está prohibida la obtención y divulgación de datos sin autorización⁸⁶.

En otras palabras, para considerarse lícita la recolección de datos personales, es necesario obtener la autorización de la persona. Reiteradamente la Corte ha ratificado no sólo que el consentimiento del titular de la información es esencial para salvaguardar los derechos del titular de la información sino que el administrador debe informar lo siguiente al titular de la información⁸⁷: ¿Quién es el responsable del tratamiento? ¿Cuál es la finalidad del tratamiento? ¿Quiénes serán los usuarios de los datos? ¿Es obligatorio o facultativo dar los datos? ¿Qué derechos tiene la persona respecto de sus datos? ¿Qué vigencia tiene la autorización?⁸⁸

Finalmente, la autorización no se reduce en la etapa de la recolección de la información sino que trasciende a otras instancias. Así, también es necesario que el administrador de la información se asegure que quien desee tener acceso a la información biométrica tenga autorización previa por parte del titular del dato o la ley. Si el administrador de una base de datos obtiene la información biométrica directamente de la personas sino de un tercero, ese tercero debe estar autorizado por el titular o la ley para suministrar los datos biométricos al administrador.

VI. Principios que rigen el tratamiento de datos biométricos

De diverso origen y fuente han surgido local y globalmente pautas mínimas que constituyen el cimiento del tratamiento⁸⁹ debido de los datos personales⁹⁰ en general, los cuales son aplicables a la información biométrica en particular.

84 Literal a) del artículo 6

85 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-002/93

86 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T82, 97 y 580/95; 552/97; 527, 578/00;729/02, 814/02; 310/03,526/04, 657/05 y C-993/04

87 En la sentencia C-993 de 2004 la Corte plantea la importancia y alcance de la autorización como eje del debido proceso del tratamiento de los datos personales.

88 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-592/03 y T-526/04

89 Las expresiones "tratar" o "tratamiento" se entenderán como "*cualquier operación o conjunto de operaciones, sean o no automatizadas, que se aplique a datos de carácter personal, en especial su recogida, conservación, utilización, revelación o supresión*" (Estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad, aprobados el 5 de noviembre

1. Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad (2009)

Desde la década de los años sesenta se ha evidenciado la necesidad proteger los datos personales de tal forma que su tratamiento no lesione o ponga en riesgo los derechos y libertades de los titulares de los datos. Organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), el Parlamento Europeo y otros han emitido documentos internacionales que incorporan principios tendientes a proteger los datos personales y algunos derechos fundamentales (intimidad, buen nombre, honra, honor, debido proceso y libertad, entre otros) de cara al contexto de la sociedad de la información⁹¹.

Si bien existen diferencias entre unos y otros, dado que poseen ámbitos de aplicación diferentes y grados de obligatoriedad distintos, los documentos coinciden en señalar una serie de principios, derechos, deberes y obligaciones en cabeza de todos los actores que intervienen en la recolección, tratamiento y circulación de datos personales. Adicionalmente, los precitados documentos se han constituido en la base de numerosas legislaciones de países en el mundo y han sido desarrollados en fallos judiciales. Muchos de ellos han acogido las pautas plasmadas en la resolución 45/95 de 1990 de la ONU, así como la visión europea sobre el tema, la cual, entre otros, dispone que los datos personales sean:

- a) tratados de manera leal y lícita;
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; (...)
- c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente;
- d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas;

de 2009 en Madrid en el marco de la 31 Conferencia Internacional de autoridades de Protección de Datos y Privacidad)

⁹⁰ Sobre el concepto de dato personal véase: COMISIÓN EUROPEA, Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. 2007. Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales. Bruselas.

⁹¹ Un listado de los documentos más representativos sobre la materia puede consultarse en el siguiente texto del autor: REMOLINA ANGARITA, Nelson: *Data protection: panorama nacional e internacional*, en *Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones*, 99-172 (Grupo de Estudios en internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática, GECTI, Universidad de los Andes, comp., Legis, Bogotá, 2002).

e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente (...) ⁹².

Los "*Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad*", aprobados el 5 de noviembre de 2009 en Madrid en el marco de la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, son el documento de mayor referencia en la actualidad, no sólo por su reciente expedición sino porque procura comprender en un solo texto los principios más relevantes sobre la materia a nivel global.

No se trata de un documento jurídicamente vinculante pero su texto fue acogido favorablemente por casi cincuenta países y comprende los principios que normalmente se han aplicado al tratamiento de datos personales en las legislaciones de casi todo el mundo ⁹³.

Dentro de los principios y deberes que guardan relación más directa con el tratamiento de datos biométricos y que para efectos de este texto nos parece conveniente destacar, se encuentran los siguientes, cuyos apartes pertinentes transcribimos y adaptamos al dato en estudio:

1. Principio de legitimación. Este principio consagra como regla general que los datos biométricos sólo pueden ser tratados "previa obtención del consentimiento libre, inequívoco e informado del interesado ⁹⁴".

2. Principio de lealtad y legalidad. Este principio aboga porque el tratamiento de datos biométricos se realice de manera leal (con rectitud, sin engaños) "*...respetando la legislación nacional aplicable y los derechos y libertades de las personas*". Se consideran desleales "*...aquellos tratamientos de datos de carácter personal que den lugar a una discriminación injusta o arbitraria contra los interesados*".

3. Principio de finalidad. A la luz de este principio, el tratamiento de datos biométricos debe limitarse "*...al cumplimiento de las finalidades*

⁹² Cfr. Art. 6 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 P. 0031 – 0050)

⁹³ Sobre los mismos destaca Artemi Rallo Lombarte, Director de la Agencia Española de Protección de Datos Personales, que "su carácter consensuado aporta dos valores añadidos esencialmente novedosos: de un lado, enfatiza la vocación universal de los principios y garantías que configuran este derecho; del otro, reafirma la factibilidad de avanzar hacia un documento internacionalmente vinculante, que contribuya a una mayor protección de los derechos y libertades individuales en un mundo globalizado, y por ello, caracterizado por las transferencias internacionales de información" (

⁹⁴ De conformidad con los estándares, interesado es la "*persona física cuyos datos de carácter personal sean objeto de tratamiento*"

determinadas, explícitas y legítimas de la persona responsable". Es inconsistente con este principio los "...tratamientos no compatibles con las finalidades para las que hubiese recabado los datos de carácter personal, a menos que cuente con el consentimiento inequívoco del interesado".

4. Principio de proporcionalidad⁹⁵. Implica que el tratamiento de los datos biométricos debe limitarse a "...aquéllos que resulten adecuados, relevantes y no excesivos en relación con las finalidades" lícitas del tratamiento. Esto significa que "...la persona responsable deberá realizar esfuerzos razonables para limitar los datos de carácter personal tratados al mínimo necesario".

5. Principio de calidad. Los datos biométricos deben ser exactos y conservados por el tiempo mínimo necesario para cumplir la finalidad de su tratamiento.

6. Principio de transparencia. Quien trate datos biométricos debe, entre otros: 1) contar con políticas claras respecto del tratamiento; 2) "Facilitar a los interesados, al menos, información acerca de su identidad, de la finalidad para la que pretende realizar el tratamiento, de los destinatarios a los que prevé ceder los datos de carácter personal y del modo en que los interesados podrán ejercer los derechos"; 3) la información que se suministre al interesado "...deberá facilitarse de forma inteligible, empleando para ello un lenguaje claro y sencillo, y ello en especial en aquellos tratamientos dirigidos específicamente a menores de edad".

7. Principio de responsabilidad. Quien trate datos biométricos deberá implementar medidas "...necesarias para cumplir con los principios y obligaciones" y adoptar mecanismos para "...evidenciar dicho cumplimiento, tanto ante los interesados como ante las autoridades de supervisión". De otra parte, este principio implica que el responsable del tratamiento deberá responder por los "...daños y/o perjuicios, tanto morales como materiales, que hubiesen causado a los interesados como consecuencia de un tratamiento de datos de carácter personal que hubiese vulnerado la legislación aplicable en materia protección de datos, a menos que pueda demostrar que el daño no le puede ser atribuido"

⁹⁵ Respecto del principio de proporcionalidad y la información biométrica consúltese: (1) Liu, Yue. The principle of proportionality in biometrics: Case studies from Norway. Computer law & security review. Volume 25, Issue 3, Pages 237-250, 2009; (2) Data Protection Working Party. Working documents on biometrics (No. 12168/02/EN, WP 80): Data Protection Working Party, 2003; (3) The Consultative Committee. Council of Europe's Convention for the Protection of individuals with regard to automatic processing of personal data of 1981. Progress report on the application of the principles of Convention 108 to the collection and processing of biometrics Data. June 1, 2007. http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/3-t-pd-2005-biom_e_en.pdf

8. Principio de seguridad. El responsable del tratamiento de datos biométricos debe proteger dicha información mediante la adopción de medidas "...técnicas y organizativas que resulten idóneas en cada momento para garantizar su integridad, confidencialidad y disponibilidad". Tales medidas dependerán, entre otras, del "...carácter especialmente sensible de los datos de carácter personal". Los interesados deben ser informados de "...cualquier infracción de seguridad que pudiese afectar de forma significativa a sus derechos patrimoniales o extrapatrimoniales, así como de las medidas adoptadas para su resolución. Esta información deberá ser facilitada con antelación suficiente, para permitir la reacción de los interesados en defensa de sus derechos"

9. Deber de confidencialidad. Quien trata datos biométricos y todas las personas que intervengan en "cualquier fase del tratamiento", "...deberán respetar la confidencialidad de los mismos, obligación que subsistirá aun después de finalizar sus relaciones con el interesado o, en su caso, con la persona responsable".

2. Principios nacionales constitucionales

Si bien la Ley 1266 de 2008 se aplica únicamente a la información financiera, crediticia, comercial y de servicios, la misma Corte dejó claro que para el tratamiento de otros tipos de datos personales debe observarse el conjunto de los principios desarrollados por la Corte Constitucional desde la sentencia T-414 de 1992 a la fecha, los cuales se recopilaron y explicaron en el numeral 2.4 de la sentencia C-1011 de 2008, a saber: a) principio de libertad; b) principio de necesidad; c) principio de veracidad; d) principio de integridad; e) principio de incorporación; f) principio de finalidad; g) principio de utilidad; h) principio de circulación restringida; i) principio de caducidad; j) principio de individualidad, y k) principio de diligencia y seguridad.

Así las cosas, los precitados principios representan las reglas jurisprudenciales que por el momento deben aplicarse al tratamiento de la información biométrica. Dada la importancia de los mismos, en el anexo 1 de este capítulo se transcriben en su integridad el numeral 2.4 de la sentencia porque mientras no se expida otra ley, esos principios son los que debería observar en el tratamiento de los datos personales biométricos.

Debe tenerse presente que esos principios fueron construidos en torno a las particularidades del datos comercial y financiero y que en el listado de la sentencia aludida se omiten otros muy importantes para el tratamiento de información biométrica. Particularmente resulta crucial no perder de vista que para la Corte "existe un deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o

*socialmente relevante*⁹⁶ (Subrayamos). De acá se deriva, entre otros, el principio de seguridad que demanda adoptar medidas tecnológicas, administrativas, físicas y humanas tendientes a controlar el acceso no autorizado a la información y evitar su manipulación, alteración o destrucción

De otra parte, no debe perderse de vista que el propietario del dato biométrico es la persona de quién se recolecta esa información. Desde la primera sentencia sobre el tema (T-414 del 16 de junio de 1992), la Corte Constitucional precisó que la persona, y no el administrador del banco de datos, es el titular y propietario del dato personal. En dicha sentencia, la Corte aclaró que el incorporar un dato personal en un sistema de información no significa que el dueño del sistema también se convierta en propietario de la información de las personas. Este será un administrador de la misma. Como tal debe cumplir las condiciones que se requieren para considerar que su actividad no lesiona los derechos del titular o propietario del dato.

VII. Implicaciones éticas y jurídicas de los sistemas biométricos

Los desarrollos tecnológicos generan efectos de diversa índole que requieren de una profunda reflexión ética y jurídica⁹⁷ entre los distintos grupos de interés (posibles beneficiarios o afectados por ellas). Actualmente, en el marco de una preocupación global y creciente por la seguridad, el debate ético en el terreno de la biometría busca balancear las ventajas que ofrecen los sistemas biométricos respecto a otras formas de identificación versus las consecuencias de su uso por formas autocráticas de gobierno, escenario que evidencia la tensión creciente entre los derechos colectivos (seguridad, orden público) y los individuales (confidencialidad, protección de datos, intimidad, libertad).

En el 2001 el Instituto RAND publicó un documento en el cual se evaluaban los aspectos jurídicos, éticos y sociológicos asociados a la biometría, resaltando tres áreas que generan preocupación ética y social en lo que respecta a la tecnología biométrica, estos son: la privacidad de la información, la intimidad física y las objeciones religiosas⁹⁸.

La privacidad de la información se relaciona con: usos encubiertos (*Function Creep*), el seguimiento en tiempo real de la vida de las personas o el rastreo en bases de datos (una forma específica de *Function Creep*) y el uso indebido de los datos (robo de identidad).

⁹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-227 de 2003

⁹⁷ Sobre las preocupaciones legales en torno a los sistemas de identificación biométrica consúltese: (1) LIU, Yue. Identifying legal concerns in the biometric context. *Journal of International Commercial Law and Technology*, Volume 3, Issue 1, 2008, Pages 45-54; (2) Prins, C, *Biometric Technology Law, Making our body identify for us: Legal implications of biometric technologies*. *Computer Law & Security Report*. Vol. 14. No 3, 1998

⁹⁸ Estas preocupaciones han sido llevadas magistralmente al cine en películas como *Minority Report*, *Enemigo Público* o *La Red*.

Respecto a la intimidad física, se evidencian como riesgos: la estigmatización asociada a datos biométricos (especialmente la toma de huellas para fines migratorios y discriminación de minorías), la posibilidad de daño al aplicar la tecnología y la preocupación social por la higiene de los sensores.

La objeción religiosa se relaciona con la creencia que tienen algunos grupos cristianos que consideran a la biometría como la marca del diablo⁹⁹.

Algunos dilemas éticos asociados a los sistemas biométricos son: sus aplicaciones a gran escala, el cruce de bases de datos, biometría encubierta remota, el respeto a los principios básicos para la protección de los datos, las aplicaciones médicas, la participación de grupos vulnerables o discapacitados el intercambio de información, las tecnologías de convergencia, la biometría del comportamiento y la vigilancia, aunque se resaltan como los más importantes dilemas éticos el de las funciones encubiertas ("*Function Creep*") y la informatización del cuerpo¹⁰⁰, que se desarrollarán a continuación:

1. Usos encubiertos (*Function Creep*)

Este término describe el uso de la información con fines diferentes a los que fueron recolectados (como son inteligencia estatal u objetivos comerciales), bien sea porque la información es usada mas allá de los límites autorizados o porque su uso inadecuado genera información adicional. Estos hechos afectan la confianza de la sociedad en estos sistemas.

Estas situaciones se asocian generalmente con vacíos en las políticas regulatorias, demandas insatisfechas y a áreas grises en la ética (pendiente resbaladiza). En este sentido se deben diseñar políticas que incluyan los principios de minimización o limitación del dato en el momento de tomar y procesar la información, lo cual es sumamente difícil desde el punto de vista tecnológico; a manera de ejemplo, el reconocimiento facial no puede evadir (por el momento) la detección de expresiones asociadas con el estado emocional del sujeto o la detección de que se trata de un sujeto vivo (como los reflejos pupilares, la frecuencia cardíaca o la presión arterial que brindan información sobre la condición clínica de la persona o sus emociones)¹⁰¹.

Por estas razones es fundamental que los datos no sean recolectados con fines ilícitos o no autorizados, o sean utilizados con una finalidad distinta a la que fueron recolectados (a manera de ejemplo datos de reconocimiento facial para ingresar al lugar de trabajo, no pueden ser reutilizados para identificar el estado anímico de los empleados). Los datos deben usarse de manera pertinente y proporcional.

99 Emilio MORDINI and Carlo PETRINI. Ethical and social implications of biometric identification technology Ann Ist Super Sanità 2007 | Vol. 43, No. 1: 5-11.

100 Emilio MORDINI and Sonia MASSARI. Body, biometrics and identity, Bioethics ISSN 0269-9702 (print); 1467-8519 (online). Volume 22 Number 9 2008 pp. 489

101 Ibidem, pág. 490.

A continuación se desarrollan tres problemas relacionados con los usos encubiertos: la intromisión en la intimidad, la discriminación y el robo de identidad.

2. Intromisión en la intimidad

Los gobiernos cada vez dependen más de la identificación de las personas, es así que desarrollan importantes proyectos en asocio con organizaciones privadas para levantar bases de datos biométricos omnipresentes de carácter global, con el riesgo que en cualquier momento se desvíe su uso de los fines con los cuales fueron creadas, como una forma de biopoder.

Si bien algunas de los datos biométricos dependen de la participación de los individuos otros pueden ser tomados sin su consentimiento, generando cuestionamientos en cuanto al respeto de los derechos humanos, esto es especialmente preocupante en lo referente a muestras biológicas en los cuales está presente el ADN (cabello, pelo, uñas, células descamadas, orina, semen, saliva etc...), debido a que este puede proporcionar información sensible.

La gran mayoría de los datos biométricos interpretados por expertos podrían brindar información adicional del individuo más allá de la posibilidad de identificación. La piel, el iris, la forma de la cara, los patrones vasculares de la retina, los huesos pueden evidenciar signos, que leídos desde la semiología médica revelan información sobre condiciones privadas como: diabetes, hipertensión endocraneana, intoxicaciones con metales pesados, enfermedades del colágeno, tratamiento con determinados medicamentos etc. Los patrones biométricos asociados con determinadas patologías podrían convertirse en información médica prospectiva para uso con fines discriminatorios o comerciales. Algunas de las técnicas biométricas pueden detectar las modificaciones corporales producto de intervenciones quirúrgicas, como los implantes protésicos mamarios. Adicionalmente el lenguaje verbal y para verbal brindan información sobre: la edad, el género, las emociones, la etnia, los antecedentes socioculturales y la personalidad del individuo¹⁰².

Se debe considerar adicionalmente, si al momento de hacer el registro se indagara datos biográficos en el individuo que deben actualizarse en el tiempo debido a que pudieran alterar los procesos de identificación, como es el caso de enfermedades o procedimientos de modificación quirúrgica corporal.

La pauta desde lo ético es evitar utilizar datos adicionales a los requeridos para la identificación y en general dar un tratamiento de dato sensible a los datos biométricos, evitando por ejemplo su almacenamiento centralizado y su venta a terceros.

102 D. ZHANG, ed. 2008. *Medical Biometrics*. New York: Springer.

3. Discriminación

En razón que los datos biométricos corresponden a datos antropométricos que pueden asociarse con clasificaciones raciales, el género o condiciones de salud¹⁰³, estas mediciones podrían ser utilizadas de manera inadecuada como elementos de categorización o clasificación con fines discriminatorios.

De otra parte, el ADN como dato biométrico tiene mayores riesgos en su uso inadecuado, debido a que no solo permite identificar a un individuo, sino también a su grupo étnico, y su familia, así como datos tan íntimos como las patologías que padece o las posibles susceptibilidades a enfermar en algún momento de su vida. Esta información en las manos equivocadas puede conducir a discriminación para el acceso a seguros de salud, empleo, migración, educación o matrimonio.

Estos hechos conducen a que cuando se elijan características biométricas para su uso en sistemas biométricos se elijan aquellas que minimicen la posibilidad de identificación de información íntima, como es el caso de las emociones, las enfermedades o la predisposición a padecerlas, no se tome información redundante y se evite la presencia de sensores que recolecten datos biométricos, sin el expreso consentimiento informado de las personas.

4. Hurto de identidad

Los datos biométricos al ser almacenados están expuestos a ser hurtados de igual manera que los bienes que buscan proteger, por lo que deben ser resguardados de tal forma que no puedan ser utilizados inescrupulosamente. Debido a que los datos para reconocimiento permanecen en sistemas de información, éstos pueden ser accedidos por hackers para su alteración o eliminación a través de virus o spams. De otra parte, la replicación y uso de datos de identificación como las huellas dactilares o el patrón del iris es imposible, debido a que como se mencionó anteriormente, los sensores identifican que se trate de una persona viva.

5. Informatización del cuerpo: implicaciones culturales de la utilización del cuerpo como contraseña

En su artículo *Biometrics, Identification and Surveillance*, David Lyon plantea los dilemas éticos asociados a la utilización del cuerpo como contraseña, el hecho que distintos datos personales físicos y de comportamiento sean digitalizados y sean intercambiados en el en el ciberespacio ("el cuerpo informatizado") a través de redes globales.

¹⁰³ M. Bulmer. 2003. Francis Galton: Pioneer of Heredity and Biometry. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.

Algunos sostienen que la digitalización de partes del cuerpo o patrones de comportamiento, reducen o simplifican la naturaleza del hombre, a un simple objeto que puede ser medido y comprado; esto de alguna manera "cosifica" al hombre, coloca en riesgo su dignidad, lo deshumaniza y representa una pérdida del control autónomo sobre la integridad del propio cuerpo que cada individuo tiene el derecho a poseer y plantea hechos antropológicos emergentes sobre qué somos sin nuestro cuerpo y que es nuestro cuerpo si nosotros, cambiando las relaciones con nosotros mismos, del estado con sus ciudadanos y de los seres humanos con la especie (codefine el cuerpo a través del uso de la tecnología).

Otros plantean que sin identidad no existen derechos y libertades, un individuo es reconocido como persona cuando se determina su identidad; es así que la digitalización del cuerpo es un instrumento para que esto se verifique plenamente en un mundo globalizado que requiere mayor libertad en la movilidad (ciudadanía global). De otra parte, la información que nos identifica ha venido siendo usada históricamente como instrumento para la materialización de los derechos civiles¹⁰⁴.

Al respecto, dependiendo de la posición desde la que se miren estos hechos, se propone superar una mirada reduccionista del cuerpo en el diseño de sistemas biométricos o repensar el cuerpo desde la mirada tecnológica del cuerpo informatizado.

VIII. El principio de proporcionalidad como instrumento previo a la imposición de sistemas biométricos y del uso de información biométrica

Tanto las autoridades públicas como los particulares son recurrentes en argumentar la defensa "in abstracto" del "interés general", la "seguridad nacional", la "seguridad privada", la "moral", el "orden público", las "buenas costumbres", etc. para adoptar medidas que, en diverso grado, limitan o ponen en riesgo el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas. En el caso concreto del uso de los sistemas biométricos y la información biométrica se emplean en campos diversos como la seguridad nacional, la salud, la seguridad privada, el comercio electrónico, entre otros. Frente a este escenario, es importante que los unos y los otros antes de imponer el uso de esos sistemas y de dicha información, analicen esas decisiones desde la perspectiva del principio de proporcionalidad¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Emilio MORDINI And Sonia MASSARI, op. cit., pág. 494

¹⁰⁵ Para la Corte Constitucional, *"el concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado"* (Corte Constitucional. C-22 de 1996, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz). El principio de proporcionalidad se atribuye a la teoría jurídica alemana. En este sentido,

El principio de proporcionalidad ha sido incorporado desde 1992 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰⁶, la cual, grosso modo, ha recalado que:

los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración¹⁰⁷

Para Alexy, el principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios, a saber: *"idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de la ponderación propiamente dicho)"*¹⁰⁸. Explica Bernal Pulido, citando la Sentencia 66/1995 del Tribunal Constitucional Español, que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante el principio de proporcionalidad, preguntándose si la medida o decisión adoptada cumple los requisitos de los precitados subprincipios¹⁰⁹, entendidos de la siguiente manera:

a) **Idoneidad:** ¿La medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto?
¿Los sistemas de identificación biométrica son adecuados para la realización del cometido deseado?

consultar: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición en castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España, 2007. Págs. 91-95.

¹⁰⁶ En varias oportunidades la Corte Constitucional ha recurrido al principio de proporcionalidad como instrumento para adoptar decisiones en su fallos y como criterio estructural para la solución de colisiones entre derechos fundamentales. A título de ejemplo consúltense las siguientes sentencias: C-22 de 1996, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz; C-154/96, MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell; C-576 de 2004, MP. Dr. Jaime Araujo Rentería; C-991 de 2004, MP. Dr. Jaime Araujo Rentería; C-1114 de 2001, MP. Dr. Alvaro Tafur Galvis. T-422 de 1992, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1992, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁸ ALEXY, *Op.cit.*, págs. 90-91

¹⁰⁹ Cfr. ALEXY, *Op.cit.*, pág. XXXVI (Estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido). En similar sentido la Corte Constitucional ha planteado que *"el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes"* (Corte Constitucional. C-22 de 1996, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

b) **Necesidad:** ¿No existe otra medida más moderada y con igual eficacia para la consecución del objetivo? ¿Existen sistemas de identificación alternativos e igualmente idóneos a los biométricos que no afecten o lo hagan en menor medida el derecho a la intimidad (medio menos gravoso o de menor intensidad de intervención del derecho)? En palabras de Mijail Mendoza, "*el medio que interviene en el derecho fundamental debe ser de menor o, al menos, de similar intensidad que el que ocasionarían otros medios hipotéticos igualmente idóneos*"¹¹⁰. Lo anterior significa que si en el caso en estudio existen frente a los sistemas biométricos otro u otros mecanismos alternativos de identificación igualmente idóneos a los primeros que implican menor grado de intervención en el derecho a la intimidad, la medida de utilizar dichos sistemas no es necesaria y por tanto resulta inconsistente con la Constitución.

c) **Proporcionalidad en sentido estricto:** ¿La medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto?

En la situación particular del uso de sistemas biométricos de identificación como el ADN, el escáner corporal, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que el empleo de los mismos no vulnera, entre otros, el derecho a la intimidad de las personas sólo si se demuestra que es: (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, porque no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado en la medida que el uso del sistema biométrico no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer con el uso del sistema de identificación biométrico.

IX. Conclusiones

Es innegable la importancia del debido tratamiento de la información biométrica para impedir que se lesionen o amenacen los derechos de las personas. Igualmente es evidente el creciente uso de los sistemas de identificación biométrica para identificar o autenticar personas o documentos emitidos por ellas.

Desde la óptica regulatoria, el Gobierno viene emitiendo normas sectoriales donde imponen el uso de sistemas de identificación biométrica que, en algunos casos, parece ser no necesaria ni proporcional como, por ejemplo, obligar a imponer la huella dactilar para elevar un derecho de petición.

¹¹⁰ MENDOZA ESCALANTE Mijail, Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor. Lima, Palestra Editores, 2007, p. 90-91.

Tanto los estándares internacionales sobre protección de datos y la privacidad así como el principio de proporcionalidad son instrumentos valiosos para dar un trato debido a dicha información y evaluar previamente la conveniencia de imponer por regulación el uso de la biometría para determinadas actividades.

Democracia electrónica, Internet y gobernanza

Fernando Galindo*

SUMARIO: I. Introducción. II. Democracia hoy. III. Gobernanza. IV. TIC y democracia. V. Democracia e Internet. 1. Usos de Internet y promoción de la democracia. 1.1. Domicilios. 1.2. Aplicaciones usadas. 1.3. Conclusiones sobre el uso de Internet y democracia. 2. La gobernanza de Internet. VI. Uso de instrumentos técnicos y brecha digital. VII. Acceso a información. VIII. Conclusión.

Resumen

Este trabajo¹ presenta una reflexión sobre el alcance y los límites que tienen, desde una perspectiva jurídica, las prácticas democráticas en Internet, atendiendo a: 1) las afirmaciones básicas que sobre democracia se hace en los textos políticos, las declaraciones de derechos y las constituciones vigentes, y la expansión de la expresión gobernanza que denota, desde hace algún tiempo, al ejercicio del poder realizado por instituciones públicas en los sistemas políticos democráticos, 2) el significado e implicaciones de algunas de las prácticas propiciadas por el uso de Internet a las que se viene caracterizando como democráticas, y 3) algunas experiencias que promueven la participación de los usuarios de Internet en el conocimiento de las actividades de las instituciones públicas.

Palabras clave: Democracia. Internet. Gobernanza

Abstract

This paper shows the scope and limits, from a legal perspective, of online democratic practices. Three main aspects are taken into consideration: 1) basic statements about democracy in political texts, declarations of rights and constitutions in force, and the

* Catedrático acreditado de Filosofía del Derecho. Universidad de Zaragoza. Email-cfa@unizar.es

¹ Este trabajo se desarrolla en el marco de los siguientes proyectos: Establecimiento en Iberoamérica del Observatorio de Gobierno Electrónico. EGOBS, Acción integrada para el fortalecimiento institucional, financiada por la Agencia Española para la Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID), 2009-2012, y La nueva ecología de la información y la documentación en la sociedad del conocimiento: desarrollo de una métrica sistémica, planificación de un observatorio para su seguimiento e identificación de tendencias básicas y retos estratégicos (infoscopos.com), proyecto financiado por la CICYT 2010-2012.

expansion of the term governance, that means the exercise of power by public institutions in democratic political systems, 2) the meaning and implications of some practices fostered by the use of Internet which have been characterized as democratic, and 3) experiences that promote the participation of Internet users in the knowledge of the activities of public institutions.

Keywords: Democracy. Internet. Governance

I. Introducción

La expresión democracia aparece reiteradamente en Internet. Y ello no sólo en lo relativo a la acumulación de información sustantiva, de contenido, es decir definiciones, expresiones, teorías y conceptos, que sobre democracia se hace en la Red, entendiéndola como término que ayuda a caracterizar a aquellos regímenes políticos en los que los ciudadanos eligen a sus representantes y con ello participan en el proceso de gobierno público, sino también en lo que se refiere a la relación existente, en muchas ocasiones equiparación, entre Internet y democracia, entendiéndose que el funcionamiento de la misma Internet o la “Red” es democrático o propicia la democracia, al considerar que facilita a todo el que la maneja, en definitiva al que cuenta con un medio de acceso a la misma: ordenador, teléfono móvil o televisor (interactivo), por ejemplo, un conocimiento/poder/dominio sobre la realidad que antes no lo tenía: estaba reservado a quien había sido nombrado “gobernante” en el proceso de elección democrática de representantes políticos. En el presente trabajo discurremos sobre estas cuestiones centrándonos, especialmente, en el segundo de los aspectos, contrastándolo con el primero, es decir averiguando la efectiva potenciación de la democracia, entendida como participación política, que genera el uso de Internet.

A estos efectos aportamos en forma resumida, en primer lugar, consideraciones generalmente aceptadas sobre democracia y participación política que se producen en la actualidad, a efectos de comprender sus implicaciones. En segundo lugar mostramos algunos ejemplos reales de potenciación de la democracia y de las instituciones que se ponen en práctica mediante el uso de Internet. En tercer lugar recogemos algunas consideraciones sobre el hecho de que el acceso a Internet, y por su medio el acceso a información, no implica tanto el incremento de la participación política cuanto que de la comunicación. En cuarto lugar nos fijamos en la relevancia de la denominada brecha digital como obstáculo a un hipotético ejercicio de la democracia participativa por los ciudadanos usando Internet. En quinto lugar prestamos atención a determinadas iniciativas que potencian una efectiva realización de la democracia mediante el uso de Internet, asumiendo que democracia es también

participación de ciudadanos informados en la actividad pública. En sexto lugar concluimos.

II. Democracia hoy

Un sistema político democrático es el que está organizado atendiendo a la garantía e impulso de tres mecanismos, hoy principios jurídicos fundamentales, reconocidos en las constituciones y hechos realidad en la vida diaria de los países donde las mismas funcionan. Son los referidos a la libre elección de los gobernantes por los ciudadanos, la efectiva puesta en práctica de la división del ejercicio del poder político por las instancias de gobierno competentes, y la salvaguarda de la protección y promoción² de los derechos humanos por los poderes públicos con respecto a las actividades que tienen lugar en el desarrollo de la vida propia de los ciudadanos, de los ciudadanos con las empresas como consumidores o trabajadores o empleados, de las empresas entre sí, de los ciudadanos con otros ciudadanos, de las administraciones públicas con otras administraciones, de las administraciones públicas con las empresas y a la inversa, y de los ciudadanos con las administraciones públicas y a la inversa en relación a la prestación por las últimas de servicios públicos.

Los tres mecanismos son considerados propios del funcionamiento del Estado de Derecho. Su contenido y función característicos son resumidos a continuación.

El primer mecanismo es el de la libre elección de los gobernantes por los ciudadanos, que se pone en práctica mediante la realización de procesos electorales que permiten a todos los ciudadanos participar en el gobierno nombrando periódicamente a sus representantes en distintos ámbitos políticos de decisión: estatal, regional/autonómico o local. Este procedimiento participativo, democrático, se ve completado por la posibilidad que tienen los ciudadanos de intervenir en las actividades gubernamentales mediante la puesta en realidad de otros medios como el referéndum con relación a cuestiones concretas sometidas a opinión de la ciudadanía por los representantes políticos, la coparticipación en actividades de carácter gubernamental mediante la intervención de particulares o ciudadanos, organizaciones, asociaciones ciudadanas, asociaciones de consumidores o sindicatos, cuya actuación está prevista en la regulación de procedimientos administrativos, y la participación de los ciudadanos en la solución de conflictos judiciales mediante su intervención como jurados.

El segundo mecanismo democrático es la división de poderes, es decir la aceptación de que el ejercicio de los recursos, instrumentos y medios que han de poner en práctica los gobernantes elegidos, tiene que atender a la separación

² Estas son ideas comúnmente aceptadas en la discusión jurídica. Sobre el papel activo del Estado en la promoción de derechos más que en la simple protección, véase, por ejemplo, CARBONELL, M., *Constitution's functionality and social rights: outline of some problems*, Estudios Constitucionales, vol. 6/2 (2008), 43-71

de dicho ejercicio en el de tres “poderes” o funciones: legislativo, ejecutivo y judicial. Ello implica que la actividad propia de cada poder ha de ser realizada respetando la distribución de las competencias funcionales establecida mediante la satisfacción de los procedimientos reconocidos y articulados por la constitución y el resto del ordenamiento. Estos procedimientos permiten garantizar tanto la independencia de acción de cada uno de los poderes, cuanto que la coordinación y el equilibrio del ejercicio de las funciones o competencias propias de los mismos.

El tercer mecanismo es el del reconocimiento, respeto, preservación y promoción de las declaraciones de derechos humanos contenidas en la constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto, realizados por la práctica del ejercicio de las competencias y funciones propias de los poderes con respecto a actividades ocurridas en sociedades concretas.

Completa lo hasta aquí expresado la consideración de que, obviamente, la democracia o la participación política no puede ser puesta en práctica efectivamente en ninguna de las facetas reseñadas sin la satisfacción de un requisito previo: que los ciudadanos estén informados o, lo que es lo mismo, tengan suficiente conocimiento sobre el objeto de su participación. Sea ello, por ejemplo, las características de las actividades administrativas, el efectivo cumplimiento de las subvenciones otorgadas por la Administración con el fin de satisfacer un concreto objetivo político como la dotación de Internet a unas escuelas, el programa político de un candidato a ser elegido como parlamentario o como concejal, el cumplimiento del programa político de un representante político que vuelve a presentarse a las elecciones, el contenido de la decisión en una propuesta de referéndum o decisión administrativa, o las características de un caso sobre el que el ciudadano en cuestión tenga que resolver como integrante de un jurado.

Es por ello que en la actualidad cabe decir, sintéticamente, que un sistema político democrático es aquel cuyo funcionamiento está basado en la participación consciente de los ciudadanos en el ejercicio del poder político o bien indirectamente mediante la elección de sus representantes o bien directamente colaborando en la toma de decisiones políticas utilizando otros mecanismos. Esto implica reconocer que los ciudadanos pueden participar, por si o mediante sus representantes, en prácticamente todas las actividades de los poderes públicos, atendiendo, además, al hecho de que el Estado de Derecho actual no es el Estado liberal del siglo XIX que limitaba la acción de los organismos públicos a actuar políticamente como policía elaborando las correspondientes leyes básicas y aplicándolas mediante penas o sanciones a los infractores más graves del orden jurídico: salvaguardando el funcionamiento del mercado, sus posibles violaciones, sino que el Estado es, a la vez, Estado social, democrático, del bienestar, de la gobernanza y, hoy, el Estado propio de la denominada Sociedad del Conocimiento o de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), que tiene potestad para participar en prácticamente todas las actividades

diarias especialmente las propias de las instituciones públicas una vez están financiadas con fondos públicos.

III. Gobernanza

A lo dicho hasta aquí no le impide el reconocimiento que de un tiempo a esta parte se está aceptando como práctica política propia común de las competencias propias de los poderes públicos la del ejercicio de lo que se denomina gobernanza. La gobernanza está definida por el Diccionario como “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”.

Lo anterior implica reconocer la expansión en el ámbito público, como prácticas o usos propios de los gobernantes, de los principios, técnicas o usos de gobierno propios del ámbito empresarial. Esto es lo mismo que decir: la puesta en acción de la eficiencia y las reglas del mercado como criterio de acción preferente de los poderes públicos.

Este estilo de acción o política ha de ser ejercido por los poderes en forma compatible con la puesta en práctica de los principios propios del Estado de Derecho, que resumen la acción de la democracia que, por mandato legal, gobierna la acción de los poderes públicos, es decir todos aquellos asuntos sobre los que éstos son competentes según el ordenamiento propio de los Estados de Derecho en cuanto son agentes activos en la vida social de la sociedad del conocimiento³.

IV. TIC y democracia

No cabe duda de que TIC e Internet facilitan la puesta en funcionamiento de los sistemas políticos democráticos. Aquí vamos a presentar tres ejemplos que lo prueban inequívocamente. Uno está referido al auxilio a la elección de los representantes políticos. Otro se refiere al acceso de los ciudadanos a los servicios públicos por medios electrónicos. El último se ocupa del apoyo al funcionamiento del poder judicial. A continuación resumimos las características básicas de los ejemplos.

El primer ejemplo tiene manifestaciones masivas fundamentalmente en Brasil. Desde la segunda mitad de los años noventa los procesos electorales destinados al nombramiento de los representantes políticos se auxilian por el uso de las denominadas “urnas electrónicas”, programas y ordenadores que facilitan que el derecho de voto con el fin de elegir a sus representantes políticos

³ Se hacen propuestas a este respecto en relación al ámbito local en Estados Unidos en: KATZ, E. D. *Engineering the Endgame*, Michigan Law Review, vol. 109/3 (2010), 349-386. Me he referido a la conciliación entre gobernanza y derecho en: GALINDO, F., *Justicia, gobernanza y legalidad*, Seqüencia, vol. 55, 2007, pp. 29-64

que tienen todos los ciudadanos sea ejercido por la selección por los electores de los candidatos mediante la pulsación, autorizada por los integrantes de la mesa de votación a los electores que son identificados mediante la aportación de un documento, del número correspondiente, la denominación, asignado a los candidatos a ser elegidos. El programa almacena las opciones tomadas por los electores y suma los resultados finales de la votación. De esta forma el uso de sistemas tecnológicos mejora el ejercicio del voto al dificultar la realización de prácticas corruptas electorales que en Brasil permitían los sistemas tradicionales de elección política, promoviendo con ello el uso de las TIC, la ampliación y profundización de la democracia⁴.

El segundo ejemplo está extendido por muchos países. Es el denominado Gobierno electrónico o, más adecuadamente, Administración electrónica⁵. Hace referencia a la provisión por medios electrónicos de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos. Implica que los ciudadanos puedan tramitar por Internet desde sus domicilios o sus propios ordenadores instancias a las Administraciones Públicas sin necesidad de realizar desplazamientos a la sede de las Administraciones de las que se requiera la satisfacción de un derecho concreto: un certificado, un servicio, una subvención, una licencia, etc. El proceso tiene lugar de la siguiente forma. Una vez identificado fidedignamente el solicitante mediante la utilización de una clave obtenida usando un procedimiento seguro, el ciudadano interesado –el solicitante- puede remitir por Internet su solicitud, junto al expediente que la justifica o fundamenta, al ordenador-programa de la Administración, la sede electrónica, cuya sección administrativa competente tenga la obligación de tramitar el expediente reconociendo lo requerido por el solicitante. El sistema tecnológico, las TIC, puede mejorar, por tanto, la calidad democrática de la Administración correspondiente, al incrementar la prontitud de respuesta de los servicios que la integran, potenciando de esta forma la satisfacción de los derechos de los ciudadanos⁶.

El tercer ejemplo está referido al ámbito judicial y sucede en varios países. Por ejemplo⁷. Un abogado, convenientemente identificado, puede enviar a un

4 Véase al respecto: MEZZAROBBA, O., ROVER, A. J., *A urna eletrônica: sua contribuição para o aperfeiçoamento da democracia representativa partidária brasileira*, en Galindo, F., ROVER A. J., (eds.), *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, LEFIS Series vol. 7, Prensas Universitarias, Zaragoza, 2009, 63-73

5 El plan de gobierno electrónico de la Unión Europea para el periodo 2011-15 está regulado en: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The European eGovernment Action Plan 2011-2015. Harnessing ICT to promote smart, sustainable & innovative Government, COM/2010/0743 final: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:DKEY=548503:EN:NOT>

6 Sobre servicios administrativos en línea para ciudadanos en España véase: <http://www.060.es/060/appmanager/portal/desktop/page/ciudadanosHome>

7 Se toma como referencia el funcionamiento del sistema español LEXNET: «sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el

juzgado o tribunal desde cualquier ordenador un documento que forme parte de un proceso en el que esté implicado un ciudadano defendido (o acusado) por el abogado, a efectos de que el trámite procesal se dé por realizado pudiéndose con ello continuar su tramitación en un periodo de tiempo menor que el que es preciso para que el procedimiento discurra por los canales establecidos para la tramitación del documento en formato papel al evitarse las dilaciones propias del funcionamiento del correo ordinario. El sistema, además, permite a todas las partes implicadas en el proceso comprobar el estado de tramitación del procedimiento, pudiéndose conocer tanto las fases del proceso satisfechas cuanto el contenido de los documentos presentados por la otra parte o las resoluciones o diligencias adoptadas por el órgano instructor o juzgador. Las TIC favorecen también en este caso a la democracia una vez que el procedimiento que facilitan permite tanto acortar los tiempos precisos para el ejercicio de las labores propias del poder judicial: la resolución de conflictos, cuanto hacer más transparentes las fases de tramitación del procedimiento, permitiendo conocer por las partes implicadas en el caso el estado en el que la tramitación se encuentra, sin que por ello pierda el proceso judicial las funciones conferidas al mismo por el ordenamiento democrático.

No cabe duda de que estos procesos son ejemplos de que las TIC son efectivos instrumentos auxiliares del funcionamiento de los sistemas democráticos.

A efectos de explorar otras posibilidades, completando los casos más significativos de democracia expresados en el apartado I, discurrimos en el resto del trabajo sobre si las TIC permiten:

- Auxiliar al proceso de elección de los representantes políticos, además de completar la mecánica de puesta en práctica del proceso electoral en algunos aspectos problemáticos del mismo.
- Mejorar la participación de los ciudadanos en la puesta en acción del Estado de Derecho permitiéndoles intervenir en decisiones políticas con un mayor y mejor conocimiento de la realidad política y su funcionamiento que el que tienen sin el uso de las TIC.

V. Democracia e Internet

Ha quedado reseñado al comienzo de este trabajo que la expresión democracia se utiliza con gran frecuencia como vocablo caracterizador de Internet. Se dice que promueve la participación; que presenta a la opinión pública: a los ciudadanos, información que antes se encontraba sólo en poder de organismos gubernamentales o partidos políticos; que permite expresar a todos

traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos», regulado por el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero. La página web del sistema LEXNET es: <https://infolexnet.justicia.es/>

opiniones ante cualquier asunto que presenten en la Red (Gobiernos, particulares, asociaciones o empresas, etc.)

En este apartado presentamos algunos de los límites que cabe hacer a este tipo de afirmaciones. En concreto nos centramos en:

- Mostrar las características básicas de los usos que se hace de Internet en estos momentos, comprobando si están justificadas las afirmaciones que se hacen sobre la posible efectiva promoción de la democracia, entendida como expresión de las opiniones políticas por los ciudadanos, por la mera existencia y uso de las aplicaciones o programas de Internet.
- Reseñar algunas de las características de la gobernanza de Internet, especialmente en lo relativo a la posibilidad de manifestar opiniones libre y secretamente, función característica de la democracia en el Estado de Derecho, que es actuada mediante la participación en las elecciones de representantes políticos, a efectos de comprobar hasta qué punto el funcionamiento de Internet permite la puesta en acción de este tipo de actividades.

1. Usos de Internet y promoción de la democracia

A efectos de considerar datos concretos nos fijamos en información referida al uso de Internet en dos ámbitos: porcentaje de casas o domicilios con acceso a Internet y porcentaje de declaraciones de usos de las aplicaciones de Internet.

1.1. Domicilios

No cabe negar el elevado grado de acceso a Internet que se produce en estos momentos. Acudiendo a estadísticas oficiales (EUROSTAT), estas dan cuenta de que la cifra promedio de viviendas con acceso a Internet en Europa en 2010 es del 70 por ciento de las mismas, frente al 49 por ciento de 2006⁸. El porcentaje todavía aumenta más si se considera el número de viviendas con acceso a Internet en las que viven niños: llega al 84 por ciento, mientras que el promedio de viviendas con acceso a Internet en las que no viven niños alcanza al 65 por ciento.

1.2. Aplicaciones usadas

Existen también datos estadísticos sobre el tipo de las aplicaciones, programas o usos que se hace de Internet. Según dichos datos se utiliza Internet básicamente para realizar los siguientes tipos de comunicaciones:

⁸ La cifra referida a las viviendas que cuentan con Internet parece la más significativa en relación a las que se usan por las estadísticas: es demasiado genérica la que habla de individuos que usan Internet, no dice mucho.

- 1) correo electrónico;
- 2) envío de mensajes a programas –páginas web- que facilitan la realización de conversaciones simultáneas (“chats”), publicación de noticias (“blogs”) y participación en actividades propias de las denominadas redes sociales comunicando a un círculo cerrado de personas opiniones o ideas, y
- 3) realización de llamadas telefónicas y videoconferencias.

Es lógico considerar que cuando nos ocupamos de democracia sólo las comunicaciones referidas en segundo lugar: el envío de mensajes a programas o páginas web, pueden ser tomadas como referencia para discurrir sobre un posible ejercicio de la democracia utilizando Internet. Recuérdese que, tal y como vimos en el primer apartado, democracia es lo mismo que emisión de opiniones con relevancia pública o “participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder político o bien indirectamente mediante la elección de sus representantes o bien directamente colaborando en la toma de decisiones políticas utilizando otros mecanismos”. Los otros usos, tanto el intercambio de correos electrónicos, como las conversaciones telefónicas o las videoconferencias, están referidos a comunicaciones privadas habidas entre los interlocutores que los utilizan.

Volviendo a lo datos estadísticos, es interesante comprobar, contemplando las cifras recopiladas sobre uso de Internet en Europa, que el correo electrónico es el medio mayormente utilizado por todos los usuarios con independencia de la edad que tengan. En concreto el 91 por ciento de los usuarios que tienen entre 16 y 24 años lo utiliza, el 89 por ciento de los usuarios que tiene entre 25 y 54 lo hace, y el 86 por ciento es el porcentaje de usuarios de quienes tienen entre 55 y 74 años que lo usan. Es menor el porcentaje de usuarios que utilizan Internet para realizar “chats”, enviar “blogs” y participar en actividades de redes sociales: 80 (entre 16 y 24 años), 42 (entre 25 y 54) y 18 (entre 55 y 74). Mucho menor es el porcentaje de los que realizan llamadas telefónicas y video conferencias: 35 (entre 16 y 24 años), 26 (entre 25 y 54) y 20 (entre 55 y 74).

1.3. Conclusiones sobre el uso de Internet y democracia

Los datos hasta aquí expuestos nos permiten concluir lo siguiente.

Si bien es indudable la fuerte expansión alcanzada por Internet, el promedio del acceso a la Red es del 70 por ciento de los domicilios europeos, ello no permite, hipotéticamente, por ejemplo, la aprobación de una norma de ámbito europeo que establezca la obligación de elegir a los representantes políticos usando las TIC: desde los propios ordenadores. Para que esta norma pudiera entrar en vigor debería estar garantizado al cien por ciento de la población dicho acceso, lo que no se produce en la actualidad.

La expansión de la democracia tampoco es viable absolutamente en estos momentos si tenemos en cuenta las características de los usos de Internet.

Como hemos visto tan sólo el sector más joven de la población: el comprendido entre los 16 y los 24 años, utiliza sistemas que permiten expresar opiniones (el 80 por ciento de ellos atendiendo a las cifras generales europeas) mientras que los otros dos sectores entre 25 y 54 y entre 55 y 74 los usan en escasa medida (42 y 18 por ciento respectivamente).

2. La gobernanza de Internet

Existe otro problema de mayor entidad que el del reducido número de usuarios que acostumbra a emitir opiniones usando la Red que acabamos de señalar como límite para la expansión de la democracia por Internet⁹. El problema de mayor envergadura está ligado a las características del funcionamiento de Internet y de su regulación, que impiden garantizar el secreto de las opiniones emitidas, principio que, entre otros, requiere la puesta en acción de los procesos democráticos¹⁰. El problema lo identificamos como la gobernanza de Internet.

Con gobernanza de Internet nos referimos a las reglas básicas de funcionamiento del sistema, que, más allá del uso de las tecnologías, vienen a ser, con algunas moderaciones, las mismas que las del mercado o la obtención de beneficios.

En efecto. La utilización de Internet requiere, indefectiblemente, al ciudadano el pago de su uso: básicamente a la compañía de telecomunicaciones que garantiza la comunicación y al proveedor de servicios de acceso a Internet que permite la “navegación”, también a los que ofertan servicios “accesibles” a través de la red. El último pago se hace de una forma indirecta: o bien al abonar los precios de los bienes adquiridos una vez que en dicho precio están repercutidos los costes de comercialización y envío del producto hechos por el vendedor utilizando Internet, o bien, en el caso del acceso a servicios públicos, al pagar los impuestos y tasas al Estado, una vez que parte de ellos sirve para satisfacer el coste de los servicios que son accesibles y tramitados por Internet¹¹.

A lo anterior ha de añadirse otra faceta o dimensión si tomamos en consideración la hipótesis de la utilización de Internet como canal para ejercer

9 La dimensión menor del problema reside en que es probable que en los próximos años se incremente el número de usuarios acostumbrados a emitir por la Red opiniones sobre cuestiones concretas conforme se produzca el cambio generacional

10 Recordemos que estos sistemas exigen la emisión de un sufragio universal, libre, igual, directo y secreto

11 Es preciso realizar estos gastos porque quienes ofrecen productos o servicios, sean empresas o las Administraciones, tienen también gastos: han de hacerlos tanto en lo referido al coste propio de la elaboración y comercialización de sus ofertas en un medio como Internet, cuanto que en el coste que han de asumir para poder ofrecer los productos o servicios en una página web que cuenta con una dirección o dominio en Internet cuya implantación y mantenimiento requiere tanto el abono de los costes del dominio al proveedor de nombres de dominio como el de los costes acarreados por mantener las comunicaciones, ordenadores y programas que requiere la publicación de una página en Internet

la democracia en el proceso de elección de gobernantes o mediante la emisión de opiniones en referéndum sobre un tema sometido a decisión de los ciudadanos por las instituciones públicas. La nueva dimensión procede de la circunstancia de que si bien, como ya veíamos en los ejemplos mencionados más arriba referidos al acceso a los servicios de las Administraciones públicas o a la tramitación de expedientes judiciales, el ejercicio de dicho acceso requiere la inequívoca identificación de quien emite su opinión, tal y como sucede en la solicitud de servicios públicos o en la actuación en la Administración de justicia: ha de saberse quién ejerce su derecho y que lo hace en un momento concreto, mientras que la actuación de la democracia por medio de las elecciones, en cambio, requiere algo más: garantizar y preservar el secreto de las opiniones emitidas a efectos de que estas sean hechas en libertad (las exigencias del voto son: sufragio universal, libre, igual, directo y secreto). Y aquí es dónde la relación entre democracia e Internet tiene tantas dificultades que cabe decir, incluso, que por el momento esa relación no es posible ni siquiera contando con recursos tecnológicos o medios de pago como enfatizamos a continuación.

Tanto la procuración electrónica de servicios públicos como la remisión de documentos a instancias judiciales requiere garantizar la autenticidad del remitente, la del proceso de comunicación o el envío de los documentos: que no sea interceptado, y la de que el contenido de lo enviado sea lo efectivamente remitido por el emisor, lo que sucede mediante la utilización de los requisitos técnicos expuesta resumidamente más arriba, pero dichos procedimientos no requieren mantener permanentemente el secreto del contenido del comunicado. Es más: en la tramitación de procedimientos administrativos y judiciales es preciso, básicamente, poder evidenciar a lo largo de todo el procedimiento que el contenido de los documentos comunicados es el refrendado por el remitente.

El requisito fundamental para garantizar el funcionamiento del proceso de emisión de una opción u opinión política, en cambio, tal y como establecen los sistemas democráticos, es el de la preservación permanente del secreto de la opción u opinión del responsable, de otra forma los electores u opinantes no pueden contar con suficiente libertad como para emitir su voto u opción, otro principio básico democrático. El problema reside en que si bien la identificación fidedigna es posible, como ocurre en los ejemplos mencionados en el apartado segundo, mediante la utilización de sistemas TIC de identificación de coste mayor o menor, la garantía de la preservación del secreto y de la emisión libre de las opiniones no es posible ponerla en práctica sino, a lo sumo, mediante la utilización de mecanismos como el cifrado de clave pública de confidencialidad, de uso general no autorizado en estos momentos por razones de seguridad.

Es decir: en el caso de las elecciones por Internet el principio de seguridad pública establece fuertes límites al principio de mercado o de las reglas de gobernanza que rige el funcionamiento propio de Internet, y que es el que delimita en estos momentos, básicamente, la práctica relativa a la libre expresión de ideas que se manifiesta entre los usuarios de Internet mediante el uso de

instrumentos de comunicación como el acceso a las redes sociales, el envío de noticias a los “blogs” o el intercambio de mensajes utilizando sistemas de correo electrónico, comunicación telefónica o videoconferencia¹².

4. Uso de instrumentos técnicos y brecha digital

Es conveniente reconsiderar la información que suministran los datos estadísticos para tener una mayor conciencia sobre las posibilidades e implicaciones que tiene un hipotético intento de realizar un ejercicio de la democracia, entendida como ejercicio del sufragio político, utilizando las herramientas y mecanismos que proporciona Internet.

En el apartado anterior hemos observado que no es posible realizar elecciones políticas por medio de Internet porque los instrumentos técnicos que, aparentemente, las permitirían ni siquiera están desarrollados porque el uso de las herramientas precisas para ello no está autorizado. También hemos constatado que las estadísticas referidas al uso de Internet dan cuenta de que si bien en Europa existe un buen número de personas que accede a Internet ya no lo es tanto el de los que opinan por medio de la red: expresan sus opiniones en círculos cerrados, redes sociales, o escritos de carácter público. Veíamos que sólo los usuarios más jóvenes declaraban tener por costumbre hacer uso de aplicaciones o programas que permiten la emisión de dichas opiniones. En este apartado vamos a matizar todavía más el alcance de estos argumentos mostrando que cuando pasamos de considerar los promedios estadísticos generales referidos a un amplio espectro de la población a atender a los relativos a determinados

¹² El uso de los mecanismos generales de comunicación por Internet está sometido a las reglas del mercado o de la gobernanza de Internet con las matizaciones que aquí reseñamos. En concreto: el correo se proporciona a quien abona sus costos al que presta el servicio o, sin costos, a quien está dispuesto a recibir y en muchos casos enviar con el mensaje de correo la publicidad de quien lo presta o quien contrata con el prestador del servicio a efectos de que sus usuarios la reciban. En relación con el uso de las redes sociales, el servicio, aparentemente gratuito en ocasiones, requiere el coste de recibir la publicidad de quien presta el servicio o quien contrata con éste para emitirla. Lo mismo sucede en el caso de las comunicaciones telefónicas, videoconferencias o en el envío de noticias a “blogs”. Lo anterior ha de ser matizado por el hecho de que también interviene el principio de seguridad pública en el terreno de la comunicación sólo que en forma moderada por lo que explicamos a continuación. El alcance de la expansión de las ideas propias es distinto según los medios utilizados y las características del interlocutor: otra u otras personas en el caso del correo electrónico, las personas incluidas en la red social en la que una persona participe, y los usuarios de Internet en general en el caso del envío de noticias a los «blogs» que con posterioridad resulten publicadas. Dado el funcionamiento de Internet el contenido de dichas ideas puede ser conocido, en todo caso, por el gestor del servicio correspondiente, es por ello que el responsable está obligado a preservar los derechos constitucionales referidos a la garantía del secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales. Esta es la moderación a la gobernanza: en Europa las normas destinadas a regular la actividad de los servicios de la sociedad de la información ponen límites a la aplicación de las reglas del mercado o de la gobernanza de Internet.

países, e incluso regiones dentro de países concretos. Las cifras tienen contenidos, y significación, distintos.

Fijémonos en las cifras referidas al porcentaje de viviendas con acceso a Internet. Decíamos que el acceso promedio en Europa era alto: el 70 por ciento de las casas lo tenía en 2010, y 84 % era el promedio de las casas con niños. Las cifras alcanzan un cariz distinto si nos fijamos en España cuyos porcentajes son, respectivamente, 59 y 73, Alemania, 82 y 97 o Rumanía, 42 y 50, por ejemplo. El matiz todavía es más importante si nos fijamos en Suramérica. En Brasil, en 2009, sólo el 24 por ciento de las casas contaba con acceso a Internet, siendo el mismo número promedio el del 27 por ciento en las viviendas situadas en ámbito urbano y el 6% en las viviendas situadas en ámbito rural.

Estos datos dan cuenta de la realidad de la existencia efectiva de la denominada brecha digital y de cómo la reflexión sobre la posibilidad de votar a través de Internet es un discurso estrecho: de limitado alcance social inmediato, necesita ser completado. Pensemos en que una hipotética puesta en práctica inmediata que requiriera su uso obligatorio en un país implicaría privar del derecho de voto a un ingente número de personas¹³.

5. Acceso a información

Expresábamos al comienzo de este trabajo que un requisito fundamental para el ejercicio de la democracia es contar con información suficiente para decidir. Ello es coherente con el hecho de que sin información no es posible tomar decisión alguna¹⁴. Si esto es así en las actividades propias: en el ejercicio de la libertad o del principio de autonomía de la voluntad, mayor relevancia tiene en el ámbito de acción de los hombres referido a las actividades que

¹³ Pero hay posibilidades de discusión porque pese a lo dicho no hay duda de que, al menos en teoría, instrumentos técnicos existen para que ello se pueda realizar. Otra cosa es lo que sucede en realidad: las técnicas no están tan generalmente implantadas como para que las puedan usar todos los ciudadanos ni, por otro lado, los usuarios que se manejan con ellas con suficiente soltura y que por tanto pueden participar son representativos de las opiniones presentes en un determinado lugar. Las cifras indican que esto es así: sólo los más jóvenes se mueven con soltura en el terreno digital. Sus opiniones representan a una parte de la sociedad. Los porcentajes de usuarios hacen referencias a franjas concretas de la población y no a otras: razones de edad, pero también de formación y educación, están detrás de limitados usos de Internet en relación a grandes cifras.

¹⁴ Sin establecer contactos con el exterior. Ver al respecto Maturana, H. *Self-consciousness: How? When? Where?*, *Constructivist Foundations*, vol. 1, número 3 (2006), 91-102. En este artículo se muestra el origen de la auto-consciencia, mostrándola como un suceder que ocurre en el «lenguajear», y no confundiendo los dominios en los cuales ocurre el vivir, ni reduciéndolos. Para esto se basa en los fundamentos biológico-culturales de lo humano, buscando siempre el mecanismo estructural-operacional que da origen al fenómeno por el cual se pregunta sin introducir nociones semánticas. El autor también reflexiona sobre las consecuencias y alcances de este mirar, esto es, que la auto-consciencia no ocurra en el cerebro y que no sea una entidad física sino que está ocurriendo como una configuración de sentires (sensorialidades) en un presente en continuo cambio.

implican a otros hombres. También en la acción política y el ejercicio democrático de la libre elección de los representantes políticos: no se puede elegir sin conocer previamente las opciones sobre las que cabe optar.

Internet proporciona, sin duda, acceso a información. Ofrece una información que antes no estaba al alcance de los ciudadanos. La información quedaba, a lo sumo, recogida en documentos: estudios, informes, artículos científicos y de opinión, libros y noticias suministrada por los medios de publicación, opinión e información: periódicos, revistas y otros medios (televisión y radio fundamentalmente). Otra parte de la información y especialmente la referida a las actividades del Estado quedaba fuera de los círculos de opinión. Con gran frecuencia se consideraba secreta: estaba a disposición únicamente las instituciones estatales.

La información necesaria para elegir democráticamente es la referida a las actividades de los representantes políticos, cuya expresión se manifiesta en la acción propia de las instituciones en las que los mismos las realizan. Son las actividades de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Están recogidas en las leyes, normas, reglamentaciones, sentencias y, ahora, también en las páginas web en las que se presenta tanto el contenido de las regulaciones cuanto que informaciones sobre las características y resultados de las actividades desentendidas y los servicios públicos ofertados por cada institución.

La información relativa al contenido de las regulaciones es la misma, sobre formato digital, que la que se hacía pública en papel. La principal diferencia resulta del grado de expansión de la información digital: es mayor que la que tiene la recogida en formato papel. La información sobre las instituciones, sus actividades y servicios, es de diferente entidad: antes no era accesible, no existía o a lo sumo encontraba algún eco en los medios de comunicación. En la mayor parte de las ocasiones estaba expresada en el contenido de los propios textos jurídicos o regulaciones. En la actualidad esta información es generada por la propia institución, que puede ofrecer sus servicios a los ciudadanos a través de Internet, como recogíamos más arriba (apartado 2).

Esta información precisa ser expuesta, publicitada y recopilada de forma ordenada y suficientemente clara si se quiere que los ciudadanos puedan acceder a la misma, utilizar los servicios públicos y realizar el control democrático de la misma que compete a los ciudadanos. Es preciso, también, establecer algunas indicaciones para efectuar adecuadamente esta recopilación, atendiendo tanto al contenido de las prácticas desarrolladas como a lo que prescriben las reglas de la democracia encaminadas a potenciar la participación de los ciudadanos en el poder político.

De todo ello se ocupan iniciativas que tienen por objeto hacer llegar a los ciudadanos la información pública que se encuentra en Internet¹⁵.

¹⁵ Un catálogo sobre datos administrativos públicos recogidos por distintas instituciones gubernamentales se encuentra en: <http://eadminblog.net/post/2010/04/11/lista-de-catalogos-de-open-data-en-el-mundo> . Elaborados por el Gobierno del País Vasco: <http://opendata.euskadi.net/>

La más mínima observación sobre la información recopilada por este tipo de iniciativas da cuenta de que responde a fines u objetivos dispares: ofertar la información a elaboradores de estudios, disponer acceso seguro a servicios públicos, mostrar el alcance de las iniciativas administrativas propias de la entidad administrativa responsable de la página o sitio web, señalar los avances de la técnica, poner en funcionamiento el principio legal de transparencia de las actividades gubernamentales, mostrar el grado de eficiencia de políticas de gobernanza, generar actividades a desarrollar por empresas y con ello crear empleo... Todo lo cual trae como consecuencia la existencia de numerosa información en Internet situada, todavía, en forma escasamente accesible al ciudadano, una vez que éste no cuenta con suficientes conocimientos ni recursos como para poder acceder a la información ni, una vez accedida, comprenderla. Ello, por tanto, no se debe únicamente al limitado porcentaje de personas que acceden a la red del que se daba cuenta en las estadísticas recogidas en apartados anteriores, la brecha digital, sino al hecho de que la información está colocada con gran frecuencia en lenguaje propio de profesionales expertos en contabilidad, por ejemplo, pero no en lenguaje comprensible por los ciudadanos.

Es por ello que de un tiempo a esta parte se producen iniciativas que tienen el objetivo de promover la participación ciudadana en forma activa en el ejercicio de sus derechos democráticos, haciendo accesible mediante Internet a los ciudadanos no sólo los datos generados por los gobiernos sino el mismo funcionamiento y actividades de las Administraciones públicas y de los diferentes poderes públicos¹⁶. A esos efectos se utilizan aproximaciones y recursos tecnológicos que ponen mayor énfasis en la promoción de la participación democrática y la inclusión digital que la implantación del propio desarrollo tecnológico a través de la democracia electrónica, del que se ocupa otro tipo de investigaciones¹⁷.

En este marco de acción se encuentran las investigaciones y desarrollos que desde 2003 se realizan por el Observatorio Internacional de Gobierno electrónico.

w79-home/es. Sobre actividades administrativas del Gobierno del Reino Unido: <http://data.gov.uk>. La Fundación sobre datos abiertos, organización no lucrativa, promueve el uso de datos estadísticos: <http://www.opendatafoundation.org/>

¹⁶ Directiva europea sobre transparencia: Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de noviembre de 2003 relativa a la reutilización de la información del sector público. Art. 1.1: “La presente Directiva establece un conjunto mínimo de normas que regulen la reutilización y los instrumentos prácticos que faciliten la reutilización de los documentos existentes conservados por organismos del sector público de los Estados miembros”. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0098:ES:HTML>. En España, el proyecto Aporta: www.aporta.es: “promueve una cultura de reutilización de la información en el ámbito de la Administración pública, concienciando de la importancia y el valor que tiene la información del sector público y su reutilización, y quiere facilitar la puesta a disposición por parte de las Administraciones y organismos públicos de la información disponible, aprovechando así el potencial del mercado de reutilización de la información pública en España”.

¹⁷ Por ejemplo: <http://forums.e-democracy.org/>

El objetivo fundamental del Observatorio EGOBS (*Electronic Government Observatory*) es el estudio independiente de las características de las realizaciones que en materia de Gobierno electrónico, esto es el conjunto de organizaciones y sistemas que son precisos para que se produzca la prestación de servicios administrativos a ciudadanos y empresas por las Administraciones Públicas con auxilio de los recursos que facilitan las Tecnologías de la Información y la Comunicación, tienen lugar en distintos países.

Los trabajos realizados ponen especial énfasis en la comprobación referida a si la prestación se realiza con respeto a las normas, procedimientos y principios recogidos en las leyes, incluido el derecho a la participación en dichas actividades de ciudadanos, empresas e instituciones y, especialmente, si se satisface en su puesta en práctica las regulaciones sobre protección de datos y seguridad de las comunicaciones electrónicas.

EGOBS (www.egobs.org) es una iniciativa surgida de la red temática Gobierno Electrónico, coordinada por la Universidad de Zaragoza (España) y en cuyas actividades participan desde 2003 las Universidades de Burgos y Valladolid (España), la Universidad de Münster (Alemania) y la Queen's University de Belfast (Reino Unido), por parte europea. Los miembros americanos son la Universidad Nacional de la Plata (Argentina), la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile, la Universidad de la Habana (Cuba) y la Universidad de la República de Montevideo (Uruguay). Colabora a las actividades del Observatorio la Asociación para la Promoción de las Tecnologías de la Información y el Comercio Electrónico (APTICE). El Observatorio es parte de la Red Jurídica para la Sociedad de la Información LEFIS (*Legal Framework for the Information Society*).

Desde el 1 de enero de 2009 el Observatorio cuenta con infraestructura personal y material para el desarrollo de sus actividades en Iberoamérica. En concreto en la Universidad Federal de Santa Catalina (Brasil)¹⁸.

Las actividades de observación de EGOBS han estado centradas en aplicar, con fines docentes e investigadores, una metodología desarrollada para estudiar páginas web, confeccionadas e implementadas por Administraciones públicas, utilizando criterios de análisis que permiten conocer y presentar públicamente las características de las propias páginas, sus contenidos y el de las ofertas de servicios que realizan las Administraciones que las han confeccionado y mantienen¹⁹.

¹⁸ <http://www.egov.ufsc.br/portal/>

¹⁹ La métrica LEFIS. Ver su contenido en: http://www.egobs.org/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=27

La metodología se ha venido aplicando desde el año 2005 a páginas web desarrolladas por instituciones públicas en Chile, Uruguay, España y Brasil, fundamentalmente. Los resultados de los análisis están expuestos en Internet²⁰.

A partir de 2009 EGOBS realiza en la misma línea otro tipo de análisis destinado a presentar en Internet a ciudadanos en forma clara la localización geográfica de instituciones públicas que realizan distintas actividades. Este tipo de información se refiere básicamente a instituciones brasileñas.

Los estudios se expresan en forma de páginas web que contienen mapas de Brasil en los que se recoge la localización de instituciones y actividades realizadas por las mismas en relación a materias concretas²¹.

La lista de materias en forma de temas generales en la actualidad es la siguiente: medio ambiente; cultura y educación pública; democracia, convergencia e inclusión digital; hacienda pública, poder judicial, ministerio público, modelos y proyectos de gobierno electrónico, salud pública y seguridad pública.

En relación con cada tema se presentan varios mapas de ámbito federal o estatal, en los cuales, por ejemplo, se localiza la situación de instituciones, centros de estudio, actividades realizadas, distribución de recursos públicos con respecto a proyectos concretos, sitios web analizados siguiendo la metodología LEFIS.

Los mapas son resultados de investigaciones realizadas bajo la responsabilidad de investigadores concretos que elaboran trabajos o artículos sobre la respectiva materia. Pretenden crear discusión, a la vez que, fundamentalmente, ilustrar sobre las materias estudiadas a ciudadanos que no tengan formación especializada sino simplemente interés por conocer cuestiones concretas a efectos de crear opinión política. En este sentido son instrumentos tecnológicos que fomentan la democracia.

6. Conclusión

Las expuestas en este trabajo son diferentes formas, concretas, de crear “democracia electrónica” mediante Internet y por ello son distintas posibilidades de incrementar la democracia. Las posibilidades muestran que aunque la democracia en Internet siempre estará limitada por el funcionamiento inevitablemente “interesado” de la gobernanza de Internet, hay margen para incrementar la democracia entendida como participación ciudadana en el conocimiento de las actividades públicas propiciando al mismo tiempo la inclusión digital utilizando los recursos que contiene Internet.

²⁰ Ver: http://www.egobs.org/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=64 y http://www.egobs.org/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=69

²¹ Ver los mapas en: <http://www.egov.ufsc.br/mapas/inicio.seam>

La democracia electrónica: buscando nuevos medios para la participación

Gustavo Adolfo Amoni Reverón*

SUMARIO. I. Introducción II. La democracia electrónica en la Constitución. 1. Democracia electrónica protagonista: aumentan los participantes. 2. Mayor cantidad de participantes no implica mayor pluralidad. Retos para una participación plural. III. La democracia instantánea: una promesa de las TIC. IV. La inclusión: el reto más grande de la democracia electrónica. V. La transparencia. VI. Conclusión.

Resumen

La Constitución venezolana reitera el derecho democrático a la participación ciudadana, por lo que deben buscarse nuevas fórmulas para facilitarla. Es allí donde surge la democracia electrónica, la cual, en Venezuela se fundamenta en el reconocimiento constitucional de la tecnología y los servicios de información como instrumentos fundamentales para el desarrollo político del país. La democracia electrónica hace propicia la participación porque derriba las barreras especiotemporales, de manera que el ciudadano no es quien debe buscar al Estado, sino es el Estado quien pone a su disposición la posibilidad de participar desde dónde y cuándo quiera, respetando, tanto los derechos fundamentales, como la frecuencia de la participación, para evitar así la abstención y el aprovechamiento de ello por intereses particulares. No obstante, hay que considerar los aspectos negativos de la brecha digital y la actitud que puedan tener los ciudadanos ante un modelo de gobierno en el que los representantes y gobernantes los instan continuamente a tomar decisiones, que aún cuando les interesen, han delegado en aquellos.

Palabras clave: Democracia electrónica. Participación ciudadana. Nuevas tecnologías. Ciberdemocracia. Teledemocracia.

Recibido: 20/5/2011 • Aceptado: 15/7/2011

* Abogado *summa cum laude* (Universidad de Carabobo), especialista en Derecho Administrativo (Universidad Católica Andrés Bello: UCAB), tesista de la especialización en Ciencias Penales y Criminológicas (UCAB) y estudiante de la especialización en Derecho Procesal (UCAB). Abogado auxiliar de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Abstract

Venezuelan Constitution reiterates the democratic right to citizen participation. Therefore it is necessary to find new ways to guarantee such right. In Venezuela, e-democracy, is one of those ways, because the Constitution recognizes technology and information services as fundamental instruments aimed to the political development of the country. E-democracy paves the way to participation because it demolishes time and space barriers. The citizen does not have to look for the government, but the government is the one that give them the possibility to participate at any desired timeframe and location. E-democracy must respect fundamental rights and has to avoid the abuse in the frequency of the participation to hamper abstention which could be use in benefit of certain particular interests. Anyway, it is important to visualize the digital divide and the consequences of a model where the government continuously asks them for participation.

Key words: E-democracy. Citizen Participation. New Technologies. Cyberdemocracy. Teledemocracy.

I. Introducción

Como puede advertirse con tan solo leer los artículos 2, 3, 5 y 6 de la Constitución de 1999, la norma fundamental ha sido iterativa en afirmar el talante democrático del sistema de gobierno nacional.

En ella se encuentra, desde la clásica consagración de la soberanía en manos del pueblo, prevista en el artículo 5, hasta la transformación de la democracia netamente representativa en la democracia directa, participativa y protagónica prevista en el artículo 62, que enfatiza el ejercicio del poder público por parte de los propios ciudadanos y no sólo por intermediación de sus representantes¹.

Con la democracia directa, aunque no en su forma pura donde son los ciudadanos y no sus representantes quienes dictan las leyes², sino en su forma relativizada en la cual, hay representantes, pero el pueblo puede intervenir en la toma de decisiones políticas³, se entiende que si los representantes del soberano

1 En el mismo sentido: FEO LA CRUZ, Manuel: “Los derechos políticos en la nueva Constitución venezolana”, en Memoria Política, núm. 7, 2002., p. 99. Por otra parte, en palabras de Ricardo Combellas, la democracia participativa supera a la democracia representativa porque el pueblo pasa a protagonizar su destino político. COMBELLAS, Ricardo: “La democracia participativa y la constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en Memoria Política, núm. 7, 2002, p. 71.

2 KNAPP, Blaise: “Principes et modalités de la démocratie directe”, La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative: Travaux des XII Journées d'études juridiques Jean Dabin sous la direction de Francis Delpérée, Bruylant, Bruselas, 1986, p. 75.

3 Las decisiones siempre serán de índole política y nunca judicial, ya que el principio de separación de poderes limita al principio de la democracia directa. KNAPP, Blaise: “Principes et modalités de la démocratie directe”, La participation directe du citoyen à la vie politique et

son quienes toman las decisiones pero éste tiene la posibilidad de abrogarlas por referendo, y más aún, de participar con derecho a voz y a voto en su proceso de formación, especialmente cuando se trate de aspectos de gran trascendencia, las decisiones de los centros de poder quedarán legitimadas por entenderse que se trata de medidas que toman los propios ciudadanos para sí mismos.

Igualmente, con la posibilidad no sólo de abrogar leyes sino también de revocar los cargos de elección popular, así como también con la celebración de elecciones libres, universales, directas y secretas, se da respuesta al tema de la protección contra un poder ilimitado o totalitario, contrario al principio democrático.

Además, al ser el propio pueblo el que interviene en la toma de decisiones se responde con mayor contundencia a la interrogante de saber por qué el orden jurídico es de carácter obligatorio, ya que los mismos ciudadanos se obligaron en virtud de su decisión libre, sin que nadie los constriñera a ello.

Pero la existencia de iniciativas y referendos no es suficiente para decir que hay democracia directa⁴, para ello se requiere que el pueblo tenga la potestad de intervenir fácilmente en la toma de decisiones provenientes del poder.

Cuando se emplea el adverbio “fácilmente” no se pretende que la participación democrática se produzca mediante un grupo de personas reunidas, *motus proprio* o por iniciativa de alguna autoridad, en una plaza o en un entorno virtual mediante Internet, las cuales pudieran estar o no previamente adoctrinadas para tomar determinada decisión. Tal forma de actuar no se podría considerar como un ejercicio válido de participación ciudadana, sino, simplemente como una perversión de la democracia directa⁵.

Fácilmente, significa en este contexto, no quitarle al ciudadano más tiempo y dedicación del mínimo necesario para tomar una decisión, que si bien le interesa y le puede afectar, ya ha escogido mediante el sufragio a una persona para que se encargue de ello, pero que aún así, está interesado en intervenir en la toma de esa decisión.

Por ello, la Constitución⁶ les asegura a los ciudadanos, expresamente, el derecho fundamental⁷ a incorporarse activamente en el terreno político, en virtud

administrative: Travaux des XII Journées d'études juridiques Jean Dabin sous la direction de Francis Delpérée, Bruylant, Bruselas, 1986, p. 80.

4 KNAPP, Blaise: “Principes et modalités de la démocratie directe”, op. cit., p. 76.

5 *Ibid.*, p. 88.

6 Por su parte, si bien la Carta Democrática Interamericana no acoge la tesis de la democracia participativa por considerarla una “...*suerte de régimen de democracia directa, por ende asamblearia...*”, sí prevé la participación ciudadana de forma permanente, tal como lo establecen los artículos 2 y 6, en los cuales se califica de “derecho”, “responsabilidad” y de “condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”. La razón de esta normativa estriba en que el Estado no puede sustituir a la ciudadanía ya que por el contrario, el Estado es un instrumento para el desarrollo del individuo. AGUIAR, Asdrúbal -2008-: P. 144 y 159.

7 COMBELLAS, Ricardo: “La democracia participativa y la constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, op. cit., p. 73.

del cual pueden participar de forma directa o por medio de sus representantes elegidos⁸ en la formación, ejecución y control de la gestión pública⁹, mediante una serie de medios concretos de participación como exigir la rendición de cuentas periódicas¹⁰, asociarse con fines políticos¹¹ o simplemente lícitos¹², reunirse pública o privadamente¹³ y manifestar pacíficamente¹⁴, además de los derechos previstos en el artículo 70: “*la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros*”.

Pero a la sociedad no le bastan postulados constitucionales que impongan un sistema de gobierno democrático, participativo y protagónico, lo que requiere son mecanismos reales para intervenir en las decisiones dirigidas a satisfacer las necesidades públicas¹⁵.

En este sentido, para que se materialice el mandato constitucional destinado a que los ciudadanos actúen menos en el ámbito político mediante sus representantes y lo hagan en mayor grado por ellos mismos, deben ofrecerse nuevas formas para que la ciudadanía se involucre en el proceso de toma de decisiones de forma efectiva, pero al mismo tiempo, sin desatender sus ocupaciones, especialmente, aquellas que le brindan su sustento y el de las personas a su cargo.

Como una respuesta factible al deber que tiene el Estado de favorecer las condiciones para generar la tan promovida participación del pueblo en la gestión pública, surge la democracia electrónica.

II. La democracia electrónica en la Constitución

La democracia electrónica encuentra fundamento constitucional en el artículo 110, que consagra el interés público que reconoce el Estado en la tecnología y los servicios de información como instrumentos fundamentales para el desarrollo político del país.

La Norma Suprema emplea el término “interés público”, al igual que lo hace para referirse a aquello a lo que deben adecuarse las contrapartidas que exigirá el Estado al otorgar concesiones para explotar los recursos naturales propiedad

8 Artículo 63 CRBV

9 Artículo 62CRBV.

10 Artículo 66 CRBV.

11 Artículo 67 CRBV.

12 Artículo 52 CRBV.

13 Artículo 53 CRBV.

14 Artículo 68 CRBV.

15 LEÓN ALVAREZ, Maria Elena: “La rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos en el nuevo orden constitucional venezolano”, en *Memoria Política*, núm. 7, 2002, p.160.

de la Nación o la prestación de servicios de naturaleza pública¹⁶, a cuáles contratos requieren aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional¹⁷, para qué tipo de fines pueden asociarse los municipios¹⁸ y qué clase de bienes se reserva el Estado¹⁹.

El interés público, en todos esos supuestos, funge como antónimo de interés privado²⁰. Hace referencia a una actividad cuya realización no sólo importa a una persona o grupo determinado dentro de la colectividad, sino que el Estado considera trascendente para cumplir con sus fines, que por ser públicos, interesan a todos. El Estado no debe perseguir fines de interés individual ya que ello no sólo acarrearía su nulidad sino también sanciones penales para los funcionarios.

En este orden de ideas, cuando la Constitución reconoce el interés público en la tecnología y los servicios de información como medios de desarrollo político, está afirmando que tales instrumentos son necesarios para cumplir con el deber de hacer que el escenario político evolucione, de lo contrario el status de la política no avanzaría con la misma eficacia. Por esta razón, y dado el deber del Estado de optar por el medio que le garantice, en mayor medida, el éxito de sus decisiones²¹, puesto que así lo prevé el artículo 3 constitucional, el Estado reconoce el interés público en la democracia electrónica como un medio eficaz para promover la participación de los ciudadanos, tanto en la escogencia y remoción de quienes ocupan los cargos de elección popular, como en la intervención en las actividades de los órganos legislativo y ejecutivo, simplemente para presentar propuestas o incluso para tomar o supervisar decisiones.

En este sentido, dada la contundencia del artículo 110 constitucional, aunado a la obligación del Estado de facilitar la generación de las condiciones más favorables para la participación del pueblo en la gestión pública, prevista en el artículo 62 Constitucional, la democracia electrónica, más que una opción para fomentar la participación, es una tarea pendiente del Estado.

A la luz de lo expuesto, la primera pregunta a la que se debe dar respuesta es: ¿Qué es la democracia electrónica?

16 Artículo 113 CRBV.

17 Artículos 150, 151, 187.9 y 247 CRBV.

18 Artículo 170 CRBV.

19 Artículo 302 CRBV.

20 En este mismo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Curso de Derecho Administrativo* (9ª edición), tomo II, Edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 224; y KIRIAKIDIS, Jorge: “Notas para una aproximación constitucional a la facultad expropiatoria”, *Derecho Administrativo Iberoamericano*, 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, tomo 2, ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 1559.

21 BONNEMAISON, María A: “Los modelos de decisión política: Una aproximación metodológica a la toma de decisiones públicas”, en *Memoria Política*, núm. 7, 2002, p. 210.

La democracia electrónica²² consiste en la incorporación de tecnologías de la información y comunicación (TIC) como medio para permitir la participación de los ciudadanos en el curso de los procesos de toma de decisiones públicas²³, con la frecuencia que la importancia de esa decisión imponga, especialmente de los individuos y grupos, que de otra forma no serían escuchados, con lo cual se pone en evidencia la pluralidad siempre presente en el mundo, pero pocas veces manifestada²⁴.

Esta fórmula, que puede aplicarse a cualquier modelo democrático independientemente de los valores que primen en su orientación ideológica, tiene el potencial de transformar las relaciones fundamentales entre el Estado y los ciudadanos²⁵, al generar una democracia más real, instantánea²⁶ y transparente²⁷, en cualquier lugar.

1. Democracia electrónica protagónica: aumentan los participantes

Las TIC pueden generar una democracia más real, porque permiten mayor pluralidad, entendida como la diversidad de intereses que se manifiestan en el seno del pueblo²⁸.

Esta pluralidad se traduce en fomentar la participación directa de ciudadanos de todas las tendencias, al mismo tiempo y sin límites espaciales, ya que cada quien interactúa desde diversos lugares siempre que dispongan de un servicio de telecomunicaciones y un equipo apto para conectarse. La democracia electrónica en su estado más desarrollado, amplía el espectro de intervención ciudadana ya que permite la participación de personas geográficamente distantes.

22 También llamada "...ciberdemocracia, teledemocracia,... democracia tecnológica, democracia *on line*, política virtual, voto por Internet, etc.,...". FERNÁNDEZ, Rosa: "El voto electrónico: el caso vasco", *Revista de Estudios Políticos*, N° 112, CEPC, Madrid, 2001, p. 202.

23 MAINETTI, Stefano y MAZZUCCO, Marco: "e-Government: una visione in evoluzione", *e-government: l'evoluzione della PA*, 21 ore, Milán, 2005, p. 33. Este mismo criterio de emplear las TIC como herramientas para gobernar es el empleado para definir el gobierno electrónico, por la doctrina en general, y la gobernanza electrónica como lo hace David Zussman quien define esta última como gobernar en un ámbito electrónico, esto es, mediante el empleo de herramientas tecnológicas. ZUSSMAN, David: www.ppforum.com.

24 WALCH, Jim (1999), citado por: SMITH, Peter: "New Information Technologies and Empowerment: The Implications for Politics and Governance", *E-Government Reconsidered: Renewal of Governance for the Knowledge Age*, University of Regina, Canada, 2004, p. 136.

25 LIIKANEN, Erkki: "e-Government: An EU Perspective", *The World of E-Government*, The Haworth Press, Inc., EEUU, 2003, p. 66.

26 CURTIN, Gregory; SOMMER, Michael y VIS-SOMMER, Veronika: "The World of E-Government", *The World of E-Government*, The Haworth Press, Inc., EEUU, 2003, p. 4.

27 SMITH, Peter: "New Information Technologies and Empowerment...", *op. cit.*, p. 141.

28 HERRERA, Alejandro: "Estudio Introductorio", ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. (UTRILLA DE NEIRA, Mónica, traductora), *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 20.

No importa dónde se encuentre un individuo interesado en compartir su punto de vista respecto de una situación determinada que le afecta como ciudadano, o simplemente como miembro de una localidad, las TIC se caracterizan por su indiferencia ante las distancias.

Esta ventaja de las TIC se compadece con la idea que subyace en el concepto de democracia, como es, la participación de todos. Si esta participación es directa, se abre una vía hacia una democracia más concreta, puesto que la democracia directa es la traducción más fiel del ideal democrático donde los ciudadanos no son sólo los titulares de la soberanía, sino que también son quienes la ejercen. Ellos y nadie más, pueden establecer las reglas a las cuales aceptan someterse²⁹.

Sin embargo, como la participación de todos los integrantes de una entidad político territorial no ha sido posible, se acude al modelo de democracia representativa, el cual, parte de la premisa de que los representantes actúan en nombre de sus electores. Sin embargo, dado que es perfectamente posible que tales representantes se separen en algún momento de la voluntad de quienes los eligieron, surge la participación ciudadana como medio para corregir tales desviaciones y si esa participación involucra a la mayor parte posible de la colectividad, la solución será más adecuada a los deseos mayoritarios, respetando en todo momento los derechos fundamentales como límites para proteger a las minorías.

De lo expuesto destaca una de las ventajas de la democracia electrónica: poner a disposición de las personas vías de acceso virtuales para hacer del gobierno de todos, un concepto más perceptible por los ciudadanos. Como lo expone Jean Rivero: la imposibilidad material que existía ayer de reunir a todos los ciudadanos de una nación grande para discutir y decidir juntos³⁰, podría estar mañana dentro del campo de lo posible gracias a las tecnologías de comunicación que le permitirán a todos el diálogo universal mediante una pequeña pantalla³¹.

Esta misma idea la expone Jean Ladrière cuando afirma que las formas de gobierno modernas plantean una especie de inmediatez del poder respecto de los individuos, donde la representación se acompaña del sueño tecnocrático de una movilización máxima de los instrumentos de comunicación permitiendo a todos los individuos la visión directa de todo lo que pasa, la expresión inmediata de opiniones y el conocimiento total de las motivaciones y las decisiones³².

29 RIVERO, Jean: "Introduction", *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative: Travaux des XII Journées d'études juridiques* Jean Dabin sous la direction de Francis Delpérée, Bruylant, Bruselas, 1986, p. 8.

30 Igualmente para Blaise Knapp, el tamaño de los Estados imposibilita la participación directa de todos. KNAPP, Blaise: "Principes et modalités de la démocratie directe", *op. cit.*, p. 75.

31 RIVERO, Jean: "Introduction"... *op. cit.*, p. 10.

32 LADRIÈRE, Jean, "Le citoyen, le pouvoir politique et l'administration. Réflexions sur la démocratie", en *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative, Travaux*

Lo anterior significa que los interesados en participar activamente, es decir, en tomar por sí mismos una parte del ejercicio del poder, bien sea al ser informados, permitirles el diálogo o inclusive formar parte en la toma de decisiones³³, de manera regular en el proceso político, tendrán la oportunidad que la tecnología les ofrece no sólo de observar sino también de un amplio acceso a lo que el Estado hace y propone, así como también, por qué y cómo lo hace y lo propone. En pocas palabras, se trata fundamentalmente de replantear la conexión ciudadano-Estado, al otorgarle mayor poder al pueblo³⁴. De allí que deba discutirse, como lo propone Peter Smith, cómo, las TIC, están alterando los espacios políticos al pasar de una democracia menos centrada en el Estado, a una democracia más interconectada por cuanto facilita la comunicación y la información entre los miembros de la sociedad, sin importar las distancias; abre espacios públicos alternativos en la web, dónde expresar y difundir sus ideas a más bajo costo, y promueve la participación y la movilización ciudadanas³⁵.

Al aumentar la cantidad de participantes mediante la disminución de simples representados, cuya relación con la expresión del poder está mediatizada por quienes fueron electos para actuar en su nombre³⁶, la democracia electrónica optimiza la calidad de las decisiones, permite una mayor comprensión de las políticas públicas por parte de los ciudadanos, normalmente receptores del producto terminado del proceso político y construye una relación sociedad-gobierno, más fuerte³⁷, puesto que los ciudadanos cuentan con un canal confiable y celeridad para ser escuchados, así como también, tienen la oportunidad de concurrir personal o virtualmente a la formación de la ley al excluir toda forma de sincretización y mediatización de la voluntad de los individuos³⁸.

Pero la participación que se espera como consecuencia de la democracia electrónica, si no está ofrecida con sinceridad en un espacio neutro de discusión de críticas constructivas para el desarrollo, pudiera ser parcial, dado que no sería extraño el surgimiento de espacios donde los ciudadanos no tuvieran que

des XIIes Journées d'études Jean Dabin, sous la direction de Francis Delperée, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 25.

³³ RIVERO, Jean: "Introduction"... op. cit., p. 13.

³⁴ MCGINNIS, Patricia: "Creating a Blueprint for E-Government", *The World of E-Government*, The Haworth Press, Inc., EEUU, p. 54.

³⁵ SMITH, Peter: "New Information Technologies and Empowerment: The Implications for Politics and Governance", *E-Government Reconsidered: Renewal of Governance for the Knowledge Age*, University of Regina, Canada, 2004, pp. 135-137.

³⁶ BOULOUIS, Jean: "Representation et participation dans la vie politique et administrative", *La participación directa del ciudadano a la vida política y administrativa: Travaux des XII Journées d'études juridiques Jean Dabin sous la direction de Francis Delperée*, Bruylant, Bruselas, 1986, p. 50.

³⁷ SIEW SIEW, Lim y YIN LENG, Low: "E-Government in Action: Singapore Case Study", *The World of E-Government*, The Haworth Press, Inc., EEUU, 2003, p. 29.

³⁸ BOULOUIS, Jean: "Representation et participation dans la vie politique et administrative", op. cit., p. 55.

escucharse o confrontar sus ideas obviando el pluralismo político que consagran expresamente los artículos 2 y 6 constitucionales.

La verdadera democracia no se refiere solamente a instaurar mecanismos institucionales adecuados a impedir los abusos del poder o a proteger las posiciones de los individuos y de grupos particulares. Se refiere esencialmente a establecer un lugar donde la colectividad³⁹ tenga la posibilidad de seguir una discusión auténtica sobre aspectos de la vida colectiva. Auténtica quiere decir abierta, donde los términos no se hayan dictado previamente, que no esté sometida a reglas relativas al contenido del objeto de la discusión ni a los designios de una autoridad. Para lograr este fin, se requieren garantías fundamentales relativas a la libertad de expresión, de asociación y a la libre disposición de sí⁴⁰.

Aquellos que operan en Internet pudieran crear áreas más reducidas para sí mismos y para los que piensan como ellos, bien por iniciativa propia o por indicación de una autoridad, por tanto, a menos que los ciudadanos se comprometan y se expongan a un amplio rango de puntos de vista contradictorios o simplemente diferentes, incluyendo opiniones que en principio no quisieran escuchar, no podrán tomar decisiones con fundamentos sólidos sobre aspectos políticos y sociales. Esta realidad no puede desconocerse al incluir TIC dentro de la actividad democrática porque es un hecho que éstas gozan, tanto del poder de crear espacios comunes para la búsqueda de soluciones previo consenso, como el poder de acentuar la fragmentación política y social y hacer desaparecer la capacidad de encontrar terrenos comunes⁴¹.

Otra desventaja que constituiría el uso excesivo de TIC para fomentar la participación, mediante una especie de legislación refrendaria, es que se podrían generar altos niveles de abstención ya que los ciudadanos han elegido a un grupo de representantes para que se dediquen de forma exclusiva a decidir por ellos, y en beneficio de ellos, de lo mejor manera posible, sin que se vea entorpecida frecuentemente su actividad cotidiana, de modo que sólo cuando se tratare de aspectos esenciales o que causen gran interés en la colectividad, sería conveniente poner en práctica la participación⁴² de los ciudadanos en los asuntos públicos, facilitándola, para quienes lo desearan, mediante el uso de TIC.

Basta imaginarse, a cualquier sujeto, en medio de su trabajo o durante sus ratos de esparcimiento, recibiendo mensajes de datos en su celular o en su correo electrónico con el fin de que se pronuncie respecto de determinado aspecto en discusión en el órgano legislativo nacional, estatal o municipal, o ante la toma de decisiones por parte de un órgano o ente administrativo, con

³⁹ LADRIÈRE, Jean, "Le citoyen... op. cit, p. 46.

⁴⁰ *Ibid*, p. 43. Igualmente: KNAPP, Blaise: "Principes et modalités de la démocratie directe", op. cit., p. 87.

⁴¹ SMITH, Peter: "New Information Technologies and Empowerment...", op. cit., p. 145.

⁴² RIVERO, Jean: "Introduction"..., op. cit., p. 14. Igualmente KNAPP, Blaise: "Principes et modalités de la démocratie directe", op. cit, p. 91.

respeto al ordenamiento jurídico, para deducir la reacción de agobio y consecuente abstinencia, que surgiría en el ciudadano.

En lo tocante a este tópico, Enrique Suárez-Íñiguez estima que “...*tener una computadora en casa y diariamente ejercer la ciudadanía a través de opiniones y votos me parece ridícula e inoperante... Por fortuna no todo en la vida es política y eso lo saben muy bien los ciudadanos comunes de todos los países*”⁴³.

La democracia electrónica no puede entenderse en el sentido de mantener constantemente participando a toda la población, ya que esto podría generar que un grupo preparado para ello lograra imponerse ante la falta de oportunidad del resto de participar. Lo que las TIC hacen es ofrecer la posibilidad de que las personas participen cuando lo deseen y desde donde lo deseen, y sólo cuando se tratare de aspectos de importancia común, bien en el ámbito local, regional o nacional. En este caso, el ciudadano decidirá si participa o no, bien a distancia, si se dan las garantías suficientes para tal fin, o dirigiéndose hasta el lugar en el que deba manifestar su opinión, en cuyo caso, la tecnología permitirá, por ejemplo, en el caso de procesos electorales, computar más rápidamente los votos, con la posibilidad, en este último caso, de hacer un recuento manual para comparar los resultados, por cuanto las papeletas quedarán resguardadas a diferencia del caso panameño donde estas son incineradas⁴⁴.

2. Mayor cantidad de participantes no implica mayor pluralidad. Retos para una participación plural

Para hacer factible el incremento de la participación, debe considerarse que la sociedad está compuesta por individuos de diferentes edades, culturas⁴⁵, niveles culturales y posibilidades de acceso a Internet.

43 SUÁREZ-ÍÑIGUEZ, Enrique: “La verdadera democracia. Las características indispensables”, Revista de Estudios Políticos, N° 127, CEPC, Madrid, 2005, p. 170.

44 Numeral 11 del artículo 278 del Código Electoral Panameño. Sobre este aspecto Juan Carlos Pérez afirma que este procedimiento de quemar los votos, “...*si bien pareciera a simple vista como una atrocidad...*”, en Panamá constituye “...*la garantía y seguridad que reviste el acta de mesa, como fiel reflejo de lo ocurrido en la misma y evita, de esta manera, escrutinios paralelos o posteriores dirigidos a desvirtuar el valor legal del acta*” (PÉREZ, Juan Carlos: “La magnitud de la causal de nulidad de elección y/o proclamación como requisito para su admisibilidad”, Mundo electoral. Electoral world, N° 7, Año 3, Tribunal Electoral de Panamá, Panamá, 2010, p. 31).

45 Al reconocer la existencia de diversos grupos étnicos o raciales se pueden tomar medidas para acordar a ciertos grupos sociales un tratamiento preferencial, es decir, políticas de discriminación positiva tendentes a restablecer la igualdad de oportunidades que se ha visto amenazada por prácticas racistas, sexistas, etc. (ERBA, Salvator: Une France Pluriculturelle: le débat sur l'intégration et les discriminations, Libro, Francia, 2007, p. 78) El Establecimiento de políticas de discriminación positiva cuenta con rango constitucional en Venezuela, como se desprende del numeral 2 del artículo 21 de la Constitución.

Por ello, para que la democracia electrónica surta el verdadero efecto de colocar al ciudadano en el papel protagónico de su realidad, debe contar con un medio de acceso a la participación, claro y preciso, de modo que los venezolanos sepan que han contactado con la institución pública correspondiente; debe ser plurilingüe, puesto que debe ofrecerse en las lenguas que manejen los ciudadanos que se verán involucrados en las consecuencias de las decisiones que hayan de tomarse⁴⁶, como podría ocurrir en caso de decisiones que afecten pueblos indígenas de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 constitucional; de fácil comprensión⁴⁷, ya que si se crea una forma de participación compleja, con una amplia red de opciones que lleven por caminos distintos, y adicionalmente son redactadas en un lenguaje ambiguo, las personas con menor cultura informática y de la tercera edad podrían quedar excluidas de la participación⁴⁸, con lo cual, en el último caso, se ignoraría la garantía constitucional de asegurar el pleno ejercicio de los derechos y garantías de los ancianos⁴⁹; plural, el espacio para la discusión deber estar diseñado de modo que ofrezca la convicción de que existe imparcialidad, sin alusiones a un partido político o ideología concreta puesto que la participación ciudadana exige pluralismo de opiniones y de partidos⁵⁰; y seguro⁵¹, ya que de por sí, toda situación nueva crea temor, bien sea de colocar datos privados al alcance público, de que la voluntad expresada sea manipulada para obtener un resultado distinto, o de que se genere algún perjuicio por mal uso del sistema tecnológico implementado para materializar la democracia electrónica.

46 En este mismo sentido, LIIKANEN, Erkki, “eGovernment: An EU Perspective”, The World of E-Government, The Haworth Press, Inc., EEUU, 2003, p. 79.

47 Al respecto, Blaise Knapp estima que para funcionar de forma correcta, los instrumentos de participación ciudadana suponen que los participantes tengan un nivel de instrucción suficiente para poder comprender las preguntas que se le propongan, las cuales, no deben ser ambiguas ni complicadas, sino simples, de modo que puedan ser respondidas en términos de sí o no. Sin embargo, advierte que entre los peligros de emplear estos instrumentos es que esos «sí» y «no» serán tratados de vender como jabones y con el mismo proceso de producción y mercadeo. (KNAPP, Blaise: “Principes et modalités de la démocratie directe”, La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative: Travaux des XII Journées d’études juridiques Jean Dabin sous la direction de Francis Delpérée, Bruylant, Bruselas, 1986, p. 93). En el mismo sentido crítico del mercadeo del voto durante las campañas electorales: SUÁREZ-ÍÑIGUEZ, Enrique: “La verdadera democracia. Las características indispensables”, op. cit., p. 168.

48 Por esta razón, Rosa Fernández se cuestiona si la aplicación de TIC al proceso democrático, especialmente al voto electrónico, es lo bastante accesible y claro “como para poder ser racionalizado por el cuerpo electoral, titular de la soberanía». FERNÁNDEZ, Rosa: “El voto electrónico: el caso vasco”, op. cit., p. 232).

49 Artículo 80 CRBV.

50 KNAPP, Blaise: “Principes et modalités de la démocratie directe”, op. cit., p. 87.

51 D’AURAY, Michelle: “The Dual Challenge of Integration and Inclusion: Canada’s Experience with Government Online”, The World of E-Government, The Haworth Press, Inc., EEUU, 2003, pp. 45-47.

En cuanto a la seguridad, es insoslayable recalcar la importancia que este elemento representa al incorporar TIC en cualquier relación jurídica, especialmente, en una situación de consecuencias tan universales como es la participación de los ciudadanos en la escogencia o revocación de cargos de sus autoridades y en general, en todos los asuntos públicos vinculados con la creación, modificación o supresión de normas legales y más aún, constitucionales.

El uso de TIC como medio para manifestarse es un concepto que puede llevarse a cabo sin necesidad de un sistema de seguridad muy avanzado, no obstante el escenario cambia cuando se trata, por ejemplo, más que del derecho a voz, del derecho a voto, “*en tanto que evento cumbre de todo proceso electoral*”⁵²; es decir, en sentido general, cuando la opinión de los ciudadanos debe ser tomada en cuenta con efectos vinculantes, sea ésta con fines electorales o normativos.

En estos últimos supuestos, las medidas de seguridad ofrecidas por el Estado deben ser extremas⁵³, al punto de que tal forma de actuar no sea practicada salvo que se logre implementar un sistema verdaderamente invulnerable o al menos más controlable que los métodos de participación manual tradicionales, sin lo cual, a lo máximo que podría llegarse es a una mixtura de los métodos a que se está acostumbrado con cierta anexión de TIC, pero sólo para segmentos del proceso democrático muy puntuales y sometidos a estrictos controles de calidad⁵⁴.

Esta conclusión es producto de la experiencia que existe en el ámbito privado, dónde el uso de las TIC ha sido mucho más generalizado, razón por la que ha venido evolucionando en un intento por disminuir el grado de vulnerabilidad ante ataques informáticos.

Un ejemplo de la actividad privada que sirve para ilustrar los riesgos que suponen los sistemas informatizados empleados para vincular una persona a un acto determinado, como podría ser el acto de votar, son las tarjetas de crédito.

La persona a quien se le asignó una tarjeta de crédito es la única autorizada para comprar bienes o contratar servicios con ella, de allí que todas las

52 PÉREZ, Juan Carlos: “La magnitud de la causal de nulidad de elección y/o proclamación como requisito para su admisibilidad”, Mundo electoral. *Electoral World*, N° 7, Año 3, Tribunal Electoral de Panamá, Panamá, 2010, p. 31.

53 Para Antonio Gomes, Coordinador de Tecnologías de Seguridad del Banco Mercantil de Brasil, quién ofrece el servicio está obligado a brindar seguridad sus usuarios. GOMES LEOCADIO, Antonio Ricardo: “La Evolución Tecnológica de las Amenazas digitales contra el servicio de Internet Banking Brasileño”, Seminario Internacional sobre Banca Electrónica y Delitos Informáticos, Caracas, 29 y 30 de octubre, 2009.

54 En cuanto a los riesgos de la votación electrónica, Rosa Fernández enumera los siguientes: “...controlar que los electores no usen la identificación de otros votantes, o que el “tabulador” de la urna electrónica registre los votos de forma correcta, sin omitir o duplicar ninguno; o incluso el riesgo que supone la transmisión de los resultados escrutados en una mesa al ordenador central, etc. En definitiva, se estaría produciendo una amenaza de fraude o manipulación técnica, de complicado control...”. FERNÁNDEZ, Rosa: “El voto electrónico: el caso vasco”, op. cit., p. 231).

transacciones que se efectúen con dicho instrumento financiero le serán cargadas a su titular, independientemente de quién las realice. Así mismo, para votar, se le pudiera asignar a una persona una tarjeta⁵⁵, de modo que el voto que se genere con el uso de esa tarjeta le sería imputado a su titular, al igual que en el caso de las tarjetas de crédito, independientemente de quien lo efectúe. Como puede advertirse, los riesgos no están descartados.

En consideración de la realidad plasmada en el párrafo anterior, la tarjeta de crédito ha tenido que ir transformándose progresivamente, pasando por la tecnología de la banda magnética hasta llegar actualmente al uso del chip⁵⁶, a objeto de dificultar que terceros no autorizados puedan valerse de ella para imputar consumos realizados por ellos a los verdaderos autorizados al efecto. Sobre este tópico, explicó el Intendente de Inspección de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (Sudeban), Julio César Pérez, que durante el 2008, sólo en cuanto al fraude electrónico, se presentaron 3.983 denuncias ante Sudeban⁵⁷, con lo cual no sólo se incorpora un riesgo para el ciudadano sino que también se pone en juego la credibilidad de quien ofrece dicha tecnología⁵⁸, que en el caso de la tarjetas de crédito es el banco, pero en el supuesto de la democracia electrónica, sería el propio Estado.

Así mismo, si la democracia electrónica no quiere ser una forma de exclusión de quienes no tienen acceso a las TIC, y en consecuencia correr el riesgo de constituirse en un instrumento para legitimar el tratamiento desigual de los ciudadanos en franca violación del artículo 21 Constitucional, no debe constituirse en la única vía para la interacción Estado-ciudadanos, sino que debe ser simplemente un medio más por el cual se puede participar. Así mismo, esta participación debe ser moderada en cuanto al número de oportunidades para intervenir, ya que de lo contrario, la opinión de un grupo pudiera primar sobre el resto del colectivo⁵⁹ y lo que se pretende es justamente lo contrario, dar oportunidad de ser oídos a todos aquellos que deseen expresar su opinión.

⁵⁵ Igualmente pueden crearse sistemas sin tarjetas basados simplemente en el uso de claves o bajo el uso de la biometría como el reconocimiento facial, de voz, iris o de huellas dactilares, no obstante, cada uno de estos métodos presentan riesgos que deben ser analizados en profundidad antes de tomar cualquier decisión.

⁵⁶ De acuerdo con el Presidente de la Asociación Bancaria Nacional, Víctor Vargas, esta tecnología se incorporará a la banca venezolana a partir de junio de 2010. VARGAS, Víctor: "Acto de Instalación", Seminario Internacional sobre Banca Electrónica y Delitos Informáticos, Caracas, 29 y 30 de octubre, 2009.

⁵⁷ PÉREZ, Julio C. "Acto de Instalación", Seminario Internacional sobre Banca Electrónica y Delitos Informáticos, Caracas, 29 y 30 de octubre, 2009.

⁵⁸ MERCED, Ángel: "Cómo MasterCard Protege los Datos del Tarjetahabiente", Seminario Internacional sobre Banca Electrónica y Delitos Informáticos, Caracas, 29 y 30 de octubre, 2009.

⁵⁹ Así ocurrió con el proyecto Minnesota E-Democracy. Según explica Lincoln Dahlberg, en Minnesota, EEUU, se creó un ciberforo para discutir problemas regionales. Al contabilizar la cantidad de comentarios (*posts*) y el número de usuarios se determinó que había un grupo monopolizando las discusiones, dado que el objeto de la democracia electrónica es incluir ciudadanos en términos igualitarios, se creó la regla de sólo dos comentarios por día, con lo cual, si bien se

III. La democracia instantánea: una promesa de las TIC

Además, la democracia electrónica puede ser instantánea o al menos sin limitaciones temporales, porque los ciudadanos tienen la posibilidad de participar, bien en la toma de decisiones, o en su supervisión, en el mismo momento durante el cual se están discutiendo las diferentes opciones, así como también expresarse y recibir respuestas durante cualquier hora del día, porque otra de las ventajas de las TIC, y especialmente de Internet, es que siempre está disponible. Pero democracia instantánea no quiere decir automática, ya que toda decisión debe pasar antes por un proceso reflexivo⁶⁰, el cual se ve garantizado por la discusión previa y la participación de la mayor cantidad de personas y grupos con opiniones y necesidades variadas, sin olvidar la insoslayable participación de los expertos⁶¹ que formulen propuestas respecto de las cuales puedan incorporarse las opiniones del soberano, ya que son los titulares de la soberanía quienes se verán sometidos al cumplimiento de la normativa resultante.

Esta característica de la disponibilidad permanente (24 horas al día los 7 días de la semana durante todo el año) de Internet, como medio de intercomunicación Estado-ciudadano durante la totalidad del lapso dentro del cual se desarrolla el proceso de toma de decisiones⁶², no sólo hará más fácil la participación democrática sino que cambiará la manera en que las personas conciben el gobierno⁶³. El sólo hecho de poder hacerse sentir desde cualquier parte del país, y a cualquier hora, sin tener que desplazarse hacia los centros de toma de decisiones, con la seguridad de ser tomado en cuenta, crea el efecto de ampliación de la esfera pública hacia los ciudadanos, quienes desde la comodidad de su hogar, trabajo, instituto educativo o en general, cualquier área donde se sientan cómodos, observen que es el Estado quien llega a ellos, ofreciéndoles la posibilidad de intervenir.

redujo la cantidad de comentarios, se aumentó la cantidad de participantes. No obstante, aún se mantiene un grupo de ciudadanos que dominan el escenario, como se pudo comprobar al revisar el ciberforo entre el 23 de octubre de 1998 y 22 de octubre de 1999, periodo durante el cual el 10 % de los participantes (28 de 276) presentaron más del 75 % de los mensajes. DAHLBERG, Lincoln: "Extending the Public Sphere through Cyberspace: The Case of Minnesota E-Democracy", *First Monday*, Vol. 6, N° 3, Disponible en: <http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/838/747>, 2001.

⁶⁰ Al tomar decisiones refrendarias mediante el gobierno electrónico, sin pasar por un proceso de análisis previo, pudiera ocurrir que las decisiones que se tomaren en caliente al día siguiente de un hecho que, exagerado por los medios de comunicación, hubiere alienado la opinión pública, resultare en una normativa que fuere reflejo de la rabia en lugar de la prudencia. RIVERO, Jean: "Introduction", op. cit., p. 18).

⁶¹ Sobre la importancia de la participación de expertos en el proceso de toma de decisiones altamente técnicas: SUÁREZ-ÍÑIGUEZ, Enrique: "La verdadera democracia..." op. cit., p. 163.

⁶² MAINETTI, Stefano y MAZZUCCO, Marco: "e-Government: una visione in evoluzione", op. cit., p. 34.

⁶³ LIIKANEN, Erkki; "e-Government: An EU Perspective", op. cit., p. 68.

Por esto se puede afirmar que la democracia electrónica transforma la concepción de la democracia que posee el ciudadano, ya que no es él quien busca al Estado para participar, para ser protagonista de su destino político, sino que es el propio Estado quien pone a su alcance herramientas para que desempeñe el rol protagónico que consagra la Constitución.

IV. La inclusión: el reto más grande de la democracia electrónica

Pero no todo es tan simple como parece. Sería iluso pretender que la incorporación de TIC a la democracia acercaría el poder a toda la población, puesto que tener al menos una computadora y contratar un servicio de Internet es, para muchos, un lujo que está lejos de alcanzar. Esto es lo que se conoce como brecha digital, es decir, la existencia de personas con derecho a participar en la actividad democrática pero que por poseer alguna discapacidad⁶⁴, no disponer de recursos económicos suficientes o por vivir en áreas rurales sin cobertura de Internet⁶⁵, están en desventaja respecto de quienes cuentan con todos los elementos indispensables para disfrutar de las ventajas de la democracia electrónica. De allí que hay quien afirma que la democracia electrónica puede favorecer únicamente a los ciudadanos con mayores ingresos, por lo que no todas las voces serían oídas⁶⁶, razón por la cual, la democracia electrónica solamente se justificaría, si se garantizaran los derechos fundamentales, entre ellos, la inclusión informática⁶⁷.

Como solución al aspecto económico de este problema, determinante del éxito o fracaso de la democracia electrónica⁶⁸, han surgido entre otras iniciativas

⁶⁴ El artículo 81 de la Constitución consagra el derecho de toda persona con discapacidad a su integración comunitaria y a expresarse y comunicarse mediante la lengua de señas venezolanas. Sobre este aspecto, pero en especial referencia a las personas con discapacidad visual, Carmen Velarde comenta que para ellos, existen programas informáticos mediante los cuales la computadora escribe lo que la persona dice por un micrófono. Además, también existen programas que hacen posible a los invidentes, conocer la información de que se encuentra en la red mediante su lectura, bien mediante un sistema de sonido. Esta tecnología, continúa, debería ser empleada por centros de educación de todos los niveles, así como también por las bibliotecas públicas, las cuales deberían contar con un mínimo de equipos para hacer de esto una realidad tangible. VELARDE KOEHLIN, Carmen: "Hacia una Democracia Digital, Propuestas de Aplicación", *Revista de Derecho Informático*, N° 28, Alfa-Redi. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=573>, 2000.

⁶⁵ LIIKANEN, Erkki: "e-Government: An EU Perspective", op. cit., p. 69.

⁶⁶ SMITH, Peter: "New Information Technologies and Empowerment..." op. cit., p. 145.

⁶⁷ RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago: "Democracia eletrônica e direitos fundamentais na sociedade da informação: desafios para o governo eletrônico no Brasil", *Revista de Derecho Informático*, N° 113, Alfa-Redi. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9894>, 2007.

⁶⁸ En este sentido, estamos de acuerdo con Liikanen, para quien la democracia electrónica será un rotundo fracaso si sólo tiene como destinatarios a quienes pueden costearse el acceso a Internet y tienen habilidades en el uso de la tecnología. LIIKANEN, Erkki: "e-Government: An EU Perspective", op. cit., p. 84.

la fórmula del servicio universal mediante la cual se imponen cargas u obligaciones a ciertos servicios públicos como las telecomunicaciones, donde queda comprendida Internet, para hacerlas llegar a todos los sectores aún cuando no se obtengan ganancias por la prestación de ese servicio en esa área determinada⁶⁹. Así mismo, se han creado los Infocentros, como servicios informáticos garantizados por el Estado con el fin de permitir el acceso universal a la información⁷⁰, es decir, para ofrecer acceso a las TIC a quienes no pueden costearse el equipo y servicio necesarios al efecto. Este, es tan sólo un paso, porque la incorporación masificada de los ciudadanos al uso de nuevas tecnologías requiere educación.

Mientras más personas sepan cómo acceder a las TIC y las ventajas que les reportarían, habrá mayor participación por estos medios. Ello responde a lo que se ha llamado alfabetismo informático (*information literacy*⁷¹) o conocimiento de la informática. Este concepto supone que el alfabetizado informático es capaz de reconocer cuándo se necesita información y tiene la habilidad de localizar, evaluar y usar efectivamente la información requerida⁷².

La alfabetización informática no es simplemente un deber que el Estado asumirá como instrumento al servicio de la sociedad, sino que es parte integrante del derecho fundamental a la educación, reconocido en el artículo 102, razón por la cual, debe concluirse que la educación informática, como especie del género educación⁷³, también es un derecho fundamental⁷⁴.

La importancia de la educación en el manejo de las TIC, como respuesta al aspecto social de la brecha digital, es de tal entidad que el artículo 108 de la

69 Este es un problema universal cuya importancia es tal, que por ejemplo, en Nueva Zelanda el Ministerio de Desarrollo Económico creó, entre otras iniciativas, seis programas pilotos regionales de acceso a Internet por banda ancha, con la coparticipación de las autoridades locales, el Ministerio de Agricultura y Tierras y el Ministerio de Educación e Industrias con el objeto de identificar y desarrollar demanda suficiente para incentivar a los prestadores de servicios de Internet a extender su infraestructura, desde las zonas con mayor desarrollo urbano hasta otras menos avanzadas. BOYLE, Brendan y NICHOLSON, David: "E-Government in New Zeland", The World of E-Government, The Haworth Press, Inc., EEUU, 2003, p. 99.

70 Artículo 108 CRBV.

71 BRAAKSMA, Betty: "A Million Hits Won't Get you Far: Information Literacy and the Engaged Citizen", E-Government Reconsidered: Renewal of Governance for the Knowledge Age, University of Regina, Canada, 2004, p. 151.

72 AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION: Presidential Committee on Information Literacy. Final Report, Chicago, American Library Association. Disponible en: <http://www.ala.org/ala/mgrps/divs/acrl/issues/infolit/standards/using/infolit-highered.pdf>, 1989.

73 Al igual que la educación ambiental, la educación ciudadana no formal, de la lengua castellana, la historia y la geografía de Venezuela, así como los principios del ideario bolivariano, previstos en el artículo 107 constitucional.

74 Así mismo, en Perú, Carmen Velarde Koechlin afirma que: "El Estado debe velar porque no existan analfabetos electrónicos. Dado que todas las personas tienen derecho a la educación, se entiende que cada individuo debe acceder a una enseñanza básica, la que evidentemente, incluirá el conocimiento de la informática". VELARDE KOEHLIN, Carmen: "Hacia una democracia digital...", op. cit.

Constitución impone a todos los centros educativos la incorporación del conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías y de sus innovaciones, y reitera en el artículo 110, que el Estado reconocerá el interés público de la tecnología, sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país⁷⁵.

Pero este aspecto no sólo debe considerarse respecto de los ciudadanos. Para incorporar los centros de decisión política al sistema de la democracia electrónica, además de dotarlos de la tecnología pertinente debe crearse un programa de formación técnica y entrenamiento⁷⁶ para que los funcionarios que estén a cargo de los sistemas tecnológicos implantados para generar democracia electrónica puedan atender las demandas de los ciudadanos con las destrezas necesarias para que ésta sea una opción considerable al momento de valorar o decidirse a participar.

De nada sirve educar a los ciudadanos en el uso de TIC si los funcionarios públicos no cuentan con los conocimientos básicos en el manejo de la tecnología, ello simplemente sería trasladar los fallos de los funcionarios del mundo real al mundo virtual, con el mismo perjuicio para quien pretende hacer uso de cualquier sistema de democracia electrónica que se instaure.

V. La transparencia

La democracia electrónica, así como la democracia materializada por medios tradicionales permite el derecho constitucional a la asociación de personas con fines políticos⁷⁷. Pero tal derecho ya no supone ser ejercido mediante reuniones, discusiones y propuestas generadas en un espacio físico donde los integrantes de las organizaciones se encuentren de cuerpo presente, sino que pueden darse en un entorno virtual, con posibilidad de acceso de todos aquellos que quieran participar, siempre que la asociación lo decida así, mediante la publicación de mensajes bien para ser leídos y discutidos inmediatamente o para hacerlo *a posteriori*.

Estas organizaciones, en tanto que medios esenciales de acción y de expresión en una sociedad democrática⁷⁸, juegan un papel importante, porque entre sus constantes reclamos está el exigirle al Estado actuar con menos

⁷⁵ En el mismo sentido RICO CARRILLO, Mariliana: “La consagración del derecho de acceso a la tecnología en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999”, *Revista de Derecho Informático*, N° 55, Alfa-Redi. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1379>, 2003.

⁷⁶ LIIKANEN, Erkki; “e-Government: An EU Perspective”, op. cit., p. 82.

⁷⁷ Artículo 67 CRBV.

⁷⁸ D’ESTAING, V. Giscard: *Democratie française*, Librairie Arthème Fayard, París, 1976, p. 90.

secretos, vale decir, de forma más transparente,⁷⁹ y la transparencia es la primera etapa en la marcha hacia la participación⁸⁰.

Actuar con mayor transparencia implica, "...hacer cada procedimiento más traslúcido, pues, teniendo permanentemente abierta la puerta a todos los órganos formales de control, todo se coloca en una VITRINA para la Contraloría Social"⁸¹, puesto que la democracia se define, sobre todo, como la sujeción del gobierno a controles que pueden provenir tanto del mismo Estado como del pueblo⁸².

En este orden de ideas, la democracia electrónica supone la participación ciudadana mediante herramientas tecnológicas, pero no sólo para opinar, sino también para supervisar, para controlar la actividad de sus representantes mediante la observación directa, cuando fuere posible, del proceso de toma de decisiones⁸³. De esta manera la Constitución se integra en la tendencia mundial de fortalecer la relación Estado-sociedad mediante la transparencia y permitir un control de la representatividad al imponer la rendición de cuentas⁸⁴, incluso, por vía electrónica.

La actividad de control puede tomar nuevos auges con las TIC. Verbigracia, acceder en línea a documentos públicos con el objeto de conocer detalles sobre las contrataciones públicas y poder hacer tempestiva y fácilmente las denuncias pertinentes ante los órganos a los que corresponda.

79 SMITH, Peter: "New Information Technologies and Empowerment...", op. cit., p. 141. Asimismo, Manuel Feo La Cruz considera que el derecho al control de los representantes electos puede generar nuevas organizaciones de la sociedad civil para hacer efectivo tal derecho. FEO LA CRUZ, Manuel: "Los derechos políticos en la nueva Constitución venezolana", en Memoria Política, núm. 7, Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Valencia -Venezuela-, 2002, p. 106.

80 DELPÉRÉE, Francis: "Conclusions générales", La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative: Travaux des XII Journées d'études juridiques Jean Dabin sous la direction de Francis Delpérée, Bruylant, Bruselas, 1986, p. 364.

81 MORALES LAMUÑO, Luisa E.: "Palabras", Apertura de las actividades judiciales del año 2008, (Serie eventos N° 26), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, p. 31.

82 BREWER-CARIAS, Allan: "Sobre el Derecho a la democracia y el control del Poder", en: AGUIAR, Asdrúbal: *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia Interamericanos. La Libertad de expresión, piedra angular de la Democracia*, editorial jurídica venezolana, Caracas, 2008 p. 21. Igualmente AGUIAR, Asdrúbal: *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia Interamericanos. La Libertad de expresión, piedra angular de la Democracia*, editorial jurídica venezolana, Caracas, 2008, p. 161.

83 Para Enrique Suárez-Iñiguez, la democracia es un proceso de tres fases. "La tercera fase consiste en el cumplimiento de las funciones para las que fue elegido un gobierno y en los mecanismos de control de los ciudadanos sobre él. Es la fase decisiva". SUÁREZ-IÑIGUEZ, Enrique: "La verdadera democracia. Las características indispensables", op. cit., p.168. Sin la posibilidad real de controlar a quienes fueron elegidos, ese pretendido gobierno del pueblo sería simplemente una ilusión porque de nada sirve tener la posibilidad de elegir a alguien para que me represente si luego no puedo limitar, modificar o anular lo que haga.

84 LEÓN ALVAREZ, María Elena: "La rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos en el nuevo orden constitucional venezolano", op. cit., p. 147

Al resultar económico mantener información relevante en Internet, los ciudadanos podrán estar enterados, con mayor celeridad y sin dificultad, de todo tipo de datos que le interesen como miembros del grupo social vinculado con determinadas decisiones. Así, por ejemplo, pudiera ocurrir que a los vecinos de una comunidad les interesaría saber por qué se contrató con una empresa determinada para prestar un servicio en particular y no con otra, que a juicio de cierto grupo social hubiera podido prestar un mejor servicio por el mismo costo u otro similar y en consecuencia, les sería de gran utilidad acceder a los documentos vinculados con la contratista y con el proceso de contratación pública correspondiente.

Igualmente, pero ya no en el terreno de las suposiciones sino en el ámbito de la experiencia nacional, cabe destacar el *link* de la página web del Tribunal Supremo de Justicia, puesto en funcionamiento en 2008, mediante el cual, los proveedores pueden conocer el estado de los trámites en curso y seguir el proceso de pago de los compromisos adquiridos por el Máximo Tribunal sin necesidad de entrar en contacto con los funcionarios⁸⁵, lo cual, si bien entra en el campo del gobierno electrónico más que en el de la democracia electrónica, sirve a los efectos de ilustrar la importancia de la transparencia en los procesos públicos.

VI. Conclusión

La democracia electrónica no es una ilusión en la mente de teóricos, es un deber del Estado garantizado por el artículo 110 de la Constitución, en concordancia con el artículo 62 *eiusdem*, cuyo objeto principal es aumentar la participación política y ciudadana, al ofrecer vías de acceso al ejercicio de los derechos políticos, y a la actividad del Poder Público, más céleres, cómodas y económicas.

Pero la democracia electrónica no sólo significa ofrecerle al ciudadano la opción de continuar participando como lo había venido haciendo, pero ahora por medio de Internet, la intención que la sustenta es transformar la manera de hacer democracia, al pasar de la mera representación al protagonismo que le corresponde y que consagra la Constitución, sin exagerar en la frecuencia de participación ya que esto sólo acarrearía abstención puesto que para ello los ciudadanos han escogido a quienes se encargarán de tomar las decisiones que más les favorezcan de acuerdo con la Constitución.

Masificar la participación es un primer paso para la transformación democrática. Ese paso debe darse con la firmeza que la pluralidad ofrece. Mientras mayor sea la inclusión de distintas perspectivas, y siempre que se consiga un consenso acorde con los principios constitucionales y especialmente

⁸⁵ MORALES LAMUÑO, Luisa E.: “Palabras”, op. cit., p. 31.

con los derechos fundamentales, más legítima y sólida será la decisión que se tome.

Para incrementar la participación, la democracia electrónica ofrece la ventaja de permitir que gran cantidad de personas interactúen sin que los límites, físico y temporal, sean relevantes. De allí que la comodidad, materializada en el hecho de que el Estado es quien se acerca al ciudadano para que participe desde el lugar y en el momento en que éste último lo estime, sea un valor agregado por las nuevas tecnologías a la democracia.

Por último, no puede concluirse este esbozo de la democracia electrónica sin aceptar, con el mayor realismo posible, los obstáculos que innegablemente deben vencerse para que ésta se cristalice. La vulnerabilidad de las TIC, la falta de educación informática, el costo de los equipos tecnológicos y de los servicios de telecomunicaciones, así como también la falta de tales servicios de información y telecomunicaciones en todos los rincones del país, dificultan la participación de no pocos ciudadanos cuyas necesidades responden a condiciones muy diferentes.

No obstante, ninguna de esas razones son determinantes para frenar el proceso evolutivo de las nuevas formas de interrelación humana en entornos virtuales, ya que las ventajas aportadas por ellas también son innegables. Oponerse a formar parte de la pangea virtual implicaría dejar al Estado en un lugar apartado del resto del mundo cuya tendencia es hacia la mayor incorporación de tecnología en cada una de las actividades diarias.

En otras palabras, la tecnología implica riesgos pero ninguno tan grande como el aislamiento que podría experimentarse si los avances de la ciencia y la tecnología no se incorporan oportunamente a la actividad del hombre.

La autorregulación de la publicidad relativa a apuestas y juegos virtuales: una aproximación desde la perspectiva española

David López Jiménez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Nuevos tiempos para la publicidad: el fenómeno de la autorregulación. 1. Concepto y caracteres. 2. Presupuestos constituyentes. 3. La integración de la ética en el mensaje comercial. III. La publicidad virtual relativa a juegos y apuestas. 1. Breve aproximación al contrato de juego y apuesta. 2. Regulación legal imperante. 3. La autorregulación como complemento idóneo. 3.1. Manifestaciones en el juego virtual. 3.2. Modalidades. 3.3. Similitud funcional con ciertas figuras vinculadas con la certificación. 3.4. Procedimiento en virtud del que se canaliza la autorización de uso. IV. Conclusiones.

Resumen

El imparable avance de las nuevas tecnologías da lugar a que una parte relevante de los sectores económicos tengan que modificar sus estructuras. En este sentido, entre otros aspectos, alterarán las formas de relacionarse con sus destinatarios para no perder el nivel de transacciones consolidado con respecto a sus competidores. Todo cuanto planteamos es observable en las apuestas y juegos *on-line*. Estas actividades pasaron, en relativamente poco tiempo, de resultar excesivamente rudimentarias a ser sumamente complejas –en gran medida como consecuencia de Internet-. La misma evolución se ha protagonizado por la publicidad realizada sobre el particular que, sin embargo, ha carecido de una regulación adecuada. Para suplir las lagunas de la misma, la industria publicitaria se ha autorregulado. El resultado alcanzado es especialmente sugerente.

Palabras clave: apuestas virtuales; Internet; juegos; negocios; publicidad.

Recibido: 9/8/2011 • Aceptado: 8/9/2011

* Doctor (con mención europea) en Ciencias Económicas y Empresariales; Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho; Grupo de Investigación de Excelencia SEJ-138 GITICE –Universidad de Huelva (España)-; dlopezjimenez@gmail.com; dlopez3@us.es.

Abstract

The unstoppable advance of the new technologies leads a modification in the structures of an important part of the economic sectors. In this sense, among other things, they will change the ways they use to communicate with their receivers, in order not to lose the level of the consolidated transactions with respect to their competitors. All we are saying is observable in the online betting and gaming. These activities have passed, in a relatively short time, of being too rudimentary to extremely complex, largely as a consequence of Internet. The same evolution has occurred in the advertising of these activities, and, however, it has lacked the proper regulation. To resolve this problem, the advertising industry has self-regulated. The result achieved is especially interesting.

Keywords: online betting; Internet; games; business; advertising.

I. Introducción

La condición jugadora que acompaña al ser humano, desde tiempo inmemorial, fue destacada por Johan HUIZINGA. Este último, catedrático en Grominga y Leyden, publicó en 1938, *Homo Ludens*, una obra maestra sobre la materia. En este magistral trabajo, el autor determinó que el juego es una función humana tan relevante como el trabajo y la reflexión. Además, según dispuso, debe considerarse que tanto la génesis como el desarrollo de la cultura tienen un marcado carácter lúdico. De hecho, podría llegar a afirmarse que el juego precede a la propia cultura.

El éxito que el juego ha protagonizado, como actividad de ocio, está estrechamente relacionado con un importante sector económico con fuerte presencia a nivel internacional. El sector que comentamos, qué duda cabe, se ha visto convulsionado por las elevadas posibilidades de interacción que ofrecen las nuevas tecnologías. De hecho, en virtud de la Red, puede soslayarse una de las premisas tradicionalmente inherentes a este tipo de actividades. Nos referimos al principio de territorialidad ligado a la presencia simultánea de los jugadores en el momento de realizarse el juego y/o apuesta. En suma, todo el escenario decimonónico, que en el pasado ha rodeado a este tipo de actividades, se ha visto sustancialmente alterado como consecuencia de Internet. Como veremos, a fecha de hoy, puede apostarse sobre prácticamente todo –así, entre otros, eventos deportivos, económicos y políticos-, en numerosos portales virtuales que pueden estar radicados en diferentes espacios del mundo. En esas actividades lúdicas ejerce una incidencia muy significativa la promoción que en relación a las mismas se acomete en la Red.

La publicidad virtual relativa al juego no es, en modo alguno, una actividad neutra, dado que sus efectos, aunque conscientemente no lo pretendan, trascienden al individuo y a la comunidad a la que deben servir. Es esta potencialidad y trascendencia la que justifica la necesidad de insertarla en el mundo del Derecho y de la Ética. A esto último contribuye, como veremos, el fenómeno de la autodisciplina.

La ingente cantidad de anuncios publicitarios que sobre juegos y apuestas *on-line* impera en la Red, paradójicamente, contrasta con la limitada regulación a propósito del particular. Es más, en relación a esta materia, parece que existe una elevada impunidad jurídica.

El panorama internacional que, sobre este extremo, existe, resulta extraordinariamente divergente. En efecto, como veremos, hay países que han aprobado normas de carácter prohibitivo o restrictivo de este tipo de juegos –caso de los Estados Unidos–, junto a otros que, más allá de tolerarlos, propician su fomento –así, entre otros, Principado de Liechtenstein y Antigua–. Junto a ambos extremos, existen otros países que carecen de regulación al respecto, mientras que otros han aprobado una ordenación que busca garantizar una elevada protección para el consumidor, sin obviar la promoción de esta modalidad de actividades. En esta última situación, entre otros, se encuentran España, Reino Unido y Malta.

Prestaremos especial atención a la regulación legal de la publicidad de este tipo de actividades. Si bien nos centramos en el ámbito concreto de España, tal aspecto no será óbice para que nos ocupemos, de manera somera, de la situación que se plantea en otros Estados.

Dadas las limitaciones inherentes que la regulación del juego *on-line* presenta, la propia industria se ha autorregulado. En virtud de la misma, se han aprobado interesantes herramientas que complementan la normativa imperante. Se tratan, por un lado, de los códigos de buenas prácticas aprobados al respecto y, por otro, de los sellos de calidad sobre la materia. Ambos instrumentos se encuentran estrechamente vinculados, pues, en algunas ocasiones, el logotipo de calidad acreditará el cumplimiento de un código de conducta, si bien no siempre será así.

II. Nuevos tiempos para la publicidad: el fenómeno de la autorregulación

Seguidamente, definiremos el concepto de la autorregulación en el escenario publicitario, poniendo de manifiesto sus presupuestos constituyentes, sin olvidar sus prerrogativas. A continuación, nos ocuparemos de la necesaria integración de la ética en la publicidad relativa al juego *on-line*.

1. Concepto y caracteres

La publicidad es un instrumento competitivo¹, de los más significativos de la sociedad contemporánea², que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado³. Es un claro ejemplo de información asimétrica. La exigencia de que la información sea veraz permite reprimir las expresiones publicitarias que incluyen alegaciones falsas, suponiendo, de este modo, un abuso de la asimetría en la información entre anunciante y receptor del mensaje comercial⁴. Debe 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 colectiva⁵.

Representa un fenómeno característico de la sociedad actual. 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. La mala publicidad –que no cumpla

1 ROMERO GIMÉNEZ, M. “Publicidad engañosa”. En *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 163 y sigs.

2 ALPA, G. *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, Bolonia, 1986, p. 123; SUÁREZ VILLEGAS, J.C. y PÉREZ CHICA, M.A. *La publicidad al desnudo*, Editorial Mad, Sevilla, 2002, p. 9.

3 FERNÁNDEZ NOVOA, C. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, 1968, p. 14; TALLÓN GARCÍA, J. *Curso de Derecho publicitario*, Insade, Valladolid, 1972, p. 39; OTERO LASTRES, J.M. “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 4, 1977, p. 114; DE LA CUESTA RUTE, J.M. *Lecciones de Derecho de la Publicidad*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 32 y sigs; FERNÁNDEZ NOVOA, C. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”. En *Estudios de Derecho de la Publicidad (Homenaje a la Facultad de Derecho ó Autor Dr. Carlos Fernández Novoa)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 58; SANTAELLA LÓPEZ, M. *El nuevo Derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 49 y sigs.; PORTELLANO DÍEZ, P. *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, p. 536; ARMSTRONG, S. *La publicidad en Internet. Cómo se transmite su mensaje a través de la World Wide Web*, Ediciones Deusto, Bilbao, 2002, p. 136; FARRÉ LÓPEZ, P. “El derecho de rectificación en el ámbito de la publicidad comercial”. En *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2003, p. 837; PARDO LÓPEZ, M.M. “Artículo 3”. En LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (Coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Thomson Reuters y Civitas, Navarra, 2009, p. 65.

4 Sobre este particular, MORALES MORENO, A. M. «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)”. En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 680.

5 TATO PLAZA, A. “La explotación publicitaria de los sentimientos y el derecho de la competencia desleal: el caso “Benetton”, *Derecho de los Negocios*, núm. 44, 1994, pp. 13-17.

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 regulación normativa –o heterorregulación- y la autorregulación –o disciplina de la propia industria-.

Entre los diversos canales de comunicación en los que la publicidad relativa a las apuestas y juegos se difunde, existe uno que recientemente está desmarcándose frente a todos los demás. Nos referimos a Internet. En efecto, la publicidad sobre tales productos realizada en tal medio, está creciendo⁶ –y presumiblemente, pese a la crisis económica, lo continuará haciendo en el futuro- a un ritmo notablemente mayor que la difundida en los demás soportes.

En cuanto a las formas en las que se plasman este tipo de mensajes comerciales, cabe referirse, esencialmente, a tres grandes grupos. En primer lugar, las comunicaciones comerciales en línea. En virtud de las mismas, que se materializarán en *banner* y ventanas emergentes masivas, posicionadas en sitios Web no necesariamente dedicadas al juego, se tratará de redireccionar a sus destinatarios a los servicios de juegos y/o apuestas *on-line*⁷. En segundo lugar, las promociones de ventas. Estas últimas –que incluyen numerosas modalidades de descuentos, ciertas ofertas especiales, concursos, juegos promocionales y obsequios-, constituyen una sugerente herramienta versátil que ostenta la facultad de adaptarse a múltiples circunstancias⁸. En el caso concreto que sometemos a examen, una modalidad de promoción de ventas relativamente habitual es el recurso a los bonos de registro y depósito. Esta última consiste en que, cuando el jugador se registra abriendo la correspondiente cuenta, el jugador es obsequiado con una determinada cantidad pecuniaria o, en el caso de realizar ingresos adicionales, recibe fondos extra. Finalmente, los empresarios dedicados a las apuestas y/o juegos *on-line*, podrán recurrir a las

6 Se trata de un sector que en 2008 registró, según H2 *Gambling Capital*, unos ingresos medios superiores a los 6.100 millones de euros.

7 Si bien no encajan en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico –DO L 178 de 17.07.2000-, sí entran, sin embargo, en el espacio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales –DO L 149/28 de 11.06.2005-. Además, en la medida en que el uso de las comunicaciones comerciales sobre juegos y apuestas *on-line*, conlleve la recogida y el tratamiento de datos personales, también en el de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos –DO L 281 de 23.11.1995- y la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas –DO C 113 E de 14.5.2002-.

8 Las promociones de ventas sobre juegos y apuestas *on-line* están reguladas por la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales –DO L 149/28 de 11.06.2005-, así como por la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos –DO L 281 de 23.11.1995- y la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas –DO C 113 E de 14.5.2002-.

conocidas estrategias de marketing directo. Nos referimos a la remisión de publicidad a través del correo electrónico y/o teléfono⁹.

Ahora bien, no todo son valoraciones de marcado carácter positivo, dado que, precisamente, se plantean problemas a efectos de regulación. Si bien sería deseable, y también oportuno, un férreo control de toda la publicidad sobre juego virtual, la realidad pone de manifiesto que, en la actualidad, no es posible. En todo caso, debe ser la propia Red la que, en virtud de la autorregulación, determine tanto un cierto incremento del nivel de responsabilidad de toda la industria del juego como de la protección de los consumidores y/o usuarios eventualmente interesados en tal actividad lúdica.

El control de contenidos en la Red constituye una cuestión de primer orden que suscita nuevos retos para el Derecho e, indiscutiblemente, para las empresas que operan en este medio cual es Internet¹⁰. La forma en la que tradicionalmente se ha abordado este problema, lamentablemente, falla en la Red. En efecto, los Estados ya no pueden actuar en solitario para hacer frente al control de los materiales que circulan por un medio de comunicación que no conoce fronteras territoriales. Son, por tanto, precisas soluciones supranacionales. La regulación estatal debe seguir ostentando un papel activo en Internet, pero, junto a ella, se están abriendo paso medidas complementarias¹¹ entre las que destacan, como anteriormente apuntamos, la autorregulación del sector. Uno de los ámbitos en el que es apreciable cuanto manifestamos es, insistimos, el de la publicidad relativa a juegos y apuestas *on-line*.

La autorregulación, como determina el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de 2006, es la acción y el efecto de autorregularse, siendo éste último vocablo el hecho de regularse por sí mismo. Aunque no resulta, en modo alguno, pacífico ni unívoco el significado que puede darse al término autorregulación, podemos convenir que, en un primer acercamiento, suele utilizarse como sinónimo de autorreglamentación que, como ya hemos señalado, debe entenderse como la capacidad de un sujeto para darse normas a sí mismo. Asimismo, tal vocablo se emplea para referirse a aquellos principios, normas o técnicas que definen el buen hacer profesional –la denominada *lex artis*–, las pautas de conducta adecuadas en el quehacer cotidiano de una actividad que requiere la aplicación de ciertos conocimientos técnicos o éticos o, cuanto menos, de un determinado grado de especialización.

⁹ Representan técnicas que están reguladas por la Directiva 97/7/CE sobre venta a distancia –DO L 144 de 4.06.1997–, Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales –DO L 149/28 de 11.06.2005–, así como por la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos –DO L 281 de 23.11.1995– y la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas –DO C 113 E de 14.5.2002–.

¹⁰ Respecto al concepto y definición jurídica de Internet, puede verse LLOYD, I. J. *Information Technology Law*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2004.

¹¹ VEGA VEGA, J. A. “La publicidad comercial y los consumidores”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 18, 2006, pp. 108-110.

En la actualidad, se presenta como una fórmula novedosa y, por sus ventajas, con claras perspectivas de futuro. La novedad y el interés que actualmente suscita estriba en que los efectos de alguna de sus fórmulas más características están rebasando la órbita privada en la que, en origen, se gestan para alcanzar una dimensión pública o, dicho de otra manera, para convertirse en referencia que toman en consideración los poderes públicos.

La fórmula que disciplina las relaciones sociales acontecidas en un determinado sector, cual es la autorregulación, siempre ha existido, de una u otra manera, pues, naturalmente, cualquier organización, de algún modo, se autorregula. El fenómeno de la autorregulación supone la observancia de unas pautas de conducta –principios y normas éticas- cuyo cumplimiento previamente se ha fijado como objetivo. Simultáneamente, también constituye la expresión del compromiso de responsabilidad social de un determinado sector de la industria. Podemos, de esta manera, afirmar, en cierto sentido, que la profesionalización del sector empresarial conduce a su autorregulación. La presión reguladora de los poderes públicos, tendente a fomentar e, incluso, a imponer, en ciertos casos, la autorregulación, no es sino una manifestación de la necesidad de aumentar el grado de profesionalización de las empresas.

En base a que la autorregulación es una práctica más informal que la legislación y que carece de capacidad coactiva –entendida ésta en el sentido de una virtualidad y alcance cercano a la estatal-, la eficacia de la misma puede ser muy débil si no se da un entorno cultural favorable y la organización de todas las partes implicadas.

Hay que observar, asimismo, que la autorregulación no puede ser vista como una excusa que exima al poder legislativo de sus obligaciones, sino como complemento a una legislación que, inevitablemente, no puede dejar de tener un carácter muy general y ambiguo.

Podemos definir la autorregulación publicitaria como un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) en virtud del cual se persigue que el ejercicio de la actividad publicitaria –tradicional¹² y virtual¹³- se haga de

12. Sobre este particular, GÓMEZ SEGADE, J. A. y LEMA DEVESA, C. “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; TATO PLAZA, A. “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 18, 1997, pp. 161-186; GÓMEZ CASTALLO, J. D. “Autocontrol Publicitario, un complemento al control legal”, *Marketing y Ventas para directivos*, núm. 13, 1998, pp. 10-11; GÓMEZ CASTALLO, J. D. “La autorregulación publicitaria”, *Economistas*, núm. 20, 2002, pp. 58-67; RAMOS FERNÁNDEZ, F. *La publicidad contaminada: los consumidores ante la autorregulación publicitaria*, Universitas, Madrid, 2003; DE LA CUESTA RUTE, J. M. “Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 43, 2005, pp. 11-36; TATO PLAZA, A. “La autodisciplina publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 102, 2005.

13. En relación a esta materia, GÓMEZ CASTALLO, J. D. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos. La autorregulación e Internet”. En GÓMEZ SEGADE, J.A. (Dir.), *Comercio*

forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores y usuarios, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general¹⁴. 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 independiente de control.

La autorregulación, aplicada al ámbito que analizamos, es un sistema mediante el cual la industria publicitaria se autodetermina¹⁵. Los tres actores de la industria: los anunciantes (que abonan los gastos de publicidad), las agencias (a cargo de su forma y contenido) y los medios (que ejercen de vía o soporte) se ponen de acuerdo sobre unos mínimos de conducta. En virtud de estos últimos se intentará reducir al mínimo los efectos, de por sí perjudiciales, del juego virtual. Debe repararse que, como veremos, numerosos sitios Web dedicados a este tipo de actividades recurren a ciertas prácticas electrónicas no siempre lícitas. O, por si esto fuera poco, pueden permitir que recurran a sus servicios menores de edad o personas con graves problemas de ludopatía. Aun concurriendo un mínimo de protección, para el eventual consumidor y/o usuario de esta modalidad de servicios, deben establecerse los mecanismos necesarios que garanticen el abono del premio.

El fenómeno de la autorregulación publicitaria transfronteriza en materia de juego *on-line* representa una manifestación del progresivo desarrollo de una normativa extraestatal –diferente de la legislación estatal y de la normativa internacional- significativa, no solo para la ordenación de las relaciones

Electrónico en Internet, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 449-475; APARICIO VAQUERO, J. P. “Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos”. En MORO ALMARAZ, M.J. (Dir.) y APARICIO VAQUERO, J. P. y BATUECAS CALETRÍO, A. (Coords.), *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex y Caja Duero, Madrid, 2004, pp. 471-510; TATO PLAZA, A. “La publicidad en Internet”. En GONZÁLEZ DELGADO, J. A. (Coord.), *Responsa iurisperitorum digesta*, Vol. 5, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 89-104; ALVARADO HERRERA, L. “La autorregulación en la publicidad realizada por medios electrónicos: algunas reflexiones sobre confianza *on-line*”. En MADRID PARRA, A. (Dir.), y GUERRERO LEBRÓN, M. J. (Coord.), *Derecho Patrimonial y Tecnología. Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 475-488; PATIÑO ALVÉS, B. *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona, 2007; GUILLÉN CATALÁN, R. “La autorregulación: solución alternativa de conflictos en materia de comunicaciones comerciales electrónicas”. En COTINO HUESO, L. (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 339-346.

¹⁴ FERNANDO MAGARZO, R. “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 84, 2008, pp. 71-83.

¹⁵ El fenómeno de la autorregulación, según dispone CRANSTON, R. *Consumers and the Law*, 2ª edición, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1984, proviene de una concepción gremialista de los mercaderes en la Edad Media que concibieron la necesidad de aprobar códigos de conducta para fortalecer la posición de ese gremio frente al mundo exterior. Modernamente, la concepción que se ha configurado en estos sistemas de autorregulación proviene del sistema jurídico anglosajón.

mercantiles en la materia, sino, además, para la tutela de los consumidores en un importante entorno de expansión de la contratación internacional de consumo¹⁶.

Aunque la publicidad difundida en Internet sobre este tipo de productos se encuentra sometida a la propia normativa legal –que resulta muy divergente en función del país-, como no podía ser de otra manera, tal régimen parece no ser suficiente o adecuado. Teniendo en cuenta numerosos factores que imperan en la cuestión que consideramos, lo más aconsejable es que tal normativa se vea completada¹⁷ –pero no sustituida- por el fenómeno de la autorregulación de la publicidad en el ámbito de las apuestas y juegos virtuales. Ahora bien, no debe tampoco pasar desapercibido que el contenido de la legislación condiciona directamente el de la autorregulación¹⁸.

2. Presupuestos constituyentes

La doctrina¹⁹ establece que los presupuestos para la existencia de un sistema de autorregulación, que referiremos al ámbito de la publicidad de juegos y apuestas en la Red, son los siguientes: aunque pueda parecer una obviedad, no por ello menos importante, es necesario el previo acuerdo de los miembros de la industria; la aprobación, a cargo del ente codificador, de un documento de referencia –que habitualmente es un código de conducta-, que incluya las disposiciones que serán aplicables a las entidades que voluntariamente se sometan

¹⁶ CALLIES, G. P. “Transnationales Verbrauchervertragsrecht”, *RebelsZ*, Vol. 68, 2004, pp. 254-259; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Iustel, Madrid, 2005, p. 95.

¹⁷ MARTÍN LLAGUNO, M. *En torno a la deontología de la comunicación comercial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2006, p. 188; GARCÍA UCEDA, M. *Las claves de la publicidad*, Esic, Madrid, 2008, p. 469; MUÑOZ MACHADO, S. “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”. En MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dir.), *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, p. 121.

¹⁸ PETTY, R. D. “The Law of misleading advertising: an examination of the difference between common and civil law countries”, *International Journal of Advertising*, Vol. 15, 1996, pp. 1 y 2.

¹⁹ TATO PLAZA, A. “Autorregulación publicitaria y Códigos de Conducta sobre publicidad en Internet”. En GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (Dir.), y FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. y TATO PLAZA, A. (Coords.), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001; TATO PLAZA, A. “La autodisciplina publicitaria”, *Autocontrol*, núm. 102, 2005, pp. 1-41; PATIÑO ALVÉS, B. *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona, 2007; FERNANDO MAGARZO, R. “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 84, 2008, pp. 71-83; FERNANDO MAGARZO, R. “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Autocontrol*, núm. 135, 2008, pp. 18-30; VILAJOANA ALEJANDRE, S. *El dret de la publicitat*, UOC, Barcelona, 2009, p. 96.

al mismo; la existencia de un órgano que verifique el cumplimiento, pleno y continuo, del articulado del código de conducta –órgano de control- con capacidad de imponer sanciones; y, si se estima oportuno, la creación de un sello o icono de confianza que identifique a las entidades adheridas al sistema.

Aunque todos los requisitos son muy significativos, existen dos que, como manifiestan ciertos autores²⁰, presentan carácter constitutivo que son: el documento de referencia –generalmente, insistimos, será un código de conducta- y el órgano de control.

Los códigos de conducta en la materia que analizamos son documentos, que incluyen un conjunto de reglas éticas de buena práctica profesional que exceden, en cuanto a sus exigencias, de la normativa legal vigente, aprobados en beneficio de la propia industria y de los derechos e intereses del consumidor y/o usuario.

Para que el articulado de los códigos de conducta no sea, dicho en términos coloquiales, “papel mojado”, es fundamental que la verificación de su cumplimiento esté en manos de un organismo de control que, de manera ejemplar, garantice su observancia, imponiendo las sanciones que procedan cuando el mismo sea quebrantado²¹. En caso contrario, como manifiestan ciertos autores²², estaríamos ante simples declaraciones de intenciones o meros instrumentos de propaganda sin eficacia alguna.

Aunque los términos “autorregulación” –relacionado, en gran medida, con voluntariedad y autonomía privada- y “sanción” –asociado, *a priori*, a lo público

20 TATO PLAZA, A. “Autorregulación publicitaria y Códigos de Conducta sobre publicidad en Internet”. En GÓMEZ SEGADE, J. A. (Dir.), y FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. y TATO PLAZA, A. (Coords.), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001; DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Régimen jurídico de...*, cit., pp. 97 y 98; TATO PLAZA, A. “La autodisciplina publicitaria”, *Autocontrol*, núm. 102, 2005, pp. 1-41; TATO PLAZA, A. “La autodisciplina publicitaria”. En MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 974; MARTÍNEZ GUERRA, A. *Publicidad y derecho penal (Estudio comparado del modelo americano y europeo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 289; DARNACULLETA I GARDELLA, M.M. “Recepción y desarrollo de conceptos y fórmulas de regulación”. En MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dirs.), *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, p. 383; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva ley de competencia desleal”. En GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A. (Coords.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pp. 273-275.

21 POULLET, Y. “Les diverses techniques de réglementation d’Internet: l’autorégulation et le rôle du droit étatique”, *Revue Ubiquité*, núm. 5, 2000, pp. 55-68; BERLEUR, J. “Enjeux à débattre”. En BERLEUR, J. LAZARO, C. y QUEECK, R. (Dirs.), *Gouvernance de la société de l’information*, Éditions Bruylant, 2002, p. 12; BENAVIDES VELASCO, P. “Los sellos y marcas de calidad (*trustmarks*) en el mercado digital y el distintivo público de confianza en línea”. En MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (Dir.), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, La Ley, Madrid, 2009, p. 618; PIPAÓN PULIDO, J. G. *Derechos de los consumidores y usuarios*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 108 y 109.

22 AGUILAR RUIZ, L. “La tutela del menor consumidor. Del mandato constitucional a los códigos de conducta empresarial”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 9-10, 2008, pp. 71 y 72.

por su marcado carácter coercitivo- podrían, en apariencia, parecer difícilmente conciliables, no lo son. En efecto, debe repararse en que, como manifiesta la doctrina²³, serán sanciones disciplinarias de origen privado tradicionalmente articuladas como un complemento natural a la capacidad de autorregulación normativa que toda organización ostenta.

3. La integración de la ética en el mensaje comercial

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 confluyan²⁴.

La redacción de los documentos en los que se incluyen las normas de conducta en materia de juegos y apuestas virtuales, como más adelante veremos, resulta posible gracias al principio de la autonomía de la voluntad y, naturalmente, habrán de respetar la legislación tanto imperativa como semi-imperativa que, sobre el particular, existe²⁵. Teniendo en cuenta tales condiciones, consideramos que los códigos de conducta, en este ámbito del juego *on-line*, deberán incluir las mejores prácticas publicitarias en el ámbito interactivo que, dicho sea de paso, tanto la propia industria como los destinatarios precisan.

En cuanto al 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 de juegos y apuestas *on-line*, pues incluyen consideraciones de índole ético²⁶. A este respecto, ciertos autores²⁷ subrayan que la publicidad, por su

23 DARNACULLETA i GARDELLA, M. M. “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”. En ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 120.

24 DARNACULLETA i GARDELLA, M. M. “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación”. En MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dirs.), *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 645 y sigs.

25 Sobre este particular, LÓPEZ JIMÉNEZ, D. “El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta”, *Repertorio de Tribunales Superiores de Justicia - Audiencias Provinciales*, núm. 20, 2009, pp. 11-24.

26 Aunque, en ciertas ocasiones, más en el ámbito que sometemos a examen, “deontología” y “ética” se empleen indistintamente, como términos sinónimos, en sentido estricto, no lo son. En efecto, como advierte VÁZQUEZ, J. M. “Ética de la publicidad”, *Revista ICADE de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 19, 1990, p. 67, deben distinguirse, pues la deontología (semánticamente ciencia de los deberes) es una parte de la ciencia

propia naturaleza, tiene que ver con la conducta, con el *ethos*, y, por tanto, es susceptible de consideración ética²⁸.

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 morales 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 legales²⁹. Las leyes, en todo caso, marcan el umbral de la actuación ética³⁰.

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 persona³¹. 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.

ética que intenta aplicar las conclusiones de ésta –la ética en general- a las múltiples y complejas cuestiones de actuaciones profesionales que suscita por doquier el campo publicitario.

27 GAY, V. “Publicidad: la mejor pragmática es la ética”. En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 307; MELÉ CARNÉ, D. “Criterios éticos para la comunicación publicitaria”. En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 249-263.

28 La propia Iglesia católica se ha ocupado, en varias ocasiones, de los aspectos morales de la comunicación publicitaria. Al respecto, podemos, entre otros, mencionar CONCILIO VATICANO II Decreto *Inter Mirifica*; PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES 1971 *Communio et progressio*, 1964; PABLO VI “Mensaje de la Jornada Mundial para las comunicaciones sociales”, 1977; JUAN PABLO II “Mensaje de la Jornada Mundial para las comunicaciones sociales”, 1996; PONTIFICIO CONSEJO PARA LAS COMUNICACIONES SOCIALES *Ética en la publicidad*, 1997.

29 LAMB, C. W. HAIR, J. F. y McDANIEL, C. *Principles of Marketing*, 2ª edición, South Western Publishing Co., Ohio, 1994.

30 SANTESMASES, M. “Legislación y códigos de conducta comercial ¿Son suficientes?”. En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Navarra, 1998, p. 63.

31 FORSYTH, D. P. “A Taxonomy of Ethical Ideologies”, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 39, 1980, pp. 175-184; FERRELL, O. C. y GRESHAM, L. “A Contingency Framework for Understanding Ethical Decision Making in Marketing”, *Journal of Marketing*, Vol. 49, 1985, pp. 87-96; GÓMEZ PÉREZ, R. *Ética empresarial. Teoría y casos*, Rialp, Madrid, 1990; VIDAL GARCÍA, M. “Paradigma de ética razonable para la empresa. Exigencias básicas del discurso ético sobre la actividad empresarial”, *Revista ICADE de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 19, 1990, p. 13; LACZNIAK, G. R. y MURPHY, P. E. *Ethical marketing decisions; the higher road*, Allyn and Bacon, Boston (Massachusetts), 1993; POLO BARRERA, L. “La radicalidad de la persona”. En *La persona humana y su crecimiento*, Eunsa, Pamplona, 1996; BASSAT, L. “Dos claves éticas en publicidad: veracidad y respeto”. En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 320.

Representa, asimismo, un valor –la ética- que engendra confianza en las relaciones comerciales, por lo que, en consecuencia, las favorece³². 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 económico³³. Aunque pueda ser una obviedad, para que estos comportamientos sean éticos deben serlo también los comportamientos 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 común³⁴. 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, existen actuaciones vinculadas con la publicidad –lo cual es especialmente visible en la difundida sobre juegos y/o apuestas en la Red- que pueden no estar reguladas por la ley que, no obstante, pueden reputarse no éticas. Piénsese, a título de ejemplo, en aquellas prácticas que, en cierta medida, podrían incentivar la ludopatía. De hecho, la propia Red, por sí misma, podría llegar a estimular este tipo de actividades con el consecuente perjuicio asociado que ello supone. Como veremos, los instrumentos derivados de la autorregulación prohíben, de forma taxativa, incitar o promover, de cualquier manera, el juego compulsivo en la Red.

En el caso concreto de la publicidad relativa a juegos y apuestas virtuales, la ética está adquiriendo un papel de gran relevancia, 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 directos, así como incrementar sus ventas y la fidelidad de sus clientes. 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 crecen como consecuencia de ciertos comportamientos y efectos

32 ILLANES, J.L. “El mercado: ética y eficiencia”. En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.), *Ética, mercado y negocios*, Eunsa, Navarra, 1994, pp. 29-47; RODRÍGUEZ SEDANO, A. y LÓPEZ DE PEDRO, J. M. “El concepto de necesidad en la prestación de servicios”. En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 103.

33 MELÉ, D. “Orientaciones éticas para la empresa”. En FERNÁNDEZ, F. (Ed.), *Estudios sobre la Encíclica Centesimus Annus*, Unión Editorial, Madrid, 1992, pp. 561-580.

34 IRAKULIS ARREGUI, N. y LEIÑENA MENDIZABAL, E. “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, 2008, p. 74.

negativos³⁵. Estos últimos, dicho sea de paso, tratan de evitarse en virtud del fenómeno de la autorregulación.

III. La publicidad virtual relativa a juegos y apuestas

1. Breve aproximación al contrato de juego y apuesta

Aunque ambos términos se utilicen, en numerosas ocasiones, de manera indistinta, deben ser teóricamente diferenciados.

Así, en primer término, juego es el contrato en cuya virtud los jugadores, asumiendo recíprocamente un riesgo, se obligan a realizar una determinada prestación en favor del que resulte ganador, en una actividad en la que influyen o de la cual son partícipes los propios contratantes.

Por apuesta podemos entender una situación jurídica en la cual una o varias personas quedan obligadas a realizar, en favor de otra u otras, una prestación, que se hace depender de la exactitud o acierto de una afirmación sobre un acontecimiento posterior o futuro. Lo más frecuente es que tales pronósticos se formalicen con ocasión de los juegos, haciendo que éstos tengan consecuencias patrimoniales para los que intervienen directa o indirectamente en ellos. Sin embargo, también pueden presentarse con independencia de toda actividad lúdica.

En cualquier caso, debemos señalar que el juego sólo tiene relevancia jurídica cuando al mismo se acompaña una apuesta. Es decir, no interesa al Derecho si se realiza, pongamos por caso, cierto ejercicio físico, una partida de cartas o de ajedrez si en el mismo no hay interés económico³⁶. El fenómeno jurídicamente importante, por consiguiente, es que las apuestas se crucen con ocasión de un juego u otra actividad diversa.

2. Regulación legal imperante

A pesar de que los juegos y apuestas en Internet se han puesto en práctica desde hace relativamente poco tiempo –finales de la década de los noventa-, su

³⁵ KOTLER, P. ARMSTRONG, G. SAUNDERS, J. WONG, V. MIQUEL, S. BIGNÉ, E. y CÁMARA, D. *Introducción al Marketing*, PrenticeHall, Madrid, 2000.

³⁶ En tal sentido, FURNO, C. “Note critiche in tema di giochi, scommessa e arbitraggi sportivi”, *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 1952, pp. 640 y sigs.; FUNAIOLI, C. A. “Il giuoco e la scommessa”. En VASSALLI, F. (Dir.), *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vol. 9, Tomo 2, Utet, Turín, 1961, pp. 12 y sigs.; DÍEZ-PICAZO, L. “El juego y la apuesta en el Derecho civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Tomo 15, 1967, pp. 721 y sigs.; FUNAIOLI, C. A. “Giuoco e Scommessa”. En *Enciclopedia del Diritto*, Vol. 19, Giuffrè, Milán, 1970, p. 931; ECHEVARRÍA DE RADA, T. *Los contratos de juego y apuesta*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 23 y 24; RAMS ALBESA, J., LACRUZ BERDEJÓ, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Vol. 2, Dykinson, Madrid, 2005, p. 297.

desarrollo y proliferación ha sido extraordinariamente rápido³⁷. Al albur de los incipientes avances del comercio electrónico, comenzaron a surgir los primeros portales, con diseños rudimentarios, que inicialmente ofrecían juegos parecidos a los casinos y máquinas recreativas³⁸. Ahora bien, esta modalidad de juego combina numerosos factores de riesgo, sobre la propia problemática que dicha actividad encierra en sí misma, como, por ejemplo, es la relativa facilidad para acceder a ellos, la disponibilidad de una gran variedad de juegos, así como las menores restricciones sociales³⁹.

Hasta este momento, la Unión Europea no ha regulado el juego en Internet⁴⁰. De hecho, por lo que a nuestros efectos interesa, la Directiva 2000/31, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico⁴¹, aunque determina que los juegos de azar pueden representar una de las categorías de lo que genéricamente se denominan “servicios de la sociedad de la información”, los excluye expresamente. Existe, en este escenario, una tendencia que considera que lo más adecuado sería el establecimiento, en la Unión Europea, de un marco normativo común⁴².

37 DURO VENTURA, C. y VENTAS SASTRE, R. “El juego desde la perspectiva del derecho penal”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *Régimen del juego en España*, Thomson Aranzadi y Codere, Navarra, 2006, pp. 677 y 678; MAZÓN HERNÁNDEZ, M. *Análisis económico, jurídico y fiscal del juego*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 182; ANDRÉS ÁLVEZ, R. “Problemática específica del juego *on-line* y su aplicación a las apuestas deportivas”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Las apuestas deportivas*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 188 y 189; COLOMER HERNÁNDEZ, I. “Aspectos procesales de las apuestas deportivas”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Las apuestas deportivas*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 294; DE ÁLVARO MONTERO, A. “El contrato de apuesta: teoría general y marco de cobertura”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Las apuestas deportivas*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 59; PÉREZ CARCEDO, L. “El mercado de apuestas deportivas”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Las apuestas deportivas*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 25.

38 GÁMEZ, M. “La regulación jurídica-administrativa de los juegos de azar en Alemania”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *Régimen del juego en España*, Thomson Aranzadi y Codere, Navarra, 2006, p. 193; LALANDA FERNÁNDEZ, C. “Los juegos de azar en internet. Aproximación jurídica desde la perspectiva del Derecho español”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *Régimen del juego en España*, Thomson Aranzadi y Codere, Navarra, 2006, pp. 560 y 561.

39 En tal sentido, la opinión del Abogado General, Yves Bot, de 14 de octubre de 2008, en el asunto C-42/07; Instituto Suizo de Derecho Comparado *Estudio sobre los juegos de azar en la Unión Europea*, 2006, p. 1450; VALENTINE, G. “Literature review of children and young people’s gambling”, 2008, <http://www.nsgamingfoundation.org/uploads/LitReviewChildrenYoungPeople.pdf>.

40 En realidad, es visible la ausencia de una regulación específica de las apuestas y el juego en el Derecho derivado. A tal respecto, debe citarse la exclusión de la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, de servicios –considerando 25 y el art. 2.2.h)- (DO L 376 de 27.12.2006) y la Directiva 2007/31, de 11 de diciembre, de servicios de comunicación audiovisual –considerando 18- (DO L 140 de 1.6.2007).

41 DO L 178 de 17.7.2000.

A tenor del art. 5.2 de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI-CE), las disposiciones de tal norma legal serán de aplicación a las apuestas que traigan causa de juegos de azar mientras no exista una regulación específica y/o existiendo en todo aquello que no esté previsto en la misma.

Desde 2005, a nivel español, funciona, por un lado, el sitio *Web* de Loterías y Apuestas del Estado (LAE) y, por otro, los sitios *Web* de Administraciones legalmente autorizadas que ofrecen los servicios de LAE –así, entre otros, se comercializa la primitiva, el euromillón, el gordo, bonoloto o la quiniela-. La posibilidad de que estos últimos servicios se puedan publicitar electrónicamente resulta posible en virtud de la Orden 2566/2005 del Ministerio de Hacienda, de 20 de julio, que autoriza a LAE para realizar, a través de Internet o de otros sistemas interactivos, la comercialización de los mismos⁴³. En todo caso, ha de advertirse que los juegos ofertados por LAE mediante Internet solo utilizan este medio como un canal específico de distribución comercial.

En la actualidad, como ya adelantamos, la cifra de sitios *Web* dedicados al juego *on-line* es realmente elevado. También lo es –aunque, si cabe, en mayor medida- la publicidad relativa al mismo. En todo caso, a pesar de que tales prácticas se vienen realizando con total impunidad en la Red, distintos países europeos⁴⁴ –entre los que hace muy poco se incluía España⁴⁵- y no europeos

42 VERBIEST, T. y KEULEERS, E. “Cross-border Gaming: the European regulatory perspective”, *Gaming Law Review*, Vol. 7, núm. 3, 2003, pp. 185-196.

43 En este sentido, debe advertirse que, de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional de España de 20 de mayo de 2009 –JUR 2009/303026-, la venta directa por parte de LAE de sus juegos por Internet no supone una práctica restrictiva de la competencia.

44 Como disponen YOUNG, R. y TODD, J. *On-line Gambling: Focusing on Integrity and a Code of Conduct for Gambling*, Bruselas, 2008, el juego *on-line* está permitido en veinte Estados y prohibido en siete. En cuanto a los países comunitarios que permiten el juego en Internet, cabe determinar que la organización y estructura del mercado difiere, ya que en trece de ellos funciona un mercado relativamente liberalizado, en seis está reservado a monopolios públicos y en uno se ha concedido su explotación exclusiva a una empresa privada.

45 A tenor del apartado 2 de la Disposición Final 14, de la Ley española 42/2006, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, se modifica la Disposición Adicional 19 de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, que queda redactada en los siguientes términos: «Uno. De conformidad con la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, queda prohibida en todo el territorio nacional la venta, importación, circulación y producción de billetes, boletos, sellos o cualquier otro soporte de loterías, apuestas y demás juegos organizados o emitidos por personas o Entidades extranjeras. Las Entidades que lleven a cabo, por cualquier medio, la publicación de los programas, anuncios o reclamos de las actividades mencionadas en el punto 1 de esta disposición adicional, o de las previstas en el punto 1 de la letra b) del apartado uno de la disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, cuando estas carezcan de la autorización administrativa necesaria, deberán suspender dicha publicación en el período de 6 meses contado desde la notificación del requerimiento en el que se ponga de manifiesto la ilicitud de dichas actividades. Transcurrido dicho plazo sin que se lleve a cabo la cesación, estarán sometidas al régimen sancionador previsto en el punto b) del apartado uno de la

–así, por ejemplo, los Estados Unidos en virtud de la *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act*- las consideran ilícitas. Otros, por el contrario, los reputan lícitos –y, en consecuencia, la publicidad realizada al respecto- siempre que cumplan exigentes presupuestos establecidos por las normas correspondientes –a este respecto cabe citar, España –desde finales de mayo del año en curso-, Reino Unido⁴⁶ y Malta que, dicho sea de paso, buscan garantizar la máxima protección del consumidor sin desprestigiar la promoción de una actividad económica prometedora⁴⁷–.

Nos encontramos, en cualquier caso, ante una cuestión polémica relativa a la legalidad de la operación transfronteriza propiamente dicha. De hecho, cada vez se están remitiendo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) más cuestiones preliminares relativas a los juegos y apuestas en línea, lo que, naturalmente, demuestra la falta de claridad sobre cómo interpretar y aplicar el Derecho comunitario en esta materia.

A este respecto, habría que considerar que la restricción de la libre prestación de servicios⁴⁸ en el ámbito de la Unión Europea es objeto de prohibición en el art. 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Ahora bien, podrán imponerse ciertas limitaciones, de acuerdo con el art. 39 del TCE, cuando obedezcan a razones de orden público, seguridad y salud pública⁴⁹. Este es,

disposición adicional decimoctava de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986⁵⁰.

⁴⁶ Es, precisamente, el primer Estado de la Unión Europea que ha decidido disciplinar, de manera abierta, el juego por medios telemáticos e interactivos. Para más información sobre esta cuestión, DE ANDRÉS ÁLVAREZ, R. “La nueva regulación del juego en Reino Unido Act Gambling 2005 como paradigma para otras normativas de la Unión Europea y base para el desarrollo del juego por Internet”, *Revista jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, pp. 501-514; COLES, A.R. “Ley de Juego del Reino Unido 2005 (“Gambling Act 2005”)”. En CASES MÉNDEZ, J. I. y GUSANO SERRANO, G. (Coords.), *La Industria del Juego*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 27-35; DE ANDRÉS ÁLVAREZ, R. “Juego y deporte”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El deporte profesional*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 685 y sigs.

⁴⁷ DORREGO DE CARLOS, A. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F. “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de juego y apuestas a través de Internet”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 20, 2007, p. 492.

⁴⁸ Las actividades de juegos de azar o apuestas y loterías, y la publicidad relativa a los mismos, son servicios en el sentido del art. 50 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Así lo ha puesto de manifiesto el TJCE en diversas resoluciones –entre otras, la STJCE, de 24 de marzo de 1994, *Schindler*, as. C-275/92; STJCE, de 11 de septiembre de 2003, *Anomar*, as. C-6/01; y STJCE, de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli*, as. C-243/01.

⁴⁹ En este sentido, el TJCE, en sentencia de 8 de septiembre de 2009 (as. C-42/07), dictaminó que las restricciones impuestas por algunos Estados miembros a las empresas privadas de apuestas y juegos de azar por Internet, e incluso su prohibición, no vulneran la normativa comunitaria, ya que pueden considerarse justificadas por el objetivo de lucha contra el fraude y contra la criminalidad. Dada la falta de contacto directo que existe entre el consumidor y el operador, el Tribunal de Justicia considera que los juegos de azar accesibles a través de Internet entrañan riesgos diferentes y de mayor importancia en comparación con los mercados tradicionales de

precisamente, el ámbito en el que se incluyen los juegos de azar, siendo las razones alegadas para establecer restricciones a la publicidad de juegos *on-line* en España.

En efecto, los Estados miembros tienen el derecho y el interés de regular los mercados de juegos de azar en línea, de acuerdo con sus respectivas tradiciones y culturas, para proteger a los consumidores frente al fraude, uso ilícito de datos personales y/o datos bancarios, la adición, blanqueo de capitales⁵⁰ y los juegos amañados en el deporte. La legislación nacional puede y debe, qué duda cabe, realizar una labor necesaria al respecto, si bien, como se aludirá más adelante, debe ser objeto de complemento por la autorregulación del sector⁵¹.

En cuanto a los Estados miembros que restringen o prohíben el juego en Internet, debe indicarse que han optado por complementar la regulación del juego en sentido estricto con medidas que inciden en el funcionamiento del sistema financiero y en la accesibilidad a los sitios *Web* de apuestas. De hecho, en ciertos países se prevé que las entidades bancarias y los intermediarios financieros bloqueen las transacciones entre los potenciales apostantes y las empresas de apuestas que actúen de manera lícita⁵². En todo caso, este tipo de medidas han sido criticadas por algunas instituciones financieras dada la dificultad para disociar entre transacciones legales e ilegales y, en gran medida, por su dudosa compatibilidad con las normas sobre libre circulación de capitales de los arts. 56 y siguientes del TCE⁵³.

Los límites a la licitud de la publicidad de juegos de azar resultan controvertidos en diversas jurisdicciones. Tales restricciones son producto de la interacción entre sectores en los que están presentes intereses contrapuestos. Por un lado, la libertad de expresión y de empresa y, por otro, los intereses que subyacen a las políticas estatales que imponen prohibiciones en materia de juego.

Respecto a la publicidad de los juegos y apuestas en Internet, a nivel español, hay que distinguir dos supuestos. Por un lado, en el caso de que se trate de un prestador de servicios de la sociedad de la información que tenga establecimiento

estos juegos. La sentencia que comentamos rechaza los recursos interpuestos por la empresa de apuestas a través de Internet *Bwin* y por la Liga Portuguesa de Fútbol profesional. Ambas habían sido multadas por las autoridades portuguesas con 74.500 y 75.000 euros, respectivamente, por haber propuesto juegos de azar a través de Internet y haberlos publicitado, pese a que la legislación portuguesa no lo permitía. En la misma línea, las STJCE, de 3 de junio de 2010, en los asuntos 203/08 (*Betfair*) y 258/08 (*Ladbrokes*).

⁵⁰ La Directiva 2001/97/CE –DO L 344 de 28.12.2001– sobre blanqueo de capitales resulta aplicable tanto al sector financiero, como a otros sectores diversos, incluidos los casinos físicos o tradicionales y *on-line*.

⁵¹ Tal valoración es compartida por la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre integridad de los juegos en línea (DO C87 E/30 de 1.4.2010).

⁵² YOUNG, R. y TODD, J. *On-line Gambling: Focusing...*, cit., pp. 19 y sigs.

⁵³ BARBA SÁNCHEZ, R. y GARCÍA RIVAS, D. “Las apuestas y los juegos de azar en el Derecho comunitario”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Las apuestas deportivas*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 127.

permanente en España podrá prestar los juegos de gestión pública⁵⁴ y tendrá prohibido, salvo licencia establecida por la norma nacional⁵⁵ o, en su caso, autorización administrativa de las diversas normas autonómicas (Madrid⁵⁶ y País Vasco⁵⁷, si bien los proyectos de ley de ciertas Autonomías –Castilla y León, Cataluña y Ceuta- también van en esta misma línea), los juegos de gestión privada. *A sensu contrario*, la publicidad de un sitio *Web* dedicado a prestar juegos y apuestas *on-line* de gestión privada que no contara con la preceptiva licencia nacional o autorización autonómica es ilícita⁵⁸.

Por otro lado, en el caso de tratarse de prestadores de servicios de la sociedad de la información extranjeros cabría distinguir, a su vez, dos situaciones. En primer lugar, obviamente, si desarrollaran juegos de gestión privada sin la necesaria autorización administrativa serían considerados, al igual que sus homólogos españoles, ilícitos. En segundo término, podría concurrir el supuesto de ser sitios *Web* dedicados al juego que sean íntegramente legales en un determinado país, pues cumplan con la normativa aprobada en ese Estado, pero difundan publicidad en otro Estado miembro en el que no cuenten con las preceptivas autorizaciones o, en todo caso, no exista esta última posibilidad por ser reputadas ilegales. Frente a la situación jurídica esbozada, lo cierto es que, en la práctica, las casas de apuestas por Internet no solo se publicitan con total impunidad y normalidad en la Red, sino que, además, han ganado una presencia social y mediática considerable⁵⁹.

⁵⁴ LAE no es ajena a la necesidad de dar a conocer sus juegos y promocionarlos para obtener mayores ingresos. En este sentido, ARRETXE PALOMAR, E. “Los juegos de azar y el derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en el Derecho europeo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 78, 2007, p. 73, dispone que se puede afirmar la existencia de una política expansiva de la comercialización de los juegos públicos estatales.

⁵⁵ De hecho, la empresa anunciante deberá, con carácter previo, asegurarse de que la empresa que solicita la inserción de la publicidad disponga de la oportuna licencia que le autorice la realización de la publicidad solicitada. La Comisión Nacional del Juego, en su respectivo sitio *Web*, mantendrá actualizada y accesible la información sobre los operadores habilitados. Será fundamental asegurarse de esta circunstancia, ya que la publicidad del juego *on-line* relativa a empresas que no cuenten con autorización podría implicar una sanción grave penada con una cuantía que oscila desde los cien mil euros hasta un millón de euros.

⁵⁶ En este sentido, el Decreto español 106/2006, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas en la Comunidad de Madrid. Respecto a la geolocalización de los usuarios, en materia de apuestas realizadas en Internet en la Comunidad de Madrid, y las posibles repercusiones en la privacidad de los usuarios, puede verse el Informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos 0216/2008.

⁵⁷ Así, el Decreto español 95/2005, de 19 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

⁵⁸ SANTOS PASCUAL, E. “Actualidad y análisis jurídico de los juegos de azar y apuestas deportivas”. En COTINO BUESO, L. (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 491.

⁵⁹ ALFONSO RUBIO, J. C. “El juego por Internet, televisión y telefonía móvil”. En CASES MÉNDEZ, J.I. y GUSANO SERRANO, G. (Coords.), *La Industria del Juego*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 79 y 88.

Ha de advertirse que, desde mediados del año en curso, en España existe una norma sobre el juego virtual⁶⁰. Se trata de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. Tal documento, que había sido reivindicado por otras fuerzas políticas⁶¹, regula, entre otras cuestiones, las apuestas en Internet únicamente cuando éstas tengan lugar en un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma, con respeto al marco competencial de las mismas recogido en sus Estatutos de Autonomía. Su objetivo principal estriba en dar mayor seguridad jurídica a todos los operadores y aumentar la protección a los usuarios, sobre todo en cuanto a los menores y las personas voluntariamente alejadas del juego.

Asimismo, uno de los elementos básicos de la nueva normativa debe ser ajustar el marco de regulación del juego en España a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre transparencia del mercado, que exige la separación de operador y regulador. En este sentido, España es uno de los pocos países de la Unión Europea que mantiene unidos en una misma entidad a operador y regulador, mientras que los principales países europeos –como Francia, Reino Unido e Italia- han dictado nuevas leyes con reguladores independientes.

La necesidad de que el sector del juego en España se adecuara al nuevo marco jurídico europeo determinaba que se adoptaran urgentemente medidas necesarias encaminadas a que LAE, como operador de juegos, modernizara su estructura organizativa, adoptando formas jurídico-privadas para competir adecuadamente en el mercado del juego. Tal extremo implicaba transformar LAE, que hasta relativamente hace poco tiempo era, simultáneamente, regulador del mercado y operador de los juegos de titularidad estatal, para crear un operador independiente y eficiente que diera transparencia al mercado.

La adopción de esta forma jurídica privada garantizará la máxima eficiencia en la comercialización de los juegos de titularidad estatal y la posibilidad de que la actuación del operador que gestiona los juegos de titularidad estatal, se haga en condiciones de igualdad con los competidores públicos o privados que puedan acceder a este nuevo mercado de acuerdo con las previsiones de la nueva Ley del juego.

La creación de un regulador independiente, transitoriamente adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda hasta la creación de la futura Comisión Nacional del Juego, fomentará la transparencia y seguridad de este sector, y, asimismo, permitirá una oferta dimensionada de operadores de juego⁶² que

60 Aunque la necesidad de regular el juego *on-line* se expuso en el Informe sobre principios para una regulación del juego por Internet, no se fijó tal compromiso hasta finales de 2007. En efecto, de acuerdo con la Disposición Adicional 20 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, el Gobierno debía presentar –sin fecha límite- un proyecto de ley sobre el particular.

61 La última, en este sentido, fue la Proposición no de Ley presentada en el Congreso español, el pasado diciembre de 2009, por Esquerra Republicana de Catalunya.

62 Ahora bien, según la memoria de Análisis del Impacto Normativo que ha elaborado el Ministerio de Economía y Hacienda en marzo de 2011, el Gobierno únicamente pretende otorgar

cumplan con los requisitos y exigencias legales que se determinan en la Ley del Juego. Esta última –la Comisión Nacional del Juego– será la que precisamente condicione la difusión de publicidad en Internet a la concesión de un determinado título habilitante en el que, en su caso, se incluirán las limitaciones que procedan⁶³. Esta licencia será preceptiva cuando tales actividades se dirijan a todo el territorio del Estado español o en un ámbito que supere el de una Comunidad Autónoma, adoptando, de este modo, el criterio de distribución competencial establecido en otras normas sectoriales como la LSSI-CE⁶⁴.

3. La autorregulación como complemento idóneo

Una vez que hemos analizado, de forma somera, la regulación legal relativa a la publicidad virtual de juegos y apuestas, a continuación, nos referiremos a las sugerentes herramientas complementarias de aquella. Estas últimas, que, insistimos, complementan la ley en la cuestión que comentamos, resultan, como seguidamente veremos, posibles en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Las figuras que estudiaremos son, por un lado, los códigos de conducta, aprobados sobre el particular, y, por otro, los sellos de confianza. Como ya tuvimos ocasión de advertir, estos últimos, en numerosas ocasiones, se fundamentan en un código de conducta. Seguidamente, nos referiremos, de manera individual, a cada uno de tales instrumentos. No perderemos de vista la casuística vigente en el ámbito de los juegos y apuestas *on-line*. También examinaremos la similitud funcional que presentan respecto a las marcas de garantía. Finalmente, nos ocuparemos del instrumento jurídico al que, en la práctica, se recurre para canalizar las autorizaciones de uso de las estructuras que comentamos.

3.1. Manifestaciones en el juego virtual

Las transacciones electrónicas, como es sabido, se encuentran caracterizadas por un alto grado de información asimétrica y un bajo nivel de interacción entre consumidores y comerciantes que, evidentemente, influye tanto en las condiciones como en los términos en los que tienen lugar la operación. Tal

un máximo de cinco licencias por un período de quince años prorrogables por el mismo plazo. Esta decisión, qué duda cabe, constituye una restricción del mercado y de la competencia para los operadores que actúan en la Red.

⁶³ Todo parece indicar que, en esta cuestión, el legislador español se inspira en el modelo británico. Debe, además, precisarse que en el Reino Unido existe un organismo, denominado la Agencia de Estándares Publicitarios, cuya misión es precisamente evitar y sancionar las conductas publicitarias irregulares.

⁶⁴ DE ANDRÉS ALVEZ, R. “La nueva regulación del juego y la regulación del juego en línea: el Anteproyecto de Ley de regulación del juego», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 806, 2010, pp. 14-16.

apreciación es aplicable a los juegos y apuestas virtuales⁶⁵. Para resolver tal problema, durante la primera mitad de la década en la que estamos inmersos, Internet, en cierto sentido, propició la aparición de estructuras generadoras de confianza en el consumidor y/o usuario. Estas últimas consisten en la presentación en los sitios *Web* de los denominados sellos de confianza. Estos últimos, en numerosas ocasiones, acreditan el cumplimiento de un código de conducta.

La conveniencia de mostrar públicamente que una empresa está adherida o comprometida con un determinado elenco de buenas prácticas legales y empresariales –que existirá bajo diferentes denominaciones como, por ejemplo, es la de código de conducta o reglamento de uso- determina que sea preciso elaborar una suerte de distintivo que sirva, precisamente, para identificar o, mejor dicho, delimitar el colectivo empresarial del juego *on-line* susceptible de mostrar aquél en sus sitios *Web*⁶⁶. Una señal es, en esencia, un indicador que es exhibido por una parte para comunicar a otros la existencia de cualidades, atributos o intenciones que no pueden ser percibidas fácilmente sin tal signo⁶⁷.

Tales señales son diseñadas y, posteriormente, exhibidas con la finalidad de provocar ciertos efectos en las creencias, comportamientos o actitudes del receptor. La función que tal signo desempeñará es, naturalmente además de distintiva, de garantía o calidad, ya que su uso, frente a los destinatarios, pone de relieve que el empresario respeta los estándares de calidad determinados en el documento de buenas prácticas suscrito⁶⁸. Dicho de otra forma, la entidad

65 BAGWELL, K. y RIORDAN, M. H. “High and Declining Prices Signal Product Quality”, *American Economic Review*, Vol. 81, Marzo, 1991, pp. 224-239; BERGEN, M. DUTTA, S. y WALKER, O. C. “Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories”, *Journal of Marketing*, Vol. 56, Julio, 1992, pp. 1-24; BOULDING, W. y KIRMANI, A. “A Consumer-Side Experimental Examination of Signalling Theory: Do Consumers Perceive Warranties as Signals of Quality?”, *Journal of Consumer Research*, Vol. 20, Junio, 1993, pp. 111-123; RAO, A. R. y MONROE, K. B. “Causes and Consequences of Price Premiums”, *Journal of Business*, Vol. 64, Octubre, 1996, pp. 511-536; AIKEN, K. D. y BOUSCH, D. M. “Trustmarks, Objective-Source Ratings, and Implied Investments in Advertising: Investigating Online Trust and the Context-Specific Nature of Internet Signals”, *Journal of the Academy of Marketing Science*, Vol. 34, núm. 3, 2006, pp. 308-323.

66 LUO, X. “Trust production and privacy concerns on the Internet – A framework based on relationship marketing and social exchange theory”, *Industrial Marketing Management*, Vol. 31, 2002, pp. 111-118; RÜDIGER, K. “Gütesiegel als vertrauensbildende Institution im Online-Handel. Eine Untersuchung der Vertrauensbildung unter Berücksichtigung kulturspezifischer Aspekte am Beispiel von Deutschland und Spanien”, Tesis doctoral, Universidad de Bochum, 2008.

67 KIMERY, M. K. y MCCORD, M. “Signals of Trustworthiness in e-commerce: Consumer Understanding of Third Party Assurance Seals”, *Journal of Electronic Commerce in Organizations*, Vol. 4, núm. 4, 2006, pp. 52-74.

68 KUHLMANN, E. *Verbraucherpolitik: Grundzüge ihrer Theorie und Praxis*, Vahlen, Munich, 1990; BOCK, A. *Gütezeichen als Qualitätsaussage im digitalen Informationsmarkt*, Toeche-Mittler, Darmstadt, 2000; GIERL, H. y WINKLER, S. “Neue Gütezeichen als Qualitätssignale”, *Marketing ZFP*, núm. 3, 2000, pp. 197-207; KROEBER-RIEL, W. y WEINBERG, P. *Konsumentenverhalten*, 8ª edición, Vahlen, Munich, 2003.

responsable del sistema de autorregulación de que se trate avala que las actividades realizadas por la figura empresarial adherida del juego *on-line* cumplen, además de la normativa imperante en la materia que se disciplina, con un plus adicional más tuitivo, si cabe, que el reconocido, con carácter mínimo, por el propio legislador⁶⁹.

La razón de ser de los mismos es precisamente, como su nombre anuncia, servir de distintivo de confianza, de forma que el usuario que identifique su presencia en un determinado sitio *Web* relativo al juego *on-line* podrá tener elementos de juicio suficientes como para no desconfiar de la empresa signataria del sello en cuestión⁷⁰.

La representación gráfica del sello de confianza asociado a cada elenco de buenas prácticas –que, insistimos, podrá presentar la denominación de código de conducta o reglamento de uso- dependerá, obviamente, de cada organismo responsable del sistema en cuestión. Así, por ejemplo, el distintivo podrá estar conformado por una o varias iniciales suficientemente representativas de la denominación de la entidad responsable del logotipo electrónico o, evidentemente, por un dibujo o figura de carácter abstracto. En cualquier caso, las posibilidades de representación gráfica resultan tan numerosas como la imaginación sea capaz de inventar.

Es importante destacar que el sello de calidad podrá, e incluso convendría decirse deberá, constar en los diversos espacios que formen parte del sitio *Web* en cuestión. Es decir, resulta conveniente que, para desplegar toda su eficacia –generar confianza-, figure, no sólo en la página de inicio, sino en todos los apartados susceptibles de ser visualizados por el potencial consumidor y/o usuario.

La autorregulación de la publicidad del juego *on-line* es posible en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Tal principio es objeto de disciplina por el art. 1255 del Código civil español que establece que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

Cuando se habla de autonomía de la voluntad en el campo de la contratación se está haciendo referencia, no sólo a una voluntad libremente formada que decide someterse a una determinada relación contractual, sino, sobre todo, presupuesta aquella voluntad, se está refiriendo a la libertad para elegir y dotar de contenido a la relación contractual. Pero esta libertad no es absoluta, ya que la contratación, al trascender de la esfera íntima de la persona y afectar a la

69 REPO, P. y NORDQUIST, F. “Marking and Code Trust in E-Commerce”. En WACHOWICZ, J. (Ed.), *Electronic Commerce Theory and Applications*, Gdansk: JIB E-Consulting, 2005.

70 PAVLOU, P. A. y GEFEN, D. “Building effective online marketplaces with institution-based trust”, *Information Systems Research*, Vol. 15, núm. 1, 2004, pp. 37-59; PAVLOU, P. A. y GEFEN, D. “Building effective online marketplaces with institution-based trust”, *Information Systems Research*, Vol. 15, núm. 1, 2004, pp. 37-59.

justicia, así como a la buena marcha de la sociedad, exige que el ordenamiento jurídico regule, ordene y garantice la autonomía privada.

Los códigos de conducta, además de crear relaciones obligatorias contractuales entre las partes que los suscriben –de un lado, la entidad responsable del sistema de autorregulación en el que el código de conducta se inscribe y, de otro, el empresario dedicado al juego *on-line* que se compromete a su respecto, dan origen a reglas jurídicas que regulan aquellas relaciones, sin perjuicio de contener, además, un elenco de mejoras legales aplicables a los consumidores y usuarios que entablen relaciones contractuales, en materia de juegos y apuestas virtuales, con el empresario comprometido con su cumplimiento. Estas últimas reglas –normas, en todo caso, autónomas- existen en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, si bien pueden llegar, si concurren los presupuestos precisos para ello, a alcanzar el valor de costumbre –norma, por tanto, heterónoma-.

Los sellos de confianza se fundamentan, como hemos puesto de relieve, en documentos de buenas prácticas. Se trata fundamentalmente de los códigos de conducta que son compromisos contractuales, no pudiendo ser, en modo alguno, considerados normas jurídicas, sin perjuicio de que, como contratos que son, tienen, de acuerdo con el art. 1091 Código civil, fuerza de ley entre las partes contratantes. En nuestro caso, serán, por un lado, la empresa responsable del sello de calidad –entidad promotora- y, por otro, la empresa de juego *on-line* adherida al sello –prestador de servicios de la sociedad de la información-, si bien, curiosamente, su eficacia fundamentalmente se despliega frente a los potenciales destinatarios –consumidores y/o usuarios y empresarios- de la empresa adherida dedicada a este tipo de actividades.

Sin embargo, en caso de infracción de los códigos de buenas prácticas no hay un aparato público o estatal –órganos jurisdiccionales o, en su caso, administrativos- para hacerlos cumplir. Uno de los interrogantes más significativos que los mismos plantean es, precisamente, cuál es su eficacia real, así como, en este sentido, qué acontece en caso de incumplimiento. La respuesta, al respecto, necesariamente pasa por el poder sancionador que el organismo de control del sistema, en el que se integra el sello de confianza en el ámbito del juego *on-line*, ostenta. Tal autoridad, de carácter coactivo, está supeditada al grado de compromiso que la empresa sancionada tenga. Dicho de otra manera, sin perjuicio de que existen sanciones –como la suspensión de derechos o la expulsión del sello-, que no precisan de actividad alguna acreditativa de su asunción, ciertas actuaciones represoras –como la multa pecuniaria- exigirán comportamientos que revelen el reconocimiento del ilícito cometido y, con ello, de la sanción impuesta. Aunque la modalidad de sanciones a imponer es relativamente amplia, tienen, en todos los casos, un pretendido carácter disuasorio.

3.2. Modalidades

Una vez que hemos visto, a nivel teórico, los instrumentos derivados de la autorregulación de la publicidad de los juegos y apuestas en Internet, cabe referirse a algunos de ellos. Antes de examinar este sugerente aspecto, debe insistirse, aún a riesgo de resultar reiterativos, en que tal fenómeno, como hemos adelantado, es complementario pero no sustitutivo de la normativa legal⁷¹.

A tal efecto, nos referiremos, por un lado, a la labor realizada por los sistemas de autorregulación nacionales y, por otro, aludiremos a los sistemas de autodisciplina extranjeros ideados, precisamente, para el juego tradicional y *on-line*.

Por lo que se refiere a los sistemas de autorregulación publicitaria nacionales (sin perjuicio de mencionar ciertos códigos de conducta de carácter unilateral como el aprobado por LAE para el funcionamiento de ciertas actividades⁷²), es obligado detenernos en el examen de Autocontrol de la Publicidad. Aunque esta última se constituyó en España en 1995, lo cierto es que nació en 1977. La importancia Autocontrol, en la actualidad, es, qué duda cabe, muy elevada. En efecto, sus asociados –entre los que se encuentran numerosos y destacados anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación- representan más del 75% de la inversión publicitaria en España. Asimismo, debe indicarse que, a tenor de los propios Estatutos de la asociación, el objeto de Autocontrol es contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de los intereses profesionales. Dicha asociación creó el Jurado de la Publicidad, como dispone el art. 21 de los Estatutos de la misma, para la resolución extrajudicial de controversias y reclamaciones en materia de comunicación comercial.

Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extra-judicial Europea por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad-, los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los de los litigios en materia de consumo.

⁷¹ El Informe del Parlamento Europeo, de 17 de febrero de 2009, sobre la integridad de los juegos de azar en línea (DO C234 E/1 de 29.9.2009) señala que la autorregulación en tal ámbito no es suficientemente efectiva y, por consiguiente, destaca la necesidad de regulación y de cooperación entre el sector y las autoridades.

⁷² Nos referimos al código de conducta de los Sistemas Técnicos de Loterías del Estado - STL- de 2009. Esta última es una empresa pública española, cuya actividad esencial es la gestión técnica de los juegos de azar y pronósticos promovidos por LAE. El articulado del mencionado documento alude a los miembros del consejo de administración y trabajadores de STL.

Autocontrol cuenta con diversos códigos deontológicos. Aunque ni el código general –código de conducta publicitaria de 1996- ni el sectorial –código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva de 2009- aprobados hasta la actualidad aluden, de manera expresa, al juego y a las apuestas deportivas tradicionales y en línea –a diferencia de los que veremos posteriormente- deben reputarse incluidas en el capítulo II, apartado A, punto 2, del código de conducta publicitaria de 1996, que, bajo el título de “respeto a la legalidad y a la Constitución”, establece que “la publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”⁷³, mientras que las realizadas electrónicamente lo estarían en la norma 3 del código sectorial.

A fecha de hoy, el Jurado de la Publicidad se ha pronunciado respecto a sorteos no autorizados que se publicitaron en Internet concurriendo con los que realiza la ONCE. Se trata de la resolución del Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 2009 –asunto “Organización Nacional de Ciegos Españoles vs. Organización Impulsora del Discapacitado”-, en la que se consideró que “la publicidad reclamada, en la medida en que promociona juegos de suerte, envite o azar sin contar con la debida autorización administrativa, resulta contraria al principio de legalidad, recogido en la norma 2 del código de conducta publicitaria de Autocontrol”. Aunque probablemente el Jurado hubiera llegado a la misma conclusión, en virtud de la invocación de cualquiera de las dos normas mencionadas en el código general y sectorial, lo cierto es que, a nuestro juicio, resulta criticable que en la resolución mencionada, que solo se refiere al código de conducta general, no se haya aludido también al código sectorial, elaborado, de manera específica, para Internet.

En cuanto a los instrumentos de autorregulación extranjeros, debemos mencionar la extraordinaria heterogeneidad de los mismos. Seguidamente, nos referiremos a algunos de ellos, poniendo de manifiesto sus caracteres más relevantes.

En primer lugar, el código de conducta de Loterías Europeas, impulsado por la Asociación Europea de Loterías y Quinielas del Estado, que fue creada en mayo de 1999, estando radicada su sede en la ciudad suiza de *Lausanne*. Su articulado presta especial atención a la lucha contra la corrupción en el deporte⁷⁴ y frente al blanqueo de capitales, incluyendo mecanismos de supervisión y, por

⁷³ En igual sentido, TEROL GÓMEZ, R. “Régimen jurídico de la publicidad de las apuestas deportivas”. En PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Las apuestas deportivas*, Fundación Codere y Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 277 y 278.

⁷⁴ La Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de mayo de 2008, sobre el Libro Blanco del Deporte (DO C 271 E de 12.11.2009) pone de manifiesto que las actividades de las apuestas deportivas se han desarrollado descontroladamente –sobre todo las apuestas transfronterizas por Internet- suscitándose diversos casos de partidos amañados. Representa un extremo sobre el que tanto la Comisión como los Estados miembros deberían actuar.

lo que se refiere a la promoción de las apuestas, se remite a los Estándares Europeos de Juego Responsable.

En segundo lugar, hemos de subrayar, entre otros, los sellos de confianza de *GamCare*⁷⁵, *eCogra*⁷⁶, *European Gaming and Betting Association*⁷⁷ (EGBA), *On-line Gaming Alliance*⁷⁸ (OGA), *Freiwillige Selbstkontrolle Telefonmehrwertdienste*⁷⁹ e *International Gaming Council*⁸⁰ (ICG).

Respecto a los contenidos de las normas específicas, en las que se manifiesta la autorregulación en materia de juegos en línea⁸¹, destaca la protección de los consumidores mayores de edad frente a la eventual ludopatía⁸² –opciones de autoexclusión⁸³–; fijación de cantidades máximas que podrán jugarse por día –control de gasto–; prohibición de instalar en los ordenadores de los potenciales consumidores y/o usuarios instrumentos tecnológicos con fines ilícitos como los troyanos –distribuidos, en un gran número de ocasiones, a través de los programas clientes–; salvaguarda de los datos personales y financieros de los usuarios; garantía de pagos rápidos y exactos a los clientes⁸⁴; tutela de los menores de

75 www.gamcare.org.uk.

76 www.ecogra.org.

77 www.egba.eu.

78 www.gamingalliance.org.

79 www.fst-ev.org/statuten-verhaltenskodex.html.

80 www.igcouncil.org.

81 Se trata de una cuestión también parcialmente prevista en la Ley española de regulación del juego. En tal norma se han introducido medidas para que las empresas de juego desarrollen una política integral de responsabilidad social corporativa para mitigar los posibles efectos perjudiciales de la actividad.

82 Hemos de resaltar la perversidad que ostenta el juego *on-line*. En efecto, al hilo de cuanto planteamos, el jugador que, estando en situación de rehabilitación, se ha prohibido voluntariamente su entrada en las salas físicas de juego, tiene en Internet una incontrolada vía de escape para evadir tal prohibición. De este modo, podrá acceder a esta clase de apuestas –en contra de su estado de salud–, sin ningún tipo de cortapisas, ya que, en esta modalidad, no existe control físico como en las salas de juego autorizadas.

83 Los principales elementos que influyen en los problemas de juego son, entre otros, los siguientes: frecuencia del juego; intervalo de pago; accesibilidad y entorno social; deseo de recuperar lo perdido o sensación de estar a punto de ganar; habilidad e implicación percibidas; y, por último, las comunicaciones comerciales que podrían estimular a grupos vulnerables.

84 Esta no es, en absoluto, una cuestión baladí. El art. 29 de la LSSI-CE, que dispone que “los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual”, viene a variar el domicilio designado por el art. 1262, párrafo 2 del Código civil español (que, dado que preceptúa que los contratos se presumen celebrados en el lugar en el que se hizo la oferta, si el organizador del juego tiene domicilio en el extranjero, el fuero sería el del domicilio del organizador) por el del jugador, lo que nos lleva a la situación, de acuerdo con el art. 1798 del Código civil español, de que si el organizador no abona un premio, el jugador no podrá reclamar, aun tratándose de un juego ilícito (art. 1799 del Código civil español). Existen autores (LLOBET AGUADO, J. “El contrato de juego y apuesta”, *La Ley*, núm. 3, 1993, pp. 761-788) que, en este último sentido, consideran que sería más oportuno entender ilícito en el sentido de desprotegido. En suma, un jugador residente en España no podrá instar, ante un juez o Tribunal, el pago del premio no abonado por

edad frente a tales servicios para lo que deberían imponerse controles de edad eficaces⁸⁵ y, asimismo, proteger a tal colectivo frente a ciertas modalidades de publicidad agresiva⁸⁶, evitando, por ejemplo, que los menores de edad puedan participar en juegos de demostración gratuita en ciertos sitios *Web*; y compromiso de prácticas de marketing responsables y éticas.

3.3. Similitud funcional con ciertas figuras vinculadas con la certificación

El papel que los sellos de confianza o calidad desempeñan en materia de juegos y apuestas *on-line* podría, si se nos permite el símil, compararse con la que realizan, en el ámbito publicitario, las propias marcas de garantía, objeto de disciplina en el art. 68 y siguientes de la Ley española 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (LM). En este sentido, estimamos oportuno referirnos de forma, en todo caso, breve a esta última figura, efectuando, cuando corresponda, las alusiones que procedan con respecto a los sellos de confianza.

El origen de la marca de garantía reside en las marcas de certificación que, dicho sea de paso, constituyen marcas otorgadas por la propia Administración que verifican, entre otros aspectos, la calidad de determinados productos⁸⁷. De este modo, se entiende que la marca de garantía es, en cierto sentido, equivalente a la marca de certificación⁸⁸, por la función que cumple, ya que atestigua que, en ciertos bienes o servicios, está presente una característica común prefijada en el Reglamento de uso de la marca, lo que no se da en otros productos o servicios análogos.

La marca de garantía es el signo con el que se certifica o acredita la concurrencia de una determinada característica común en los productos y/o en los servicios de los usuarios de la marca autorizados al efecto por el titular de la

el organizador de una modalidad de juego o apuesta realizada a través de Internet, u otros sistemas interactivos, porque nuestro Código Civil no le concede esa acción.

⁸⁵ Los límites de edad para jugar pueden estar fijados por la propia ley o en las condiciones de la licencia. En este sentido, los operadores -incluidos los minoristas o concesionarios- tienen el deber de comprobar la edad. En un mismo Estado europeo, los límites de edad pueden variar de un servicio de juego a otro. En todos los países comunitarios, salvo Austria -que es de 19 años-, la mayoría de edad es de 18 años.

⁸⁶ Por todo ello, lo más aconsejable, a este respecto, sería que los anuncios destinados a promocionar los juegos de azar *on-line* no fueran: dirigidos a personas que aún no tengan la edad mínima nacional exigida para participar; transmitidos por radio o televisión o difundidos durante programas específicos destinados a los jóvenes en las principales cadenas, o durante un determinado período de tiempo antes o después de esos programas; mostrasen personas que parecieran tener una edad inferior a la edad mínima nacional exigida para participar; y, finalmente, se exhibieran cerca de lugares frecuentados por niños.

⁸⁷ LOBATO, M. *Comentario a la Ley de Marcas*, 2ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

⁸⁸ LARGO GIL, R. *Las marcas colectivas y las marcas de garantía*, 2ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

misma. Esta marca no puede ser utilizada por su titular, sino por los terceros a quien el mismo autorice, tras controlar y evaluar que los productos o servicios de este tercero cumplen los requisitos que la marca de garantía certifica o garantiza.

Lo que, por tanto, destaca en las marcas de garantía es su función certificadora de la presencia de cierta característica común en los productos que la llevan y/o en los servicios a los que acompaña –procedente de diversos sujetos-.

La designación de marca “de garantía” podría inducir a cierta confusión, respecto al verdadero alcance de esta figura, en cuanto a su función, pues la garantía de fábrica no es, en modo alguno, sustituida –ni por imperativo legal podría-. Además, hay que tener en consideración que el propio concepto de marca, en general, implica una cierta garantía para el consumidor que, guiado por su experiencia, adquiere un producto de determinada marca con la costumbre de encontrar un producto homogéneo a otros de la misma marca. Y es que, como es de general conocimiento, la esencia de la marca es la asociación entre el signo o medio y el producto o servicio⁸⁹.

Los sellos acreditativos de la conformidad a las normas han podido registrarse como marcas. En ocasiones, como marcas individuales y otras, por ejemplo, como de garantía. Resultan, en este sentido, ciertamente representativas de la realidad existente en España las marcas de productos registradas por la Asociación Española para la Normalización y la Certificación –AENOR-. Son marcas nacionales de conformidad a las normas que materializan verdaderos certificados de calidad. De estas marcas sólo pueden hacer uso los titulares que hayan obtenido la autorización de AENOR. En todo caso, tienen un carácter voluntario para los empresarios. No obstante, como ya anticipamos, la referida autorización para hacer uso de la marca no podrá, en modo alguno, sustituir la garantía que corresponde conforme a la Ley al fabricante o importador del producto.

Tales consideraciones nos permiten hacer un inciso, en todo caso breve, respecto a la relación que, en cierto sentido, existe entre la autodisciplina y las declaraciones de calidad, pues en base a la primera será posible alcanzar las segundas. Es notorio que, en los últimos años, se ha extendido, de manera significativa, el sistema de la calidad, en el que se encuentran fórmulas muy diversas cuales, entre otras, son acreditaciones, marcas de garantía, certificaciones, etc. Cada una de ellas tiene sus propias especificaciones, si bien, todas ellas, se dirigen hacia un objetivo común: la obtención de información, su contraste o verificación para su posterior ofrecimiento al público. Información sobre aspectos muy variados y diferentes entre sí cuales, por ejemplo, serían

⁸⁹ MASSAGUER FUENTES, J. “Marcas”. En MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo 3, Civitas, Madrid, 1995.

sobre procedimientos de fabricación, la sujeción de bienes o servicios a férreas normas técnicas y controles, pero, al fin y al cabo, información.

En este espacio de la calidad se asiste a la caída de los últimos reductos de la intervención administrativa directa, como era el régimen de la homologación⁹⁰, y, simultáneamente, a la entrada de fórmulas de autodisciplina. De hecho, como es patente, son sujetos de carácter privado los que emiten la mayoría de las declaraciones, con diferentes formas jurídicas, que se producen en la órbita de la calidad. La Administración conserva facultades ordenadoras del interior del sistema, dispone de una suprema potestad habilitante para el ejercicio de estas funciones por sujetos privados sobre los que, además, ostenta facultades de control y tutela. El mercado en sentido amplio es el destinatario, primero y principal, de todas las declaraciones acreditativas de la calidad que venimos examinando.

Tras este breve paréntesis, retomando nuestro tema central de estudio, cabe decir que las marcas de garantía, por definición, tutelan, de manera prioritaria, intereses colectivos, es decir, los intereses de los consumidores e, incluso, intereses que pueden ser calificados de generales o públicos. La tutela de los consumidores con las marcas de garantía se produce por la vía del mensaje que la marca les transmite y que se concreta en una información cualificada en virtud del contrato al que está sujeto el uso de la marca, el cual redundará en los productos y servicios a los que acompaña. Una información que la marca de garantía suministra a los consumidores en el momento de la elección del producto o servicio, en cuestión. Es decir, en el momento precontractual que siempre encierra un cierto riesgo para los consumidores y usuarios. Esa marca inspira en el consumidor la seguridad de que la característica que la misma indica como concurrente en el producto o servicio, en cuestión, va a estar presente en el mismo⁹¹.

La marca de garantía sirve como instrumento competitivo en el mercado de bienes y servicios. Así, como un sector de la doctrina⁹² determina, las marcas de garantía cumplen una función distintiva respecto a que diferencian en el mercado los productos o servicios a los que acompañan de aquellos otros, de la misma clase, desprovistos de ese signo y, por tanto, carentes de la característica identificada con la marca de garantía conforme al reglamento de uso. De este modo, según tal opinión, la marca de garantía no es un signo distintivo, sino que constituye un símbolo de aviso, para los consumidores y/o usuarios, en el sentido que identifica cierta cualidad adicional en ese producto o servicio, con respecto

90 TARRÉS VIVÉS, M. "Las nuevas referencias en el derecho industrial: acreditación y normalización", *Autonomías: Revista catalana de derecho público*, núm. 26, 2000, pp. 119-155; ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002.

91 GHIDINI, G. *Aspectos actuales del Derecho industrial. Propiedad intelectual y competencia*, Comares, Granada, 2002.

92 LARGO GIL, R. *Las marcas colectivas y las marcas de garantía*, 2ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006.

a los de la misma clase. De conformidad con lo expuesto, en las marcas de garantía la función indicadora del origen empresarial, genuina de las marcas de empresa –arts. 4 y 62 de la LM-, se desvanece y pasa a un primer plano la función indicadora de la calidad en la esfera estrictamente jurídica. Esa función hay que entenderla como la obligación de mantener una constancia relativa de la calidad y características específicas de los productos o servicios que la portan. Debe, por tanto, atenderse especialmente a la labor de certificación que las marcas de garantía incorporan.

La función de certificación hay que entenderla en el sentido de que la marca de garantía indica a los consumidores y/o usuarios que los productos o servicios cubiertos por ella reúnen cierta característica común y un determinado nivel de calidad⁹³, actuando como una promesa de garantía frente al público o una impresión de certeza⁹⁴ cuya violación constituirá un acto de engaño⁹⁵. No es que haya un régimen jurídico específico para exigir la cualidad concreta, sino que el propio régimen jurídico de las marcas de garantía tutela la realidad de la función aquí referida por vía del derecho sobre la marca y las obligaciones asumidas por los autorizados al uso. La presencia de la característica común concreta y el nivel de calidad prometidos resulta garantizada por el control que al efecto acomete la propia Administración sea de manera directa sea indirectamente por vía del titular de la marca que, en otro caso, resulta sancionado por la Ley con la caducidad de la marca.

Esta función de certificación e indicadora de calidad de la marca de garantía no se reduce a una garantía de inmutabilidad en relación al producto o servicio originariamente marcado. Esta función presupone que el titular de la marca de garantía, en ejercicio de la carga de control que le impone el ordenamiento y los usuarios de la misma debidamente autorizados al efecto, deberá mantener una constancia relativa de la calidad y de las características específicas de los productos o servicios marcados. No impide, pues, una mejora de la calidad de los mismos. Lo que no permite, en modo alguno, es una rebaja sensible de la calidad ni tampoco la introducción de modificaciones sustanciales en los productos o servicios, lo que llevaría al engaño del consumidor.

En atención a la función que las marcas de garantía desempeñan, puede colegirse una cierta identidad funcional con los sellos electrónicos de calidad o confianza en el sector del juego *on-line*. En efecto, el sello de calidad puede, de

93 CASADO CERVIÑO, A. “Marcas colectivas y de garantía, marca derivada, marca internacional. El nombre comercial y el rótulo de establecimiento”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1990, pp. 663-683.

94 BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1993; GÓMEZ LOZANO, M. M. “Comentario al artículo 68”. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 971-983.

95 VICENT CHULIÁ, F. *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ª edición, Tomo 1, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 1991; LARGO GIL, R. *Las marcas de garantía*, Civitas, Madrid, 1993.

alguna manera, identificarse con el signo representativo de la marca de garantía, mientras que el código de conducta lo sería con respecto al reglamento de uso.

Puede afirmarse que, tanto las marcas de garantía como los sellos de calidad, tienen como fin, pues para ello han sido ideados, informar al consumidor sobre determinados estándares de calidad previamente fijados en el reglamento de uso –en el caso de las marcas de garantía- y en el código de conducta –en el supuesto de los sellos de calidad- cuya presencia, en cierto modo, garantizan.

En principio, no existen óbices, de carácter legal, que imposibiliten el registro del sello de calidad como marca de garantía. Sin embargo, entendemos que, para la asociación u organización que gestiona el documento de buenas prácticas asociado al sello, puede resultar más interesante registrarlo como marca individual y operar, posteriormente, en base a licencias o autorizaciones de uso. De esta manera, el procedimiento de registro del documento de referencia, así como su contenido y reglas, quedan al margen del examen de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que sí podría entrar en la valoración del reglamento de uso si se solicitara una marca de garantía.

Asimismo, en el caso de la marca de garantía, el titular estaría obligado a autorizar su uso a todo aquel que cumpla el reglamento, pues, en caso contrario, se extinguiría la marca. En el caso de que el sello esté registrado como marca individual –a pesar de que existe el compromiso de autorizar el uso del sello a todos los adheridos al código de conducta- el margen de maniobra del titular de la misma es notablemente mayor.

3.4. Procedimiento en virtud del que se canaliza la autorización de uso

Para que un sitio *Web* pueda mostrar públicamente su compromiso con un determinado sello de confianza, habrá tenido necesariamente que asumir, con carácter previo, su obligación de respetar el documento de buenas prácticas asociado. En otras palabras, para que los consumidores puedan apreciar las prácticas comerciales de excelencia que el empresario asegura desarrollar, en el ámbito del juego *on-line*, deberá exhibir el sello de confianza que así lo acredita.

A cambio de la posibilidad que el empresario ostenta de poder mostrar en su sitio *Web*, en virtud de una cesión de uso de la marca, su adhesión a un determinado sello de calidad, generalmente, deberá abonar una cantidad económica periódica, sin perjuicio de que pueden existir sistemas cuya adhesión es gratuita.

La mecánica de adhesión a un determinado sello de confianza del sector del juego *on-line*, no es igual en todos los casos. Así, por un lado, existen un grupo mayoritario que establecen la necesidad, con carácter previo, de efectuar una auditoría inicial para verificar el cumplimiento íntegro del documento de buenas prácticas asociado. De igual modo, se efectuarán controles, de carácter periódico, con la finalidad de garantizar, en todo momento, los compromisos

inicialmente asumidos. Por otro lado, existen otros sistemas caracterizados por la posibilidad de autoadherirse al sello de calidad, sin necesidad de pasar por actividad de verificación alguna. En este último supuesto, la empresa declara, por sí misma, estar comprometida a cumplir con las previsiones contenidas en el código de conducta en cuestión, mientras que, por el contrario, en el primer grupo enunciado es un tercero independiente a las partes –tanto a la entidad responsable del sistema en sí como del empresario interesado en adherirse– el que examina, de manera imparcial, el cumplimiento, inicial y periódico, de las garantías establecidas en el documento de buenas prácticas, certificando la observancia de todos los presupuestos exigibles para la concesión del sello de calidad.

Entre los dos sistemas expuestos existen, como hemos manifestado, diferencias notables de las que debería informarse al potencial consumidor y usuario de juego *on-line*. La valoración que de las mismas opere el público destinatario será, por lo que a la confianza respecta, muy diversa, pues en el caso de que exista, por parte de un tercero independiente, un proceso continuo de control del cumplimiento de las exigencias establecidas en el documento de buenas prácticas, la exhibición del sello deberá posibilitar el acceso electrónico a este aspecto y otros extremos de interés cual, entre otros, es la consulta electrónica del código de conducta.

De igual modo, en atención al procedimiento de concesión del sello de confianza, sólo el primer grupo de sistemas de autorregulación, en los que existe una verdadera operación de verificación, inicial y periódica –de carácter, por tanto, constante–, del cumplimiento de las exigencias, de diferente alcance en el ámbito de la publicidad virtual de juego *on-line*, previstas en el código de conducta, se acercan al modo de control vigente para las denominadas marcas de garantía, de las que ya hemos tenido ocasión de ocuparnos.

En cualquier caso, con carácter final, procede referirse al instrumento jurídico en virtud del cual se autorizará, por parte de la entidad promotora, la exhibición, en el correspondiente sitio *Web* de la entidad adherida dedicada al juego *on-line*, del sello de confianza revelador de que ésta última se encuentra comprometida con el código de conducta al que tal logotipo corresponde. Nos referimos al contrato de licencia de marcas que tiene por objeto la cesión del uso del signo para la totalidad o parte de los productos o servicios para los cuales está registrado. En nuestro caso, el signo distintivo –el sello de confianza– sólo podrá ser exhibido en el sitio *Web* como en los medios publicitarios u otros instrumentos diversos –como facturas, albaranes, tarjetas, etc.–, pero no en los productos o servicios comercializados por la empresa de juego electrónico que lo exhiba. A continuación, examinaremos el contrato de licencia de marcas en general para, posteriormente, centrarnos en el caso que nos ocupa y, cuando proceda, hacer las consideraciones que resulten oportunas.

Respecto al contrato de licencia de marcas, que fue regulado por primera vez en el ordenamiento jurídico español en la anterior Ley de marcas de 1988,

interesa puntualizar que su definición ha sido elaborada por la doctrina, ya que las disposiciones legales que se refieren a este contrato regulan sólo parcialmente su contenido, pero no lo definen. Este contrato, en la actualidad, no se encuentra legalmente definido, aunque, todo hay que decirlo, ya se reconocía en la Exposición de Motivos de la Ley de marcas de 1988, dado que la licencia de marcas es una figura muy utilizada⁹⁶. Paralelamente, tampoco la Ley de patentes de 1986, que regula la licencia en los artículos 74 y siguientes, contiene un concepto de este contrato.

La licencia de marca puede ser definida como el contrato mediante el cual el titular de la marca, licenciante, autoriza a un tercero, licenciataria, a usar la marca, durante un tiempo determinado, a cambio de la regalía o precio pactado⁹⁷. Respecto a la definición esgrimida, cabe advertir que un sector de la doctrina⁹⁸ interpreta que la retribución es un elemento natural y no esencial del contrato de licencia, de modo que las licencias gratuitas serían admisibles aunque no sean demasiado frecuentes en la práctica⁹⁹. Otra corriente doctrinal¹⁰⁰, por el contrario, considera que la onerosidad de la licencia constituye un elemento esencial. Cabe anticipar que, en línea con la postura doctrinal anterior, debemos admitir la licencia gratuita, si bien ello comporta la aplicación de un régimen jurídico distinto¹⁰¹. Por lo que a la cesión de uso del sello de confianza se refiere, cabe determinar que en ciertos supuestos se admite la posibilidad de que sea gratuita, si bien, todo hay que decirlo, no es el supuesto habitual.

Desde el punto de vista económico, el contrato de licencia permite que el otorgante de la autorización para el uso de una marca se beneficie del aumento

96 ROMANÍ SOPENA, J. L. “Cesión y licencias en la nueva regulación legal y en la normativa comunitaria”. En *Jornadas de Estudio sobre la nueva regulación legal del derecho de marcas*, Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1990; ORTUÑO BAEZA, M. T. “Contratos ligados a la propiedad industrial. Licencia de marca. Franquicia”. En CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (Dirs.) y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coord.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1505-1568; ORTUÑO BAEZA, M. T. “La cesión de la marca», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 235, 2000, pp. 75-144.

97 BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. 1, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2008; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. 1, 29ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

98 RONCERO SÁNCHEZ, A. *El Contrato de Licencia de Marca*, Civitas, Madrid, 1999.

99 CHAVANNE, A. y BURST, J. J. *Droit de la propriété industrielle*, Paris, 1980; GHIDINI, G. y HASSAN, S. *Diritto Industriale. Commentario*, Ipsoa, Milán, 1984; FRIGNANI, A. *Il Diritto del del Commercio Internazionale*, Ipsoa, Turín, 1986; MASSAGUER FUENTES, J. *El contrato de licencia de know How*, Bosch, Barcelona, 1989.

100 FERNÁNDEZ-NOVOA, C. y GÓMEZ SEGADE, J. A. *La modernización del derecho español de patentes*, Montecorvo, Madrid, 1984; GALLEGO SÁNCHEZ, E. *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991; GÓMEZ SEGADE, J. A. “Licencia de patente”. En MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo 3, Madrid, 1995, pp. 4111-4116; MARTÍN ARESTÍ, P. *La licencia contractual de patente*, Aranzadi, Navarra, 1997.

101 FRANQUET SUGRAÑES, M. T. “El contrato de licencia de personality merchandising”, Tesis doctoral, Universidad Rovira I Virgili, 2003.

del prestigio de la marca, puesto que se incrementa la comercialización de los productos o servicios designados con esta marca y, con ello, su grado de implantación y de la percepción del canon o contraprestación estipulada entre las partes. En el caso de los instrumentos de autodisciplina publicitaria en materia de juego *on-line*, así acontece, si bien lo que tiene lugar es, en cierto sentido, un incremento del prestigio del servicio que el logotipo de confianza supone.

Respecto al licenciataria, la otra parte contratante, éste se beneficia al incorporar una marca ya conocida al producto, sin necesidad de invertir ni tiempo ni dinero en marketing y, en algunos casos, sin, ni siquiera, tener que diseñar un nuevo producto o servicio con el que comercializar. Simplemente debe ofrecer unas propiedades del producto o servicio, conformes con su naturaleza y de la misma calidad que las que ofrece el licenciante. En nuestro caso, hemos de advertir que la incorporación del sello de confianza únicamente acredita la observancia del documento de buenas prácticas, en materia de juego *on-line*, al que aquél sirve de soporte gráfico. En otras palabras, representa un compromiso con las mejores prácticas publicitarias sobre juegos y apuestas en Internet, sin que resulte, en modo alguno, admisible la posibilidad de incorporar el logotipo gráfico a los productos o servicios comercializados por la empresa licenciataria.

La licencia de la marca significa básicamente autorizar a terceros su derecho exclusivo a usarla en el mercado, y, simultáneamente, implica ceder a un tercero el derecho a designar con la marca sus productos o servicios, a introducir en el mercado los productos o servicios identificados con ella, así como a utilizarla con fines publicitarios. Es esta última faceta la que se pretende alcanzar, en el ámbito de los sellos de confianza de juego *on-line*, con la cesión de uso de la marca.

Pese a la importancia de la licencia de marca, resulta, incluso, paradójico que se regule de manera tan escueta en la ley, pudiendo, como advierte la doctrina¹⁰² colmarse muchas de las lagunas que existen acudiendo a la regulación prevista para los contratos más próximos, cuales, entre otros, son la licencia de patentes y el arrendamiento de cosas. Ahora bien, dado que la regulación de la licencia es incompleta, es preciso insistir en la conveniencia de que las partes contratantes, en virtud del principio de la autonomía privada reconocido en el artículo 1255 del Código civil español, pacten las medidas que consideren necesarias para regular su relación jurídica, sobre todo, en cuanto se refiere a las medidas de control del uso que se hace de la marca, como medida de protección a los consumidores¹⁰³. En el ámbito en el que nos movemos, ya hemos visto, como la licencia de marca se ve sometida a ciertas particularidades.

¹⁰² BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. 1, 15ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

¹⁰³ CASADO CERVIÑO, A. "Relieve del control en la licencia de marca", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 9, 1983, pp. 125-160; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990; CUNAT EDO, V. "Los contratos sobre la marca

En el contrato de licencia, el licenciante se reserva la facultad de comprobar que la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario sea la misma que la de los productos o servicios del licenciante. En nuestro caso, el licenciatario –entidad promotora-, a través de auditorías periódicas, verificará que el empresario, dedicado al juego *on-line*, adherido sea respetuoso con los compromisos publicitarios asumidos que son los que, en esencia, se establecen en documento de buenas prácticas asociado al sello de calidad. Así, como ha puesto de relieve la doctrina¹⁰⁴, es posible concebir el contrato de licencia como una institución única y dotada de un régimen jurídico unitario. El contrato de licencia como género consistiría en un otorgamiento temporal de un derecho de uso sobre un bien inmaterial¹⁰⁵. En cambio, el contrato de licencia como especie o modalidad se configuraría en función de la clase de bien inmaterial de que se trate.

Es significativo advertir que, en ocasiones, el contrato de licencia puede ser el único que forme parte de una relación negocial, como sucede, en el contrato que regula el art. 48 de la Ley española de marcas de 2001. En éste se regula un tipo de licencia específico: la cesión del uso de una marca registrada.

La actual Ley de marcas, de forma similar a lo que dispone la Directiva sobre marcas – art. 8.2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988¹⁰⁶-, tampoco atribuye, directamente, al licenciante la obligación de controlar la calidad de los productos o servicios fabricados o suministrados por el licenciatario bajo la marca licenciada¹⁰⁷. El segundo apartado de su artículo 48 dispone que “los derechos conferidos por el registro de la marca o por su solicitud podrán ser ejercitados frente a cualquier licenciatario que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a [...] la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario”.

En efecto, la nueva Ley española de marcas prevé que el licenciante, en el caso de que las partes contratantes hayan pactado un determinado nivel de calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados y el licenciatario lo infrinja, invoque el *ius prohibendi*, pero no le impone ningún deber de control sobre la calidad de los productos o servicios ofrecidos. En el ámbito que analizamos en el presente artículo, existe la posibilidad de que, cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones estipuladas en el documento de buenas prácticas, los prestadores de servicios de la sociedad de la información

comunitaria”. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Marca y Diseño Comunitarios*, Aranzadi, Madrid, 1996, pp. 147-166.

¹⁰⁴ ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

¹⁰⁵ RONCERO SÁNCHEZ, A. *El Contrato de Licencia de Marca*, Civitas, Madrid, 1999.

¹⁰⁶ DO L 040 de 11.02.1989.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ-NOVOA, C. *El sistema comunitario de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1995.

que operan en el ámbito del juego *on-line* –que, en ese momento, sean licenciarios del logotipo de confianza- sean expulsados del sistema y, con ello, pierdan el derecho a continuar exhibiendo, en su sitio *Web* el sello de calidad. No tendrán derecho al reintegro de las cantidades ya abonadas en relación al tiempo que reste de uso de la marca.

El artículo 48 de la nueva Ley de marcas regula este aspecto de la licencia de marcas en el mismo sentido que la Directiva. Sin embargo, por lo que se refiere a otros aspectos amplía la regulación de este contrato. Ciertamente, en el apartado tercero, prohíbe expresamente al titular de una licencia «cederla a terceros, ni conceder sublicencias, a no ser que se hubiere convenido lo contrario». En el ámbito de los sellos de confianza, en materia de juego *on-line*, impera la citada la regla general, dado que sólo se permite que el titular del sitio *Web* exhiba el sello, sin que resulte, en modo alguno, admisible que el mismo lo ceda a terceros. Una misma empresa adherida del juego *on-line* podría, en caso de formalizar la adhesión, incluir el sello en todos aquellos portales que sean de su titularidad jurídica sin necesidad de solicitar el logotipo de confianza para cada uno de ellos. Dicho de otra forma, la licencia de marca será válida para todos los casos descritos. En el caso de empresas pertenecientes a un grupo, que deseen incorporar el sello a sus respectivos portales de juegos y apuestas, cada empresa –con titularidad jurídica independiente- deberá solicitar la adhesión, de manera individual, para poder, de esta manera, incorporarlo en aquellos portales de los que sean titulares. En definitiva, si la titularidad jurídica de las empresas es diversa, a pesar de ser parte integrante del mismo grupo, deberá, con carácter necesario, para cada una de ellas formalizarse diferentes licencias de uso.

El apartado cuarto considera que “salvo pacto en contrario, el titular de una licencia tendrá derecho a utilizar la marca durante toda la duración del registro, incluidas las renovaciones, en todo el territorio nacional y en relación con todos los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada”.

Por lo que atañe al tipo de licencia, el apartado quinto dispone que “se entenderá, salvo pacto en contrario, que la licencia no es exclusiva y que el licenciante podrá conceder otras licencias y utilizar por sí mismo la marca”. De hecho, tal previsión representa una de las principales notas caracterizadores de los sellos de confianza relativos al juego *on-line*, dado que aspiran a alcanzar la mayor cuota de mercado posible. En otros términos, la razón de su creación, precisamente, estriba en lograr el mayor número posible de empresas que, en nuestro caso, operen en los sectores de las apuestas y juegos de carácter virtual, lo que, a su vez, supondrá la concesión de las oportunas licencias de marca. Existe una previsión en la que conviene incidir que viene precisamente determinado por el hecho de que, como regla general, el licenciante, la entidad promotora, no suele hacer uso de la marca para comercializar sus productos o servicios, si bien es cierto que suele realizar una importante labor de promoción

del logotipo electrónico con la finalidad de, como hemos advertido, cubrir el máximo nicho de mercado posible en el ámbito del juego *on-line*.

Finalmente, añade, en el apartado sexto, que “cuando la licencia sea exclusiva el licenciante sólo podrá utilizar la marca si en el contrato se hubiera reservado expresamente ese derecho”.

Pese a la incorporación de estos preceptos, tanto desde el punto de vista de nuestro Derecho, como de la normativa comunitaria, la licencia se regula, en términos generales, tal y como hemos advertido, de forma incompleta. En consecuencia, es trascendental destacar la enorme importancia que tiene la intervención activa de las partes en estos contratos con el fin de insertar las cláusulas necesarias para regular la relación jurídica entre ambas y proteger sus intereses, más allá de la regulación legal.

IV. Conclusiones

Aunque el juego y la apuesta, en general, ha sido una actividad tradicionalmente considerada perversa y, por consiguiente, prohibida, en la actualidad, es, dentro de ciertos límites, un fenómeno permitido. Además, se ha pasado de una situación, en la que el juego estaba únicamente en manos de los poderes públicos, a otra bien distinta en la que coexisten los servicios prestados por la Administración Pública con los realizados por organizaciones empresariales que operan en el sector.

El juego y las apuestas aparecen como la cuarta área de actividad con mayor volumen de operaciones en España y la primera si contabilizamos las transacciones desde España hacia el extranjero. A nivel mundial, el juego *on-line* representa hoy el 4,4% del juego total y se estima que en 2012 será el 6,7%. El espectro de juegos que las empresas que operan en Internet ofrecen es relativamente amplio. Así, pueden efectuarse apuestas sobre prácticamente todo, destacando, en este sentido, los temas deportivos, taurinos, e, incluso, de índole política. Además, ciñéndonos, en el caso de las apuestas deportivas, al fútbol, ya no se apuesta sólo sobre el resultado, sino que, por poner un ejemplo, existen opciones sobre quién, cuándo y cómo se marcarán los goles.

Asimismo, representan una realidad imparable que cada día cuenta con más operadores y usuarios. La gran oferta de juego presente en Internet contrasta con la aparente impunidad con la que se desenvuelven un importante número de las actividades ligadas a este tipo de negocios.

Uno de los escenarios en los que puede apreciarse este último extremo es el de la publicidad de este tipo de servicios. Como decimos, la promoción de estos productos crece a un ritmo de vértigo, incrementándose, con ello, las desventajas asociados a los mismos. La regulación es la única forma eficiente para controlar una realidad de la que se derivan ciertas cuestiones problemáticas –evasión fiscal, fraude, patologías adictivas, etc.-. Ahora bien, como hemos visto, lo más conveniente, por sus beneficios intrínsecos, es que los sitios *Web* dedicados al

sector de los juegos y apuestas *on-line* se comprometan activamente con las herramientas derivadas de la autorregulación a las que hemos hecho alusión. De esta manera, la comercialización de los juegos y apuestas *on-line* se someterán a un elenco de buenas prácticas que van más allá de las establecidas por la norma. Tal fenómeno contribuye, de manera simultánea, a la profesionalización de las organizaciones empresariales que operan en este ámbito virtual de carácter lúdico.

COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

Voto electrónico y protección de datos personales: los avances de la democracia universitaria en el País Vasco

Erika Yamel Munive Cortés*

SUMARIO: I. Introducción. II. La participación ciudadana en el autogobierno universitario. III. La democracia universitaria. IV. Las elecciones a Rector en la Universidad del País Vasco. V. La Universidad del País Vasco y la democracia electrónica. VI. La Democracia electrónica de la UPV/EHU y la protección de datos personales. VII. Los informes sociopolíticos sobre el uso del sistema de voto electrónico de 2004. VIII. Mejoras que ha hecho la UPV/EHU sobre la protección de datos personales en las elecciones a Rector celebradas en 2008. IX. La Agencia Vasca de Protección de Datos y el voto electrónico. X. Algunos esclarecimientos de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid referentes al tratamiento de ficheros universitarios relacionados con las elecciones. XI. Aspectos de la Recomendación REC (2004) 11 del Consejo de Europa que se han cumplido durante las elecciones a Rector efectuadas en la UPV/EHU. XII. Conclusiones.

Resumen

El principal objetivo de este artículo se centra en conocer el estado del arte que guarda la democracia universitaria respecto al voto electrónico y la protección de datos personales en el País Vasco. El estudio se realizó a través del análisis de la normativa y de los datos que influyeron en las votaciones universitarias celebradas en el País Vasco durante 2004 y 2008.

El resultado de este análisis nos permite afirmar que la democracia universitaria del País Vasco muestra un gran avance en materia de protección de datos personales. Los cuatro años que separan ambas votaciones han servido para mejorar la seguridad

Recibido: 14/6/2011 • Aceptado: 5/8/2011

* Licenciada y Profesora en Derecho Corporativo Internacional por la Escuela Libre de Derecho de Puebla, Máster en Informática y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Máster en Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología por la Universidad de Salamanca. Candidata a Doctora en Estudios Jurídicos. Universidad Rey Juan Carlos (España).

respecto a la intimidad de los votantes, no obstante aún se requiere incluir mejoras respecto al secreto del voto.

Palabras Clave: Democracia universitaria. España. País Vasco. Protección de datos. Voto electrónico.

Abstract

The main aim of this paper is to explore the state of the art of the University Democracy regarding e-voting and Data Protection in the Basque Country. The study was conducted through a descriptive research of law and data analysis that influenced the Electoral College vote choice in the 2004 and 2008 Elections.

As a result we have found that democracy's advances in The University of the Basque Country are a big step forward on data protection. The 2004 experience helped to improve the voter's privacy; however, the vote secrecy still needs significant improvement.

Keywords: University Democracy. Spain. Basque Country. Data Protection. E-voting.

I. Introducción

Si nos alejamos del aspecto político, encontramos que el derecho a la participación en el ámbito universitario, permite la intervención de aquellas personas que tienen cierta influencia en la vida política, económica, cultural y social de cualquier estado, es decir, facilita la participación de la comunidad universitaria a través de la elección directa y sufragio universal. En la Universidad del País Vasco, el derecho a la participación permite ejercer facultades de control y gestión por parte de la comunidad universitaria y confirma que el derecho de sufragio se ejercitará de manera personal, intransferible y secreta.

En 2004 se llevó a cabo la elección a Rector, en ella se buscó proteger la identidad de los votantes y el sentido del voto a través de la normativa que regula la protección de datos personales, para ello la universidad adoptó todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal. Ese mismo año, se realizaron diversos informes sobre el uso del sistema de voto electrónico, los cuales sirvieron de base para mejorar los comicios de 2008. En 2008 se dio cumplimiento al principio de calidad de los datos y se evitó difundir las candidaturas electorales a través de la web. El País Vasco ha sido una Comunidad Autónoma pionera en el uso de las Nuevas Tecnologías para ejercer el derecho a la participación, respecto a este tema, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, promueve la defensa del derecho a la intimidad evitando la cesión de datos del censo electoral y además sugiere proteger con el nivel más alto de seguridad los ficheros de las asociaciones de alumnos y de los miembros de órganos de gobierno. El Consejo de Europa

proporciona un listado de estándares que deben seguirse al efectuar votaciones electrónicas, varios de esos estándares han sido incorporados en los reglamentos de la Universidad del País Vasco.

II. La participación ciudadana en el autogobierno universitario

Para conocer el funcionamiento de las elecciones a Rector en una Universidad, es necesario analizar el derecho a la participación desde el punto de vista no político. A través del ejercicio de este derecho, se garantiza la intervención de una colectividad que tiene influencia en la vida política, económica, cultural y social del Estado, este derecho se encuentra garantizado en los artículos 9.2 y 27.7 de la Constitución Española (CE) los cuales señalan:

Artículo 9

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 27

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

El artículo 9.2 de la CE determina la obligación que tienen los Poderes Públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida cultural y social. Esta obligación se plasma de diversas formas, ya sea legislando, fomentando la igualdad o informando. En el caso de la participación en el ámbito universitario, esta obligación se complementa con el contenido del artículo 27.7 que señala las facultades de control y gestión que poseen los integrantes de la comunidad educativa. Leturia Navaroa manifiesta que la participación puede "desarrollarse en diversos ámbitos educativos: la programación de la enseñanza, el funcionamiento de los centros, su control, gestión, en el proceso de enseñanza-aprendizaje etc."¹.

Es importante señalar que el artículo 27.10 CE reconoce la autonomía de las Universidades. Cámara Villar clasifica a la autonomía universitaria de acuerdo con los siguientes aspectos: a) autogobierno, el cual permite dotarse de sus propios estatutos y regular en ellos su estructura interna y funcionamiento, de

¹ LETURIA NAVAROA, Ana: *El derecho a la participación educativa*. España. Universidad del País Vasco. 2006, p. 99.

conformidad con lo establecido en la vigente Ley Orgánica de Universidades, b) autonomía académica, c) autonomía financiera².

Gómez Sánchez hace una anotación importante al indicar que:

la titularidad del derecho fundamental a la autonomía universitaria, apartándose de lo que es habitual en lo relativo a la titularidad de los derechos y libertades, corresponde a la "comunidad universitaria", es decir a una colectividad, a una persona jurídica en suma, que tiene como finalidad defender la existencia y el muy definido ámbito de libertad que directamente afecta a cada uno de los miembros integrantes de esa comunidad³.

Por este motivo en este estudio no se incluye el contenido del artículo 48 CE (participación de la juventud), debido a que el artículo 9.2 engloba a la Comunidad Universitaria sin hacer ningún tipo de distinciones.

El desarrollo del precepto "Autonomía Universitaria" se realiza en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU) la cual ha sido modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril.

Las Universidades Públicas se rigen por:

1. La LOU,
2. Su Ley de creación,
3. Sus Estatutos,
4. Normas que se relacionen con la LOU
5. Normas que cada Comunidad Autónoma dicte en ejercicio de su competencia⁴.

La Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM) señala que "*Las Universidades son instituciones creadas por los órganos legislativos para desarrollar el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio*"⁵. Por dicho motivo, la ley concede a las Universidades las prerrogativas y potestades que posee una Administración.

De acuerdo con la APDCM "*La Autonomía en las Universidades Públicas se materializa especialmente a través del procedimiento democrático para*

² CÁMARA VILLAR, Gregorio: "La autonomía universitaria en España". *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Vol. I, Madrid, 2002, pp. 671-704.

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *Derechos y Libertades*. España. Ed. Sanz y Torres. 2003, p. 261.

⁴ Universidad del País Vasco /EHU. Normativa. http://www.idazkaritza-nagusia.ehu.es/p254content/es/contenidos/normativa/normativa_upvehu/es_norupv/normativa_upvehu.html. <http://www.ehu.es/p200-home/es/>. [Consulta: 2011, Mayo 20].

⁵ Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM): *Protección de Datos Personales para Universidades*. España. Thompson Civitas, 2008, p. 14.

elegir a sus órganos de gobierno"⁶. A través de estos conceptos podemos afirmar que la participación de la comunidad universitaria en el autogobierno universitario se realizará auxiliada por un método democrático que se encuentre conforme a los términos establecidos en las leyes que rigen el servicio público de la educación superior.

III. La democracia universitaria

Domínguez y Feito Alonso señalan que los vocablos "*<<educación>>*" y "*<<democracia>>*" son dos términos polisémicos que se utilizan para designar varias concepciones diversas de educación y democracia. Esas concepciones a veces son complementarias y a veces son contradictorias y mutuamente excluyentes"⁷. En el campo universitario la democracia es un concepto que complementa a la educación, este hecho es confirmado por la LOU al señalar:

Artículo 20

1. El Rector es la máxima autoridad académica de la Universidad y ostenta la representación de ésta. Ejerce la dirección, gobierno y gestión de la Universidad, desarrolla las líneas de actuación aprobadas por los órganos colegiados correspondientes y ejecuta sus acuerdos.

Le corresponden cuantas competencias no sean expresamente atribuidas a otros órganos.

Este artículo alude a las facultades de vigilancia que poseen los órganos colegiados dentro de una Universidad, dichas facultades limitan el campo de actuación, del Rector, por tal motivo, podemos equiparar la figura del Rector con la del representante del Poder Ejecutivo de una nación. El párrafo 2 del artículo 20 de la LOU realiza una mención expresa al ordenamiento que regula las elecciones: los estatutos universitarios.

Artículo 20

2. El Rector será elegido por el Claustro, o por la comunidad universitaria mediante elección directa y sufragio universal, según indiquen los estatutos de cada universidad, entre funcionarios en activo del Cuerpo de Catedráticos de Universidad que presten servicios en ella. Los estatutos regularán también el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de su sustitución en el caso de vacante, ausencia o enfermedad.

⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁷ DOMÍNGUEZ, José y FEITO ALONSO, Rafael: *Finalidades de la educación en una sociedad democrática. -Alternativas para un sistema escolar democrático-*. Colección recursos no. 76. Serie la escuela del nuevo siglo, 6. Ministerio de Educación y Ciencia. Secretaria General Técnica, ediciones Octaedro S.L. España. 2007, p. 7.

En el caso de que la elección del Rector corresponda al Claustro, para ser proclamado Rector será necesario que un candidato o candidata obtenga en primera votación más de la mitad de los votos a candidaturas emitidos válidamente. Si ningún candidato la alcanza, se procederá a una segunda votación a la que sólo podrán concurrir los dos candidatos con mayor número de votos en la primera votación, y será elegido Rector el candidato que obtenga más votos.

El Rector o la Rectora será nombrado por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

Como podemos observar, únicamente a través de la celebración de elecciones y mediante el ejercicio del sufragio podrá elegirse a la máxima autoridad académica de la Universidad y es precisamente aquí donde se puede equiparar a la comunidad universitaria con los electores que pertenecen a determinada nación. El apartado 3 de ese mismo artículo indica que los coeficientes de ponderación de los votos se establecerán de acuerdo con lo que señalen los Estatutos. Al respecto, el Consejo General del Poder Judicial señala que:

A diferencia de los Reglamentos ejecutivos, los Estatutos se mueven en el ámbito de autodisposición conferido por la autonomía; ámbito en el que el contenido prescriptivo de la Ley no opera como directriz positiva, sino como criterio de control o límite externo de legalidad, de suerte que aquellos únicamente incurren en ilegalidad cuando contradicen frontalmente las normas legales⁸.

Reafirmando con ello las prerrogativas y potestades que poseen las universidades.

La APDCM afirma que "*la elección democrática de los órganos de gobierno de las Universidades es una parte esencial de la autonomía universitaria, del derecho a la educación que implica la participación en el gobierno de las Universidades*". Debido a la autonomía universitaria, cada Universidad cuenta con sus propios estatutos, estos sirven como guía al momento de establecer los parámetros que deben seguirse para ejercer la democracia universitaria.

IV. Las elecciones a Rector en la Universidad del País Vasco

El Decreto 322/2003, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. (EUPV) reconoce en el artículo 17 el derecho a la participación al señalar lo siguiente:

⁸ Consejo General del Poder Judicial: *Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las universidades públicas*. Manuales de formación continuada. 16. Madrid. 2001, p. 309.

⁹ Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM): *Guía de protección de datos personales para Universidades*. España. Thompson Civitas, 2004, p. 48.

El derecho de los estudiantes a participar en los órganos de gobierno, representación y administración de la UPV/EHU implica: a) El sufragio activo y pasivo en las elecciones en los términos previstos en los presentes Estatutos y sus normas de desarrollo. b) El derecho a disponer de espacios para la celebración de reuniones relacionadas con estas actividades, dentro de las disponibilidades universitarias. c) Tener acceso a los medios necesarios para transmitir a los estudiantes y restantes miembros de la Comunidad Universitaria la información relativa a la actividad universitaria que consideren pertinente. d) Colaborar en el diseño y desarrollo de los programas de mejora de la calidad universitaria, según se determine reglamentariamente.

De este modo se ejercen las facultades de control y gestión por parte de los estudiantes.

En la Sección 6ª, denominada "del Rector y de los Vicerrectores", el artículo 248 define la figura del Rector de una manera menos descriptiva que la señalada en la LOU. El artículo 249 indica la forma en que se elegirá al Rector y restringe el acceso a ese puesto únicamente a los funcionarios que tienen dedicación completa dentro de la Universidad.

Además de los EUPV, las elecciones en dicha universidad se rigen por el Reglamento de Régimen Electoral General de la UPV/EHU (RREGUPV). Dentro de este Reglamento, el artículo 3.1 define como electores y elegibles a todas las personas que cursen estudios o presten sus servicios en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea en la fecha de la publicación de la convocatoria de las elecciones y que figuren incluidos en el censo de uno de los sectores electorales, en ese mismo artículo se establece que el personal eventual sólo disfrutará del derecho al sufragio activo. El apartado 4 impide que el derecho de sufragio se ejercite por delegación e indica que es personal e intransferible, este artículo incluye diversos conceptos que son trascendentales al momento de celebrar elecciones, entre ellos tenemos los siguientes:

5. Los requisitos exigidos para ejercer el derecho de sufragio activo o pasivo deberán reunirse a la fecha de cierre del censo electoral establecida en la convocatoria de las elecciones. Las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad serán las que establezcan las Leyes, los Estatutos, este Reglamento y la Normativa complementaria.

9. Nadie puede ser obligado o coaccionado, bajo ningún pretexto, en el ejercicio del derecho de sufragio ni para que revele el sentido de su voto.

10. La fecha de cierre del censo y de la consiguiente determinación de los componentes de cada sector, a efectos de ser electores o elegibles concluirá un mes antes de la fecha de votación, que tendrá lugar conforme al calendario que se apruebe.

11. La publicación del censo se efectuará en un plazo máximo de 5 días después del cierre del mismo, en los tablones de los centros y servicios generales habilitados al efecto, pudiéndose publicar también en el tablón electrónico.

12. La Comisión electoral correspondiente procederá a la resolución de las impugnaciones al Censo remitiéndolas, junto con su Resolución a la Comisión electoral general. La Comisión electoral general verificará la corrección de los censos, procediendo en su caso a la subsanación de errores u omisiones.

Otro artículo muy importante dentro de este reglamento es el 5, en él se indican las características del sufragio: universal, libre, igual, directo y secreto, además establece que el sistema electoral de la UPV es el proporcional de resto mayor.

Resulta necesario señalar que el contenido del RERUPV, establece las pautas a seguir durante este tipo de proceso electoral, en este Reglamento, el artículo 2 hace referencia a los elegibles y al modo de elección, estableciendo unas condiciones similares a la LOU y a los EUPV, el artículo 3 otorga importancia al censo electoral y define a los electores y electoras. La UPV/ UHE es una Universidad vanguardista en cuestiones electorales, por ello ha dedicado dentro de este reglamento, el Título VI a la regulación del procedimiento de votación y escrutinio electrónico.

V. La Universidad del País Vasco y la democracia electrónica

Jiménez Guerra y Vera Santos señalan que *"Los conceptos de democracia representativa y de e-democracia o democracia electrónica pueden ser entendidos como antítesis o como síntesis, como complementarios o como realidades diferentes y, a veces, contradictorias"*¹⁰. En el caso de la Universidad del País Vasco, la democracia electrónica es la síntesis que complementa y agiliza el ejercicio de la democracia dentro de su comunidad universitaria.

El voto electrónico es *"una nueva posibilidad de participación humana en asuntos públicos o privados, nacionales o internacionales, a través de las Tecnologías de la Información y Comunicación, la cual permite elegir una o diversas alternativas, ya sea de manera local o remota, tanto en entornos controlados como en aquellos que no lo están"*¹¹.

Durante las elecciones a Rector de la Universidad del País Vasco, celebradas el 24 de marzo de 2004 y el 1 de abril del mismo año, se aplicó por primera vez y con plena validez legal un sistema de voto electrónico en los campus de Araba-AÁLava, Bizkaia y Gipuzkoa, con un censo de casi 60.000 electores, 39 Colegios electorales y 78 Mesas. En estas elecciones se emplearon 100 urnas electrónicas y 2.000.000 papeletas. Las elecciones tuvieron dos jornadas de votación por sufragio universal ponderado de la comunidad universitaria, en la

¹⁰ VERA SANTOS, José Manuel: *La democracia electrónica: retos y perspectivas multidisciplinares*. Pedro Jiménez Guerra (coord). España. Instituto de España. 2009, p. 18.

¹¹ MUNIVE CORTÉS, Erika Yamel: *La protección de datos personales en los sistemas de voto electrónico*. Memorias III Congreso Internacional de Estudios Electorales. Partidos, Elecciones y Calidad de la democracia en la globalización. Sociedad Mexicana de Estudios Electorales. 2009.

primera concurren siete candidatos a Rector y la segunda se celebró con dos candidatos.

A lo largo de ambas jornadas, no se registraron incidencias reseñables y se consiguió una alta participación electoral (más de 31.500 electores). El tratamiento automatizado de datos durante estas jornadas, implicó proteger de manera adecuada tanto la identidad de los votantes, como el sentido del voto, dicha protección se pudo lograr acatando la normativa que regula la protección de datos personales.

VI. La democracia electrónica de la UPV/EHU y la protección de datos personales

Para efectuar el voto electrónico, es imprescindible tratar los datos identificativos de los votantes, por ello, es necesario garantizar que la información de los votantes sea protegida de manera adecuada, ante tal situación, la Ley Orgánica 4/2007 de 12 de abril, por la que se modifica la LO 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades, en su disposición adicional vigésimo primera hace referencia a la Protección de datos de carácter personal, indica:

Lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, será de aplicación al tratamiento y cesión de datos derivados de lo dispuesto en esta Ley Orgánica.

Las universidades deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, tratamiento o acceso no autorizados.

Por su parte, el Decreto 322/2003, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (EUPV), en el artículo 12 hace referencia expresa a los datos de carácter personal y señala que la Universidad del País Vasco acatará la legislación en materia de Protección de Datos Personales. El párrafo 1 afirma que *"la UPV/EHU mantendrá el registro de su personal y los expedientes académicos de sus estudiantes de acuerdo con la legislación vigente"*. Esta disposición garantiza que los datos personales que se encuentran en poder de la Universidad se encontrarán sujetos a un preciso cumplimiento legal. El párrafo 2 se refiere indirectamente tanto a la Ley 15/ 1999 como a su reglamento al mencionar que *"La recogida, tratamiento, derechos de acceso y rectificación y cesión de los datos de carácter personal contenidos en los archivos de la UPV/EHU se efectuará de acuerdo con lo establecido en la legislación relativa al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal"*. Es importante destacar que en la redacción de este apartado, el legislador no ha incluido los derechos de oposición y cancelación de datos, sin embargo dicha omisión no impide su ejercicio, puesto que la Universidad en el párrafo 1 señala que esta

actividad quedará sujeta a la legislación vigente y en ella sí se encuentran establecidos.

El derecho a la protección de datos personales de los votantes es *"una garantía que tutela la información asentada en soporte físico y que mediante un tratamiento, permite identificar o hacer identificables a las personas que participan a través de sufragio, en asuntos públicos o privados, nacionales o internacionales, permitiéndoles ejercer los derechos que les asisten y constriéndoles a cumplir los deberes que impone la legislación aplicable a la materia"*¹².

Otro aspecto destacable lo encontramos en el contenido del artículo 23 del Reglamento de la UPV/EHU para la protección de datos de carácter personal, dicho artículo se refiere a las cesiones que no requieren el consentimiento del afectado o afectada, entre ellas se encuentran los casos en que la cesión está autorizada por una norma con rango de ley o una norma de Derecho comunitario, cuando sean datos recogidos de fuentes accesibles al público, también se permite si el tratamiento responde a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implica necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso, la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique, cuando la comunicación que deba efectuarse tiene por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales, o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas o cuando la comunicación tiene como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas tampoco será necesario el consentimiento; de igual modo cuando la cesión se produce entre Administraciones Públicas y tiene por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos; cuando sean datos de carácter personal que una Administración pública ha obtenido o elaborado con destino a otra; y cuando la comunicación se realiza para el ejercicio de competencias idénticas o que versen sobre las mismas materias. Otro caso permitido consiste en la cesión efectuada previo procedimiento de disociación. Para garantizar el cumplimiento a la normativa de protección de datos personales todas estas cesiones se llevan a cabo mediante la supervisión de la persona responsable de seguridad según la LOPD y la persona responsable del fichero o tratamiento.

Durante la celebración de las jornadas de votación electrónica en la UPV/EHU, se empezaron a proteger los datos personales de los votantes y su privacidad. Desde 2004 se realizaron diversos informes sociopolíticos que proporcionan una visión amplia al respecto.

¹² *Ibid.*

VII. Los informes sociopolíticos sobre el uso del sistema de voto electrónico de 2004

La jornada electoral de 2004 al haber sido la primera que se efectuó mediante votación electrónica generó diversas opiniones, sin embargo la mayoría de ellas, no hacen referencia directa a la protección de datos personales¹³.

Carracedo considera que existe la siguiente ventaja: *"El sistema de reconocimiento electrónico por luz ultravioleta permite hacer posible la lectura del contenido del voto por la máquina, mientras que el secreto de voto se mantiene como hasta ahora, al constituir la propia papeleta el sobre en donde el secreto de voto queda a salvo (al doblarse sobre si misma)"*¹⁴. A través de este sistema se realiza una disociación del contenido del voto con la identidad del votante, ya que la urna electrónica solo lee la información referente al contenido del voto y no requiere conocer la identidad del votante para realizar dicha función.

Castañó Moreno hace un llamado de atención respecto de la normativa electoral al sugerir que

no debería permitir la existencia o tenencia de lámparas de ultravioleta a una determinada distancia de la urna electoral, a fin de garantizar el anonimato de la opción electoral elegida¹⁵. Además considera que "La privacidad del voto es fundamental, dado que la urna registra los votos por orden de entrada y la mesa apunta a los electores según votan. No es descabellado pensar que ambos listados podrían relacionarse. Es fundamental garantizar por el medio que sea el anonimato de los electores y de sus votos. Las urnas no sólo han de borrar cualquier registro antes de transmitir los resultados sino que además las listas de la mesa no deberían reflejar el orden de los electores según votan.

Esta observación es muy importante, sin embargo respecto al registro de los votos, no es atinado eliminar el orden de entrada, ya que dicha actividad permite auditar el funcionamiento de este sistema, en tal caso la urna debe garantizar una disociación respecto al orden de entrada, el contenido del voto y las listas de las mesas para evitar reflejar el orden de los votantes, además deben permitir seleccionar el nombre del votante de la lista completa del censo, sin necesidad

13 Gobierno Vasco. *El voto electrónico en el País Vasco*, Dirección de Procesos Electorales y Documentación. Departamento de Interior. 2004. <http://www.euskadi.net/botoelek/>. <http://www.euskadi.net>. [Consulta: 2011, Mayo 20].

14 CARRACEDO, José-David: *Breve informe sociopolítico sobre la utilización del sistema Demotek en las elecciones de la Universidad del País Vasco*. 2004. www.euskadi.net/botoelek/euskadi/informes/informe_2004_02.pdf. www.euskadi.net. [Consulta: 2011, Mayo 20].

15 CASTAÑO MORENO, Juan Carlos: *Breve informe sociopolítico sobre la utilización del sistema Demotek en las elecciones de la Universidad del País Vasco*. 2004. www.euskadi.net/botoelek/euskadi/informes/informe_2004_02.pdf. www.euskadi.net. [Consulta: 2011, Mayo 20].

de indicar hora de votación ni ningún tipo de numeración que permita relacionar el contenido del voto con el votante.

Castaño Moreno refiere que:

...hay que tener en cuenta que en ningún caso se permitía abrir las papeletas de votación electrónica para realizar el recuento manual. El recuento sólo se podía realizar mediante el aparato comprobador a fin de evitar el deterioro de las papeletas y que según sus instrucciones produciría la consecuente anulación de los votos válidamente emitidos. Este último aspecto cobra una mayor importancia si le unimos el hecho de que la gente, por norma general, no verificaba el contenido de la papeleta con el comprobador de luz ultravioleta, según palabras de los propios miembros de las mesas electorales¹⁶.

Esta observación nos permite sugerir que en la legislación electoral se debe estipular que antes de depositar el voto en la urna, el votante obligatoriamente debe verificar que la lectura del contenido del voto coincida con la opción que ha elegido. Esta disposición permite realizar un tipo de auto-auditoria a todos los votantes que utilicen este sistema, con ello se fortalecerá la confianza respecto a su uso. Al respecto Mázmla Echevarría hace hincapié en que *"una mayor "privacidad" en las cabinas de votación animaría a los "celosos de la intimidad". En este sentido, convendría dar más relevancia al uso del lector (luz ultravioleta) para verificar el contenido "invisible" de la papeleta, poniendo incluso algún pequeño gráfico que ilustre cómo se debe usar"*. Esta observación permite apreciar que dentro de la ley es necesario también hacer referencia a la forma en que deben ser colocadas las cabinas de votación, ya que estas coadyuvan a la protección de la intimidad, Mázmla coincide con Moreno en el hecho de fomentar el uso del lector. Estos informes han servido de base para desarrollar los comicios universitarios de 2008 en la UPV/EHU, en ellos se han mejorado diversos aspectos referentes a la protección de datos personales.

VIII. Algunas anotaciones que ha hecho la UPV/EHU sobre la protección de datos personales en las elecciones a Rector celebradas en 2008

Las elecciones a Rector de la Universidad del País Vasco se celebraron el día 22 de mayo en una jornada única ya que solo existía un candidato. Esta elección se realizó en los Campus de Araba-Alava, Bizkaia y Gipuzkoa por sufragio universal y voto ponderado. El censo se aproximó a los 55.000 electores. La votación electrónica no registró ningún incidente, hubo 38 Colegios y 72

¹⁶ CASTAÑO MORENO. Juan Carlos: *Breve informe sociopolítico sobre la utilización del sistema Demotek en las elecciones de la Universidad del País Vasco...*, op. cit.

Mesas electorales, se emplearon 96 urnas electrónicas y 350.000 papeletas. Solamente 6.000 electores utilizaron el sistema de voto electrónico¹⁷.

La UPV/EHU señala que se *"ha publicado un único censo que ha sido obtenido directamente por la Secretaria General desde los servicios informáticos. Ese censo es el que se ha remitido a todos los centros y servicios para que lo inserten en sus tablonos y es el que se ha difundido a través del root"*¹⁸, este hecho permite dar cumplimiento al principio de calidad de los datos, el cual señala que solo podrán recogerse y tratarse los datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos para el cumplimiento de los fines del fichero, además las personas podrán ejercer su derecho de rectificación en caso de que los datos del censo sean erróneos.

Además la UPV/ EHU advierte que *"LOS CENSOS NO PUEDEN PUBLICARSE NI DIFUNDIRSE A TRAVÉS DE LA WEB. Hay que ser especialmente celosos con esta prohibición pues de lo contrario vulneraríamos la normativa de protección de datos. Se recomienda a todos los centros y servicios que hagan búsquedas en sus Webs para confirmar que cumplen con la prohibición, si en cualquier sitio web se encuentra algún censo URGENTEMENTE hay que eliminarlo"*. Esta prohibición intenta garantizar que ninguna persona ajena a la comunidad universitaria tenga acceso a los datos que incluye el censo universitario. Aunado a lo anterior, la Universidad señala que al día siguiente a las votaciones, los censos se retirarán de los tablonos de anuncios y se destruirán. Esta medida despierta ciertas interrogantes ya que los tablonos de anuncios deben contar con alguna medida de seguridad que impida retirar censos los antes de celebrarse las votaciones.

Un aspecto trascendental consiste en el hecho de que este proceso electoral universitario prohíbe que las candidaturas electorales sean difundidas a través de la web ya que solamente se les da publicidad intrauniversitaria puesto que el número de interesados se limita a los integrantes de la Comunidad Universitaria de la UPV/EHU. No hay que olvidar que los ficheros de Universidades públicas se sujetan a las disposiciones que regulan la protección de datos personales en su Comunidad Autónoma.

IX. La Agencia Vasca de Protección de Datos y el voto electrónico

De acuerdo con Veleiro, las competencias de control de la Agencia Vasca de Protección de Datos (AVPD) respecto a los ficheros Universitarios le son

¹⁷ Gobierno Vasco. Las elecciones a Rector de la UPV/EHU, empleando el sistema Demotek ©. Departamento de Interior. 2008. http://www.euskadi.net/botoelek/euskadi/demotek/informes/Resultados_UPV_2008.pdf. <http://www.eskadi.net>. [Consulta: 2011, Mayo 20].

¹⁸ Universidad del País Vasco. *Elecciones a rector o rectora y claustro universitario. Manual electoral para las comisiones electorales de circunscripción y para las mesas electorales*. 2008, p. 9.

atribuidas porque tales ficheros de datos de carácter personal son "*creados o gestionados por las comunidades autónomas y por la administración local de su ámbito territorial*"¹⁹. Estas competencias se regulan en la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Las prerrogativas y potestades que posee una Administración son otorgadas a las Universidades debido a que desarrollan el servicio público de la educación superior.

Jiménez Guerra y Vera Santos señalan que es especialmente destacable "*el caso vasco, con una norma electoral autonómica (Ley 5/1990, modificada a este respecto por la Ley 15/1998, cuyo capítulo X del título V arts. 132 bis a septies) regula el procedimiento de voto electrónico aludiendo a la tarjeta electrónica con banda magnética, urna electrónica, pantalla de votar, cabina electoral y el programa informático electoral*"²⁰. Estos hechos demuestran que es una Comunidad Autónoma que se encuentra abierta a la aplicación de las Nuevas Tecnologías en el ejercicio del derecho a la participación política y no política.

En Madrid se concentra una cantidad considerable de Universidades, ese hecho ha provocado que la APDCM reciba diversas consultas respecto al tratamiento de ficheros universitarios en materia electoral, sus respuestas nos pueden proporcionar una pauta para saber cómo realizar el tratamiento de dichos ficheros.

X. Algunos esclarecimientos de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid referentes al tratamiento de ficheros Universitarios relacionados con las elecciones

La APDCM hace referencia a la cesión del censo a los candidatos y recomienda que "*A la hora de determinar si puede cederse a las candidaturas el dato del domicilio de cada elector, hay que analizar si ese dato forma parte del censo electoral y si el censo electoral puede estar a disposición de cada una de las candidaturas*"²¹. Este consejo nos remite a los Estatutos Universitarios, al Reglamento del Régimen Electoral General de la Universidad y al Reglamento de Elección del Rector o Rectora o del tipo de elección que se trate de la Universidad que pretende ceder dicho dato.

¹⁹ VELEIRO, Belén: *Protección de datos de carácter personal y sociedad de la información*. Estudios jurídicos 12. Ministerio de la Presidencia. Boletín Oficial del Estado, Madrid.2008. B.O. País Vasco», núm. 44, de 4 marzo. 2008, p. 85. www.avpd.euskadi.net[Consulta: 2011, Mayo 20].

²⁰ VERA SANTOS, José Manuel: *La democracia electrónica: retos y perspectivas multidisciplinares...op. cit.*, p. 98.

²¹ Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM): *Guía de protección de datos personales para Universidades...op. cit.*, p. 48.

La APDCM hace una aclaración respecto a los datos que se deben incluir en el censo electoral y señala que:

...por una parte la inclusión del dato del domicilio en el censo electoral para la celebración de elecciones a rector puede parecer un dato excesivo, ya que dicho dato es a primera vista poco relevante para la finalidad que se persigue de garantizar el derecho a voto de cada elector en su mesa correspondiente y evitar duplicidades. Pero por otra parte, el dato del domicilio puede ser necesario para facilitar la participación y el conocimiento de las candidaturas; especialmente cuando los procesos electorales se desarrollan en periodos no lectivos.

Por tal motivo, la APDCM no considera al domicilio como dato excesivo dentro del censo, sino como indispensable para el correcto desarrollo de las elecciones.

Para evitar daños al derecho a la intimidad durante las elecciones universitarias, la Agencia señala que *"la cesión de un espacio en la página WEB de cada universidad para publicar el programa electoral y las facilidades que dé la Universidad para que a través del administrador del correo las candidaturas puedan enviar correos electrónicos a los electores son instrumentos que las nuevas tecnologías ofrecen para facilitar la participación y la información de los electores, reduciendo al máximo los posibles riesgos al derecho a la intimidad"*²². A través de este tipo de acciones se evita ceder datos y además se promueve la participación de la comunidad universitaria en los comicios.

En relación con el tratamiento de los ficheros relativos al censo electoral, la Agencia señala que para garantizar la imparcialidad del proceso, lo ideal es que dichos ficheros se encuentren bajo el control de la junta electoral e indica que el fichero del censo electoral debe reportarse como fichero público, cuya finalidad única consiste en garantizar el ejercicio del derecho de sufragio de los miembros de la comunidad universitaria, por tanto, no es posible usarlo o cederlo para alguna otra finalidad. Respecto a la inscripción la APDCM afirma que *"Los ficheros de las Universidades Públicas deben ser inscritos en el Registro General de Protección de Datos y en el Registro Autonómico correspondiente"*²³. Sin embargo aclara que *"tanto las Universidades públicas como las privadas tienen que ceder datos sin consentimiento del interesado cuando exista una previsión legal"*. Y cuando se ejerciten *"competencias homogéneas o que versen sobre las mismas materias"*²⁴.

22 Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM): *Guía de protección de datos personales para Universidades...Op. cit.*, p. 49.

23 Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (APDCM): *Protección de Datos Personales para Universidades*. España. Thompson Civitas, 2008, p. 24.

24 *Ibid.*, p. 32.

La APDCM también se refiere a los niveles de seguridad de los ficheros relacionados con los procesos electorales e indica que "el fichero de asociaciones de alumnos, que si contiene datos de alumnos asociados, deberá disponer de un nivel de seguridad alto ya que alberga datos de ideología", de igual modo, "el fichero de miembros de órganos de gobierno de la Universidad –como el fichero del Claustro- que debe tener un nivel alto al recogerse las orientaciones ideológicas de sus miembros"²⁵. Garantizando con ello la protección de estos datos relevantes.

Además de la normativa española que regula las votaciones electrónicas en la UPV/EHU, resulta interesante conocer si las votaciones celebradas en 2004 y 2008 en la universidad Vasca reúnen algunos estándares europeos.

XI. Aspectos de la Recomendación REC (2004) 11 del Consejo de Europa que se han cumplido durante las elecciones a Rector efectuadas en la UPV/EHU.

La Recomendación fue desarrollada por un grupo *ad hoc* multidisciplinar de especialistas en estándares legales, operacionales y técnicos para el voto electrónico.

El contenido de la Recomendación se subdivide en anexos y los estándares se identifican a través de números consecutivos. Los anexos I a III contienen los estándares legales, operacionales y técnicos, que mínimamente deben seguirse al utilizar un sistema de voto electrónico²⁶.

Los estándares legales pretenden salvaguardar los principios del derecho de sufragio; es decir, que se emita un voto universal, igual, libre y secreto, también buscan que el procedimiento se efectúe de manera transparente, que se pueda verificar y certificar la emisión de los votos y que además ofrezca fiabilidad y seguridad a los votantes.

Los estándares procedimentales pretenden asegurar que se lleven a cabo todas las etapas necesarias para celebrar una elección (convocatoria, formas de participación, existencia de un censo electoral, autenticación de votantes, lista de candidatos, opciones de voto, emisión de votos, escrutinio, resultados, constancias, proceso de auditoría).

Los estándares técnicos se refieren a la construcción y operación del hardware y software que permitirá cerciorar la seguridad técnica, la accesibilidad y la interoperabilidad de los sistemas de voto electrónico. Las tres categorías de estándares incluyen recomendaciones relacionadas con todas las etapas de las elecciones y referéndums.

²⁵ Ibid., p. 21.

²⁶ Consejo de Europa. Recomendación REC (2004) 11 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los Estándares Legales, Procedimentales y Técnicos de los sistemas de votación electrónica, firmada en Estrasburgo el día 30 de septiembre de 2004. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=778189>. [Consulta: 2011, Mayo 20].

En este artículo son analizados únicamente los estándares que han sido cumplidos durante las elecciones celebradas en la UPV, para facilitar la revisión se ha desarrollado la exposición de acuerdo con los anexos que conforman la Recomendación.

ANEXO I
ESTÁNDARES LEGALES
B. Garantías procedimentales
III Fiabilidad y seguridad

35. Los votos emitidos y la información sobre los votantes deberá permanecer sellados en tanto en cuanto dichos datos se conserven de modo que sea posible establecer vínculos entre ellos. La información sobre la autenticación de los votantes debe separarse de la información sobre la decisión hecha por el elector al votar, en un momento predeterminado de la elección electrónica o referéndum electrónico.

El Reglamento de Elección del Rector o Rectora (RERUPV) en el Artículo 19 fracciones 2 y 3, hace referencia al depósito del voto de aquellos votantes que no pueden estar presentes el día de las elecciones, a través de este artículo se permite depositar el voto en los centros de trabajo:

2.- Los votos deberán ir en un sobre cerrado, que será introducido junto con una fotocopia del DNI, o de uno de los documentos referidos por el artículo 18, en otro sobre dirigido a la Presidencia de la Mesa de la demarcación electoral correspondiente, indicando en el exterior el nombre y apellidos del votante o de la votante, así como el sector electoral al que pertenece, debiendo firmar en la solapa, que deberá ser precintada con cinta adhesiva. 3.- Cerrada la votación, se procederá a la introducción en la urna de los votos así emitidos, previa comprobación de su inscripción en el censo. Si alguno de estos votos correspondiera a alguien que haya emitido ya su voto personalmente, el voto depositado perderá su validez, no siendo introducido en la urna

Como puede observarse, se cumple plenamente lo señalado en el numeral 35 de la REC (2004) 11. De igual modo, el párrafo 2 del artículo 7 del RERUPV hace referencia al depósito de votos de las personas que no pueden estar presentes el día de la votación.

ANEXO II
Estándares Procedimentales
II Votantes.

"39. deberá contarse con un censo electoral periódicamente actualizado. El elector podrá comprobar, como mínimo, la información

que sobre sí mismo consta en el censo electoral, así como podrá interponer reclamaciones para corregir incorrecciones".

Sobre este punto, el REGUPV en el Artículo 6 párrafo 6 indica que: "los defectos en el Censo se subsanarán, previa la oportuna comprobación por la Comisión electoral, de oficio o por impugnación del interesado realizada dentro de los tres días siguientes a la publicación del censo".

Del mismo modo el RERUPV hace alusión al censo electoral en el artículo 9, denominado "censos electorales", dentro del apartado 1 se señala que: "La Secretaría General, a la vista del listado que le proporcionen los servicios de personal y de gestión académica, elaborará un censo electoral provisional y ordenará su publicación en el tablón oficial de anuncios del Rectorado, de los Vicerrectorados de Campus y de todos los Centros, durante el plazo previsto en el calendario electoral aprobado por el Consejo de Gobierno".

El apartado 2 marca la forma en que se corregirán los errores que pudiese tener el censo:

Las reclamaciones contra las posibles omisiones o inexactitudes que se adviertan en el censo provisional deben formularse ante la Comisión electoral general en el plazo fijado en el calendario electoral y deberán ser presentadas en cualquiera de las oficinas del Registro General de la Universidad. La Comisión electoral general resolverá las reclamaciones en el plazo máximo de cuatro días hábiles, al cabo de los cuales aprobará definitivamente el censo y ordenará su publicación.

Para facilitar la tarea de consulta del censo, el RERUPV prevé esta posibilidad en el apartado 1 segundo párrafo del artículo 9, ya que señala: "El censo también se publicará en los tabloneros de anuncios corporativos (intranet) de la UPV/EHU", y además, cumpliendo con lo indicado en el estándar número 5: "se considerará la posibilidad de crear un censo electoral electrónico..."

ANEXO III

Estándares Técnicos

D. Seguridad

I. Requisitos generales. (Referidos a las fases previas a la emisión del voto; a la votación en sí, y a los estadios posteriores a la votación).

"77. Se adoptarán medidas técnicas, y de organización, con el fin de asegurar que en el caso de breakdown (caída del sistema) o si se produce un fallo que afectase al sistema de votación electrónica, no sea posible la pérdida definitiva de datos".

Al respecto, el RERUPV en su artículo 29 describe las medidas técnicas y de organización que deben de seguirse en caso de que ocurra alguna incidencia al momento de efectuarse la votación electrónica, el párrafo 5 indica que:

Si durante el desarrollo de la votación electrónica la Presidencia de la Mesa comprobara el funcionamiento incorrecto de la urna electrónica, ordenará seguir la votación de forma manual en el depósito de la misma urna, retirando la parte electrónica averiada y colocando la tapa oportuna para que la urna quede cerrada.

Al mismo tiempo, la Presidencia solicitará a la persona responsable del mantenimiento, la provisión de una nueva urna electrónica completa con su correspondiente depósito. Una vez recibida la nueva urna electrónica y efectuada la apertura y puesta en funcionamiento de la misma, la Presidencia precintará el depósito de la urna empleada en la votación manual, que será custodiada por la Mesa, y ordenará seguir la votación de forma electrónica.

El párrafo 7 complementa señalando que la máquina electrónica averiada será precintada por la presidencia de la mesa y establece que se deberá dar aviso a la comisión electoral general para su retirada de la mesa y posterior borrado de todos los datos registrados en la misma.

El artículo 33 del citado reglamento trata acerca del momento en que se da fin a la votación y del escrutinio electrónico. En el apartado 2 se hace referencia a la confidencialidad del registro de votantes y se señala que una vez firmada el acta, la presidencia de la mesa introducirá nuevamente la tarjeta de control de cierre en la urna, para realizar el cierre definitivo, borrando todos los datos registrados en la misma durante el día de la votación. Una vez finalizado el borrado, se desconectará la máquina electrónica, de ese modo se cumple con lo estipulado en el estándar 78: *"El sistema de votación electrónica protegerá la privacidad de los individuos. Se mantendrá también la confidencialidad de los registros de votantes que estén guardados en, o que hayan sido comunicados a través del sistema de votación electrónica"*. El estándar 79 se intenta garantizar a través del artículo 27 RERUPV, ya que antes de comenzar la votación se debe comprobar el funcionamiento de las urnas, del mismo modo se verificará su funcionamiento durante el desarrollo de la votación y durante el escrutinio, si se llegasen a producir incidencias en esos momentos. *"79. El sistema de votación electrónica se someterá regularmente a chequeos para garantizar que sus componentes funcionan de acuerdo con sus especificaciones técnicas y que sus servicios están disponibles"*. Aunado a ello, el artículo 29 del RERUPV en su fracción 5 prevé el reemplazo de la urna electrónica que resulte averiada durante la celebración de las votaciones y obliga a precintarse el depósito de la urna que se emplee en la votación manual, evitando con ello la pérdida de datos. En la fracción 7 se garantiza la confidencialidad al establecer el borrado de datos existentes en la urna averiada.

Los estándares 87 y 88 se refieren a la verificación de los plazos establecidos: *"87. Deberá ser verificable el hecho de que la presentación de candidaturas y, en caso de que así se requiera, la proclamación de candidaturas, se haya producido dentro de los plazos establecidos"*, *"88. Asimismo, también deberá ser verificable que el registro de votantes se ha producido dentro de los plazos establecidos"*.

Al respecto, el RERUPV en el artículo 15, fracción 4, señala que el escrito de presentación de candidaturas será entregado en las oficinas del Registro General de la UPV/EHU, en el plazo previsto por el calendario aprobado por el Consejo de Gobierno y contempla en la fracción 5 la posibilidad de que la persona candidata que desee retirar su candidatura deberá hacerlo con una anterioridad de 24 horas al plazo previsto para el depósito de voto. Aunado a ello, el artículo 16 hace referencia a la proclamación provisional de los candidatos y candidatas, de acuerdo con el calendario aprobado por el Consejo de Gobierno. Respecto a la verificación, establece que las listas de los candidatos y candidatas proclamadas permanecerán expuestas al menos hasta la fecha de votación.

El RERUPV en su artículo 6 párrafo 7, hace referencia a la expiración de los plazos de presentación de candidaturas y a la proclamación de las candidaturas en un plazo máximo de cinco días, procediendo a la confección de las papeletas oficiales.

XII. Conclusiones

El derecho a la participación no solo se ejerce en el aspecto político, también se puede practicar en las áreas económica, cultural o social; el sufragio universal y directo es la herramienta que permite ejercer el derecho a la participación. El País Vasco ha sido pionero en la implantación de medidas que permiten ejercer el derecho a la participación. La UPV ha adoptado diversas medidas que garantizan la seguridad de los datos de carácter personal. Las elecciones a Rector celebradas en la UPV han incorporado elementos establecidos tanto por la APDCM como por el Consejo de Europa, a través de ellos, se preserva el derecho a la intimidad y el funcionamiento de los sistemas de voto electrónico, sin embargo aún le falta incorporar diversos estándares de la Recomendación emitida por el Consejo de Europa.

CRÓNICA JURÍDICA

Presente y futuro de los dispositivos telemáticos de localización de presos utilizados en España

Federico Bueno de Mata*

SUMARIO. I. Introducción: medidas cautelares como medio de prevención de los delitos y el internamiento en prisión como pena máxima. II. Las nuevas tecnologías y la posibilidad de creación de la denominada "cárcel informática". III. Dispositivos de localización actuales en España: brazaletes o pulseras de localización electrónicas. 1. Razones y personas a las que van destinadas: especial relevancia a los delitos de violencia de género. 2. Brazaletes o pulseras de localización electrónicas. IV. Dispositivos telemáticos de futura aplicación en España: chips de localización electrónicas. V. Ventajas y problemas de las pulseras y los chips. 1. Ventajas por las que deben ser utilizadas. 2. Problema: ¿Vulneración de algún derecho fundamental? VI. Conclusiones.

Resumen

En este artículo se hace un estudio sobre la viabilidad de implantar las pulseras electrónicas como medida cautelar y como medida preventiva de la comisión de futuros delitos. En primer lugar se cuestiona su viabilidad como medio de resocialización de presos y como oportunidad de aunar la justicia con las Nuevas Tecnologías, estableciendo de este modo una nueva forma de prisión, la denominada cárcel electrónica. Se analiza la figura de la pulsera electrónica como medida utilizada en España en los casos de violencia de género y se plantea la posibilidad de evolucionar hacia los chips como medio telemático de localización según las ventajas propuestas.

Palabras clave: Medidas cautelares. Pulseras electrónicas. Cárceles electrónicas.

Abstract

In this article we study the feasibility of implementing electronic bracelets as a precaution, and as a preventive measure of committing future crimes. First question its

Recibido: 10/4/2011 • Aceptado: 16/5/2011

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Máster en Práctica Jurídica. Título de Capacitación de Abogacía y Profesor de Enseñanza Secundaria y Universitaria. Personal Investigador en Formación del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. España.

viability as a means of reintegration of prisoners, and an opportunity to combine justice with New Technologies, thus establishing a new prison, the "electronic prison". It analyzes the figure of electronic tagging as a measure used in Spain in cases of domestic violence, and raises the possibility of evolving into the chips as telematic tracking proposals on the merits.

Keywords: Preventive Measure. Electronic Bracelets. Electronic Prison.

I. Introducción: medidas cautelares como medio de prevención de los delitos y el internamiento en prisión como pena máxima

En estos tiempos en los que la resocialización de los presos está más cuestionada que nunca, al ser valorada por muchos como una utopía y las voces populares se alzan pidiendo el endurecimiento de las penas y su cumplimiento íntegro; es una obligación para cualquier jurista que se precie rechazar este fin materialista de las penas.

El internamiento en prisión es la medida más dura que se puede imponer a un ser humano; debe tener una función represora y a su vez correctiva de los hechos o comportamientos que han llevado al afectado a esa situación, sin olvidar que el ingreso en la cárcel supone un gran estigma para la persona rea el resto de su vida, a la vez que una etiqueta, la de ex carcelario, a los ojos de la sociedad.

También hay que decir que el servicio penitenciario es un servicio estatal, pagado íntegramente con los salarios de todos los españoles, un gasto necesario, (eso no es discutible) pero muy elevado y que consiste un gran tanto por ciento de los presupuesto generales del Estado.

A veces los delincuentes "menores" o "muy habituales" ven en los centros penitenciarios una especie de "refugio", ya que muchas asimilan la cárcel como un sitio con un techo en el que refugiarse y les dan de comer, tomando la conciencia de la entrada en prisión como un premio más que un castigo.

Estos pensamientos, a la vez de ser contraproducentes y desvirtuantes del fin mismo perseguido, suponen un coste para los ciudadanos. También irían en contra de grandes penalistas como BECCARIA que defendió que la cárcel como pena -y no como lugar de reclusión o cobijo de presos- estaba legitimada por ser el remedio más eficaz que existía en su tiempo.

Por tanto, siguiendo la doctrina de autores como el anterior, debemos elegir la prisión como última opción y buscar e imponer la pena más suave entre las eficaces; ya que esta es sólo la pena justa, además de útil¹.

¹ BECCARIA, C, *De los delitos y de las penas* (Trattato dei delitti e dellepene), Madrid, 1982, pp. 71 y ss.

II. Las nuevas tecnologías y la posibilidad de creación de la denominada "cárcel informática"

Pues bien, aprovechando que el siglo XXI ya está aquí y con él, una revolución tecnológica que está trastocando todos los órdenes de la sociedad, entre ellas el mundo penitenciario, parece normal que la cárcel, una de las instituciones más vituperadas del siglo XX, vaya modificando sus expectativas y fundamentos tratando de conseguir lo que en el siglo XX no pudo conseguir: ser un instrumento paulatino que facilite la resocialización².

Por este motivo de modernización y por motivos económicos para el Estado, veo un gran futuro el hecho de utilizar dispositivos de localización de reos, tanto en casos de medidas cautelares preventivas, como en los casos de presos que estén en tercer grado o para conmutar las penas de cárcel por llevar estos dispositivos; es decir para los que han cumplido condena, los que tenga un permiso, etc.

Por todo ello, debemos buscar alternativas a la prisión, sobre todo refiriéndose a estos casos de delincuentes muy reincidentes en delitos con poca pena, en las que vemos que el internamiento en prisión no conseguiría su fin correctivo.

Parece ineludible, pues, la necesidad de combinar la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la justicia a la hora de analizar la viabilidad de la "cárcel electrónica"³; y las posibilidades jurídicas que la vigilancia electrónica puede ofrecer son el objeto de estudio de esta comunicación y su situación real en España.

En este marco se encuadrarían la interposición de las medidas cautelares ayudadas y fomentadas por las nuevas tecnologías.

Hoy en día parece difícil negar las posibilidades de utilización de la vigilancia electrónica como medio para facilitar el acceso al tercer grado⁴, a la libertad condicional, sustituir numerosos casos de prisión preventiva y como medio para excarcelar o de evitar la propia reclusión (con las debidas garantías para la sociedad).

Realmente la cárcel electrónica es un fenómeno mental más que físico⁵, su fundamento principal se halla en la certeza de que se es observado. Esta certeza deriva de la precisión de los sistemas de control. Si la cárcel tradicional puede ser contemplada como un medio coactivo físico que el Estado impone a un

² RIBAGORDA GARNACHO, Arturo, "Seguridad de las tecnologías de la información", en *Cuadernos de Derecho Judicial Núm. 11*, Madrid, 1996, p. 307.

³ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑO, F. *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*, Madrid, 2006, pp. 2- 4,

⁴ Vid. LÓPEZ CABRERO, G., "Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas" en *Poder Judicial*, 2ª Época. Núm. 40, octubre-diciembre de 1995, p. 271.

⁵ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑO, F. "Sistema penitenciario y revolución telemática ¿El fin de los muros en las prisiones?" en *Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Madrid, 2005, pp.- 132-144.

sentenciado, la nueva cárcel electrónica será un medio paralelo de coacción más mental que física. Paralelamente los excesos penitenciarios en la cárcel (cadena perpetua, sometimiento intemporal a celda cerrada) derivaron a una tortura física, los excesos de la cárcel electrónica comportaran una tortura mental. De esta forma se constata que su libertad en cierta medida es sólo un espejismo y que su comportamiento está condicionado.

Es muy importante tener presente que la cárcel electrónica al igual que la física está sujeta al principio de proporcionalidad y admite modulaciones derivadas del tiempo del control y de la intensidad del peligro que revela la gravedad del hecho criminal cometido.

Tradicionalmente se dice que mientras la cárcel física ataca el derecho a la libertad, la cárcel electrónica cercena el derecho a la intimidad⁶, más adelante analizaré si esta forma de control vulnera algún derecho fundamental del ser humano, aunque particularmente opino que estos dispositivos telemáticos de control y rastreo de reos, vienen dirigidos únicamente a limitar el derecho a la libertad mediante el control.

Realmente, la cárcel electrónica se basa en una ilusión⁷. El vigilado en una primera fase, comprueba que aparentemente se halla libre, que puede desplazarse, disfrutar de su hogar y su entorno, estar con sus amigos y familiares. Más posteriormente cuando advierte la intensidad del control al que se halla sometido, tras la euforia sobreviene una fase de decaimiento, es entonces cuando comprueba la dureza real de la medida cautelar.

III. Dispositivos de localización actuales en España

1. Razones y personas a las que van destinadas: especial relevancia a los delitos de violencia de género

Actualmente en España las pulseras que se utilizan como dispositivos de localización de presos se aplican a las siguientes personas:

a. Los medios de localización de personas se han hecho mucho más populares en España últimamente a consecuencia de la persecución de los delitos de violencia sobre la mujer o también llamada violencia de género, donde estaríamos hablando más de medida preventiva que de medida cautelar.

Veneno éste que se ha recrudecido en España para alarma de muchos en el pasado año 2010. De esta forma las víctimas por violencia de género se han

⁶ NISTAL BURÓN, Javier, "La prisión del siglo XXI", *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía*, Ed. Cámara Oficial de Congreso e Industria de Jaén, Jaén, 2002, p. 44.

⁷ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑO, F. "Sistema penitenciario y revolución telemática ¿El fin "...*op. cit.* 132-144.

incrementado⁸ de 55 en 2009 a 73 asesinadas en 2010. Pero las malas estadísticas no se quedan ahí, debido a que estas cifras se acompañan con otras muy preocupantes.

De estas 73 mujeres, solo un diez por ciento de las mismas había solicitado orden de protección, y sólo un quince por ciento había interpuesto denuncia previa a su presunto agresor, lo que se traduce en un neurálgico descenso de la sensación de peligro.

Esta sensación de aparente confianza se refleja en la reducción de 15.7 por ciento de llamadas al 016, el teléfono de emergencia exclusiva destinado a los casos de violencia de género españoles, con el dato de que⁹ el 68,8% de estas mujeres asesinadas el pasado año, convivían en el momento de su asesinato con su agresor, cifra que se dispara 22.6 puntos en relación a 2009.

b. En segundo lugar también se pueden interponer para personas que no están condenadas a prisión pero si imputadas. Se trataría de una medida cautelar dictada por un juez durante el proceso, sobre personas que aún ostentan la presunción de inocencia pero que se consideran "un riesgo objetivo" para la víctima y para el desarrollo del proceso en sí. Se encuadrarían aquí los casos de los artículos 502 a 519 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que establecen las circunstancias requeridas para poder decretar prisión preventiva: existencia de un hecho con caracteres de delito, cuya pena señalada sea superior a prisión menor (seis meses y un día a seis años) o que, aún siendo igual o inferior su duración, se considere necesaria su aplicación por los antecedentes del imputado, circunstancias del hecho, alarma social provocada, frecuencia de hechos análogos y existencia de motivos suficientes en la causa para creer responsable del supuesto delito a la persona contra quien se dicta la medida.

c. Procederá por último su implantación a presos que estén a punto de salir a la calle (tercer grado), eliminando así otro de los problemas de las cárceles, la superpoblación y para mantenerles alejados de determinadas áreas físicas.

A priori, podemos ver como el sistema no puede evitar que el preso vuelva a delinquir, pero sus defensores aseguran que tiene un efecto disuasorio tremendo y que, además, facilita la reinserción en la sociedad.

2. Brazaletes o pulseras de localización electrónicas

Las pulseras de localización son el actual sistema que se aplica en España para estos delitos. Las pulseras son controladas por una tecnología basada en el GPS, (*Global Positioning System* o Sistema de Posicionamiento Global).

⁸ <http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/muertes.htm> (Fecha de consulta 11 de Marzo de 2011)

⁹ Todos los datos en la página oficial del Observatorio sobre la Violencia de Género <http://www.observatorioviolencia.org> (Fecha de consulta 13 de Marzo de 2011)

Esta tecnología se basa en la propagación de las ondas de radio de un determinado tipo de banda en el espacio, aprovechando la posibilidad de modularlas para que en ellas se pueda incluir la información necesaria que permita posicionar un objeto en el sistema de referencia apropiado. Este sistema nos permite localizar cualquier radioreceptor que esté en la Tierra, es decir, a cualquier portador de una pulsera electrónica.

El ya extinto Ministerio de Igualdad español, ahora refundido en el Ministerio de Sanidad, Educación e Igualdad, destinó en 2009 un presupuesto de cinco millones de euros para contratar brazaletes de localización que mantengan a los acusados por delitos de violencia de género alejados de sus presuntas víctimas. Según el informe aprobado, además de la protección de la mujer, el objetivo es que ella tenga pruebas si hay quebrantamientos de la orden de alejamiento.

Las pulseras destinadas a vigilar electrónicamente¹⁰ a presuntos maltratadores son dispositivos controlados mediante la tecnología GPS, que permite localizar a cualquier radioreceptor, en este caso al presunto maltratador y a la víctima debido a que los dos portan dispositivos, en puntos geográficos concretos.

Desde su adquisición en 2009, en estos años han aparecido nuevos dispositivos que sumados a los anteriores garantizan la eficacia absoluta de esta medida.

De esta forma, el dispositivo para el agresor consiste en un brazalete ajustable a la muñeca o el tobillo que funciona como transmisor de radiofrecuencia y que lleva aparejado un dispositivo de rastreo GPS. El transmisor envía señales al centro de control para verificar que el inculcado lleva consigo el localizador y es capaz de activar una alarma en el momento de coincidir a menos de 500 metros con el dispositivo de la víctima. A esto, debemos sumarle ahora una unidad de incremento de alcance de señal, ubicada en el domicilio del agresor.

Por otro lado, existe otro dispositivo para la víctima, cuestión que puede resultar chocante *a priori*, al observar que la víctima tiene que soportar la carga de llevar un aparato 24 horas al día con ella, pero aquí debemos ponderar los intereses en juego y entender que la portación del mismo no deja de ser una medida de seguridad encaminada a reforzar más su protección y su integridad física y moral.

Su dispositivo es parecido a un teléfono móvil y permite la comunicación de voz y datos con el centro de control de forma recíproca. Incluye un sistema de localización geográfica por GPS de ella misma y del agresor para advertir, tanto a la víctima como al centro, si el agresor se acerca o quebranta la orden de alejamiento. En el remoto caso en los que la tecnología fallara, dispone a su vez del denominado "botón de pánico" que activaría todas las alarmas y mecanismos de protección de modo automático.

¹⁰ Todos estos dispositivos se encuentran perfectamente detallados en el estudio relativo a la *monitorización* electrónica y disuasión de la Comunidad de Madrid disponible en la siguiente web <http://www.addstrain.com/uploaded/spanish%20case%20study%20spa.pdf>; (fecha de consulta 16 de febrero de 2011).

Este dispositivo se ha visto también fortalecido con dos nuevas unidades de refuerzo ubicadas en el domicilio de la propia víctima: un dispositivo fijo que funciona igual que la unidad móvil con las mismas funciones y que establece comunicación inmediata entre la víctima y el centro de control, y otra unidad adherida a la anterior que potencia el alcance de la señal para proporcionar una seguridad mayor. Por supuesto, estas medidas ofrecen una seguridad y control mayor, pero nunca una seguridad absoluta ni una protección total; aún así ofrece a los cuerpos de seguridad un margen de tiempo mayor para actuar que con la anterior situación.

El problema actual con el que nos topamos aquí es que de las 3.000 pulseras que el ministerio de igualdad adquirió en el año 2009 para todo el Estado, de las cuales solo se han usado, a fecha de marzo de 2011, un 18% de las mismas¹¹.

IV. Dispositivos telemáticos de futura aplicación en España: chips de localización electrónicos

Significa un paso más en el mundo de dispositivos telemáticos de localización de personas. Consistirían en una tecnología GPS mucho más depurada y avanzada¹², con un grado de exactitud casi absoluta.

Su implantación se haría a través de la piel, y aunque los pioneros en poner estos chips subcutáneos sea EEUU, en países como España ya se empiezan a hacer pruebas en animales (los chips de localización en perros son ya una realidad), niños y enfermos del Alzheimer¹³.

Desde una teoría propia y autónoma damos las siguientes razones y propuestas para la implantación de estos dispositivos telemático de localización futuristas:

1. Razón estética. Si comparamos las pulseras con los chips, vemos que a nivel estético los chips suponen un avance importante, ya que no serían visibles a los ojos del resto de la gente, puesto que serían subcutáneos, esto quiere decir, que se implantarían debajo de la piel, con lo que los portadores podrían realizar su vida normal sin tener que llevar una "etiqueta" a los ojos de la sociedad; con el gran refuerzo para los derechos fundamentales.

2. Razón de seguridad. Se han producido varios problemas con las pulseras, puesto que hubo casos en los que los portadores fueron capaces de deshacerse del dispositivo, anulando pues la función de localización propia de estos aparatos. En cambio, con los chips quitamos esta opción, ya que la única forma de extraer ese grano de arroz sería con una pequeña cirugía en la zona de implantación.

¹¹ Por comunidades autónomas, destacan Madrid (232), Andalucía (91), Valencia (56), Castilla-La Mancha (24), Canarias y Cataluña (ambas con 21), Asturias (20) y Castilla y León (18), seguidas de Cantabria, Baleares y Galicia (15 cada una), País Vasco (14), Extremadura (7), Murcia (5), La Rioja (3) y Navarra (1), a 31 de enero de 2011. Fuente www.migualdad.es

¹² Vid. MAJÓ, Joan, *Chips, cables y poder*, Barcelona, 1997, p. 36.

¹³ La FDA lo ha convertido en realidad con la aprobación de VeriChips.

3. Razón de nivel tecnológico. Los chips incorporarían una nueva tecnología mucho más novedosa y avanzada, con una especie de memoria USB en la que se podría ir actualizando mucho más fácil y con un pleno desarrollo de la nanotecnología.

4. Razón de globalización europea, siempre con el principio de reconocimiento mutuo. Se crearía un modelo único para toda la Unión Europea de chip, con lo que el control sería mucho más fácil, pues se invertirían los fondos europeos en una misma y única clase de tecnología, con la que los avances serían mucho más fuertes y rápidos; y lo mejor de todos, un programa de control único europeo, por lo que tendríamos muchos más fondos para investigar y perfeccionar la tecnología de rastreo y localización y se dedicaría un presupuesto único para crear una infraestructura global.

Se utilizaría un único satélite dedicado a la localización de los portadores de chips, una partida de dinero única en tener un satélite dedicado plenamente al 100% a este cometido, con lo que el nivel de fiabilidad sería absoluto.

Se regularía más fácilmente los posibles permisos para trasladarse de un país a otro de estos presos, con lo que se evitarían los posibles problemas de fuga. En todo momento, todos los países tendrán constancia de que sujetos portadores de estos dispositivos entran y salen de su país.

5. Razón de control de historial de antecedentes penales y cooperación internacional en el ámbito procesal. En la memoria incorporada en los dispositivos se almacenarían los datos referentes a los delitos cometidos, su historial delictivo y la razón por la cual se le implantó el chip. De esta forma se tendrán un control exhaustivo europeo de la potencial peligrosidad de los portadores de dispositivos que entren en su frontera. Podría existir por tanto, un registro común de datos informatizados con los antecedentes, razón de implantación y movimientos geográficos durante los últimos siete días para acotar los riesgos de fuga. Creo que esto sería una gran idea para avanzar en la cooperación internacional en el ámbito procesal entre los países de la Unión Europea

V. Ventajas y problemas de las pulseras y los chips

1. Ventajas por las que deben ser utilizadas¹⁴

Para apostar por la implantación de estos dispositivos debemos aclarar primero cuales son las ventajas que se derivan de su interposición en la sociedad actual, entre ellos podemos destacar los siguientes seis:

¹⁴ Las dos primeras ventajas son defendidas por GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑO, F. "Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI", Madrid, 2006, pp. 8-10.

1. Efecto disuasorio en la comisión de delitos.
2. Facilita la reinserción en la sociedad, eludiendo los efectos desocializadores y que, a su vez, esté controlado por la sociedad y dota a la privación de libertad de una forma sensible y perceptiblemente más humana.
3. Menor coste para el estado y evita la sobrecarga de los centros penitenciarios,
4. Que no entren en prisión individuos poco peligrosos.
5. Que el sujeto no pierda su trabajo y pueda atender las necesidades económicas de su víctima,
6. Se elimina el peligro de contagio criminal en los centros penitenciarios, al sacarlo de un círculo conflictivo.

2. Problema: ¿vulneración de algún derecho fundamental?

- Derecho a la intimidad

Se puede definir la intimidad como un "espacio interior ajeno a la mirada del extraño", una barrera infranqueable al conocimiento de los demás, un lugar reservado para uno mismo.

La jurisprudencia constitucional configura el derecho a la intimidad personal como un espacio vital donde el individuo desarrolla su libertad personal reservado frente al conocimiento de los demás.

Por estas definiciones se puede ver claramente que los dispositivos telemáticos de localización no infieren en este derecho, el individuo no se ve limitado puesto que los portadores pueden seguir haciendo una vida totalmente normal respecto a su familia, amigos y actividades; únicamente se le limita la libertad ante una persona o espacio físico, recortando de esta forma su libertad, pero nunca su intimidad¹⁵.

- Derecho a la presunción de inocencia

Como sabemos, en los casos de dictar la prisión preventiva o provisional y que propongo que sea sustituida en algunos casos por estos dispositivos de libertad vigilada, es una medida cautelar de adopción exclusiva durante el proceso penal, que ha de ser acordada por la autoridad judicial y con la cual se priva de libertad al sujeto imputado por un hecho delictivo. En este momento del proceso aún no se ha dictado sentencia firme, y se mantiene la presunción de inocencia proclamada tanto en el artículo 24 de la Constitución como en las normas jurídicas internacionales suscritas por España.

Desde mi punto de vista no creo que se vulnere este derecho, porque nadie está sentenciando a nadie, simplemente existen varios motivos específicos para

¹⁵ LYON, David, *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia*, Madrid, 1995, p. 91.

su detención relativos al riesgo de reincidencia, destrucción de pruebas, fuga y peligrosidad.

De todas formas, al afectado no se le priva su derecho a la tutela judicial efectiva ni caería en una indefensión, puesto que no se le priva del derecho a impugnar la legalidad de la detención ante un tribunal y los plazos aplicables a las diversas fases del procedimiento antes del juicio.

VI. Conclusiones

Tras hacer un estudio sobre la posibilidad de implantación de una especie de "cárcel virtual" en España utilizando para ello instrumentos consistentes en dispositivos telemáticos de localización de reos o potenciales delincuentes, he de decir que veo en ello un gran futuro y una gran posibilidad de cambio y evolución para todo el planeta, valiéndonos para ello de las nuevas tecnologías.

La tecnología proporciona al ser humano un instrumento adecuado para erradicar los muros prisionales pues vallas y paredes han dejado de ser estrictamente necesarios gracias a los mecanismos de libertad vigilada.

Utilizando estos dispositivos obtenemos muchas ventajas, todas ellas citadas anteriormente, y entre las que cabe destacar la eliminación de la masificación carcelaria o un gran efecto disuasorio de comisión de nuevos delitos y una más fácil resocialización.

Creo que debería haber un gran apoyo económico por parte del Estado para seguir avanzando en este sentido e intentar desarrollar una tecnología punta para dar a los ciudadanos la seguridad que demandan.

De esta forma podremos dar el salto de las pulseras y brazaletes a los chips subcutáneos para que tanto los propios portadores como el resto de la sociedad disfruten de sus ventajas.

Ojalá, en esta época no muy fructífera para la economía mundial, los países europeos colaboren entre ellos para poder unificar objetivos, fondos monetarios y regulaciones en este aspecto.

La cooperación internacional en esta materia constituye un pilar fundamental para conseguir la seguridad, paz y felicidad en el mundo, y con esa cooperación y estos sistemas de control restrictivos de libertad de esas personas que se empeñan en cometer hechos ilícitos y dañinos para la sociedad, esperemos hacer de este mundo, un mundo un poquito mejor.

LEGISLACIÓN

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA
BOLIVARIANA DE VENEZUELA

DECRETA

la siguiente,

**LEY ORGÁNICA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA
E INNOVACIÓN**

Título I
Disposiciones Fundamentales

Artículo 1º
Objeto.

La presente Ley tiene por objeto dirigir la generación de una ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, con base en el ejercicio pleno de la soberanía nacional, la democracia participativa y protagónica, la justicia y la igualdad social, el respeto al ambiente y la diversidad cultural, mediante la aplicación de conocimientos populares y académicos.

A tales fines, el Estado Venezolano, formulará, a través de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, enmarcado en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación, las políticas públicas dirigidas a la solución de problemas concretos de la sociedad, por medio de la articulación e integración de los sujetos que realizan actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones como condición necesaria para el fortalecimiento del Poder Popular.

Artículo 2º
Interés público

Las actividades científicas, tecnológicas, de innovación y sus aplicaciones son de interés público para el ejercicio de la soberanía nacional en todos los ámbitos de la sociedad y la cultura.

Artículo 3º
Sujetos de esta Ley

Son sujetos de esta Ley:
1. La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia tecnología, innovación y sus aplicaciones, sus órganos y entes adscritos.

2. Todas las instituciones, personas naturales y jurídicas que generen, desarrollen y transfieran conocimientos científicos, tecnológicos, de innovación y sus aplicaciones.

3. Los ministerios del Poder Popular que comparten, con la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, la construcción de las condiciones sociales, científicas y tecnológicas para la implementación del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

4. Las comunas que realicen actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

**Artículo 4°
Formulación de
la política pública nacional**

La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones debe formular la política pública nacional de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, basada en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación, la sustentabilidad de la producción, la protección del ambiente, la seguridad y el ejercicio pleno de la soberanía nacional.

Esta política debe contener los principios, fundamentos, líneas prioritarias de investigación, planes, definición de los sujetos de investigación como un todo, estrategias de información y de participación del Poder Popular, así como los mecanismos de integración de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Esta política nacional y sus logros serán analizados, revisados, actualizados y divulgados periódicamente en las áreas de interés nacional, regional y local por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

**Artículo 5°
Ámbito de
aplicación**

De acuerdo con esta Ley, las acciones estatales en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones estarán dirigidas a los sujetos mencionados en el artículo 3, dentro de las metas planteadas en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación, para cumplir con los siguientes objetivos:

1. Formular la política nacional de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, así como impulsar y controlar la ejecución de las políticas públicas para la solución de problemas concretos de la sociedad y el ejercicio pleno de la soberanía nacional, a través de planes nacionales para la construcción de una sociedad justa e igualitaria.

2. Coordinar, articular, difundir e incentivar las actividades inherentes a la ciencia, tecnología, la innovación y sus aplicaciones.

3. Impulsar el establecimiento de redes nacionales y regionales de cooperación científica y tecnológica.

4. Promover el aporte efectivo de la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones al desarrollo y fortalecimiento de la producción con un alto nivel de valor agregado venezolano que fortalezca nuestra soberanía nacional, de acuerdo con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

5. Promover mecanismos de divulgación, difusión e intercambio de los resultados generados en el país por la actividad de investigación e innovación tecnológica, abarcando a toda la sociedad nacional, en todas sus regiones y sectores sociales a través de programas de educación formal e informal, coordinados por las autoridades nacionales con competencia en materia de educación, cultura y comunicación.

Artículo 6°
Principios de
ética para la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones

Los organismos oficiales y privados, así como las personas naturales y jurídicas deberán ajustar sus actuaciones y actividades inherentes a la presente Ley, a los principios de ética para la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones que deben predominar en su desempeño, en concordancia con la salvaguarda de la justicia, la igualdad y el ejercicio pleno de la soberanía nacional.

Artículo 7°
Principios de
ética para la vida

La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones hará cumplir los principios y valores, de la ética para la vida que rigen la actividad científica y tecnológica, que tenga como objeto el estudio, la manipulación o la afectación directa o indirecta de los seres vivos, de conformidad con las disposiciones de carácter nacional.

Artículo 8°
Valoración y
resguardo de los
conocimientos
tradicionales

La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones apoyará a los órganos y entes del Estado en la definición de las políticas tendientes a garantizar la valoración y el resguardo de los conocimientos tradicionales, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas, de las comunidades campesinas y sectores urbanos populares.

- Artículo 9°
Investigadores
extranjeros e
investigadoras
extranjeras**
- Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, no residentes en el país que deseen realizar investigaciones científicas o tecnológicas en el territorio nacional, deberán realizar un proyecto de investigación enmarcado en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación y deberán cumplir con los siguientes requisitos:
1. Estar asociado a una institución oficial nacional.
 2. Contar con los permisos correspondientes emitidos por las autoridades nacionales competentes en la materia.
 3. Los demás requisitos establecidos en el Reglamento de la presente Ley, sin perjuicio de las obligaciones y sanciones señaladas en el caso de incumplimiento con los extremos de esta Ley y su Reglamento.

Título II

De las competencias de la autoridad nacional en Ciencia, Tecnología e Innovación y sus aplicaciones

- Artículo 10°
Autoridad
nacional**
- La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones actuará como coordinador e integrador de los sujetos de esta Ley, en las acciones de su competencia, en articulación con los órganos y entes de la Administración Pública.
- Artículo 11°
Del Plan Nacio-
nal de Ciencia,
Tecnología e
Innovación**
- La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones formulará el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación como instrumento de orientación de la gestión del Ejecutivo Nacional para establecer los lineamientos y políticas nacionales en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, así como para la estimación de los recursos necesarios para su ejecución.
- Artículo 12°
Objetivos del
plan**
- El Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación definirá los objetivos, metas y estrategias que en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones deberá alcanzarse en el ámbito nacional.
- Artículo 13°
Vigencia y con-
tenido del plan**
- El Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación se orientará según las líneas estratégicas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

- Artículo 14°
Suministro de
información** Los sujetos de la presente Ley están en la obligación de suministrar la información que les sea solicitada por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.
En el caso de la información estratégica, ésta no podrá ser suministrada a entidades externas a esta autoridad. Todo lo correspondiente a la difusión de información será establecido en el Reglamento de esta Ley.
- Artículo 15°
Evaluación y
selección de
proyectos** La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación sus aplicaciones, evaluará y seleccionará los programas y proyectos que califiquen para su financiamiento en las áreas definidos en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación.
Los mecanismos para el cumplimiento de este artículo serán contemplados en el Reglamento de esta Ley.
- Artículo 16°
Integración y
cooperación
internacional** La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, fomentará y desarrollará políticas y programas de integración y cooperación internacional, con la finalidad de desarrollar las capacidades científico-tecnológicas y productivas endógenas.
- Artículo 17°
Espacios para la
investigación y la
innovación** El Ejecutivo Nacional, a través de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación a sus aplicaciones, podrá crear los espacios de investigación e innovación que considere necesarios para promover el logro de los objetivos estratégicos establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación y el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
- Artículo 18°
Tecnologías de
información** La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones ejercerá la dirección en el área de tecnologías de información. En tal sentido, deberá:
1. Establecer políticas sobre la generación de contenidos en la red, respetando la diversidad, así como el carácter multiétnico y pluricultural de nuestra sociedad.
2. Resguardar la inviolabilidad del carácter confidencial de los datos electrónicos obtenidos en el ejercicio de las funciones de los órganos y entes públicos.
3. Democratizar el acceso a las tecnologías de información.

- Artículo 19°
De la propiedad
intelectual** La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, formulará las políticas y los programas donde se establecen las condiciones de la titularidad y la protección de los derechos de propiedad intelectual derivadas de la actividad científica, tecnológica y sus aplicaciones que se desarrollen con sus recursos o los de sus órganos y entes adscritos conjuntamente con el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI).
- Artículo 20°
Coordinación de
políticas** La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, coordinará, diseñará, implementará y promoverá las políticas sobre propiedad intelectual de las innovaciones e invenciones derivadas del desarrollo de las actividades científicas, tecnológicas y sus aplicaciones concebidas en el país conjuntamente con el Servicio Autónomo de Propiedad Intelectual (SAPI).
- Artículo 21°
Inventos e
innovación
popular** La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones creará mecanismos de apoyo, promoción y difusión de invenciones e innovaciones populares, que generen bienestar a la población o logren un impacto económico o social en la Nación.
- Artículo 22
Observatorio
Nacional de
Ciencia,
Tecnología e
Innovación
(ONCTI)** La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, a través del Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (ONCTI), recopilará, sistematizará, categorizará, analizará e interpretará información a los fines de formular las políticas públicas en la materia.
- Este órgano tendrá los siguientes objetivos:
1. Contribuir al análisis y evaluación de las relaciones entre los sujetos de esta Ley, así como proponer alternativas para su funcionalidad.
 2. Contribuir con la definición de políticas públicas y el seguimiento al Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
 3. Contribuir a la propuesta de la organización territorial a nivel regional y comunal para la obtención de zonas con respuestas funcionales en el ámbito sociopolítico y productivo.
 4. Propiciar la interacción entre las industrias y las actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

5. Promover la participación del Poder Popular en la generación y uso de la información necesaria para el fortalecimiento de consejos comunales y comunas.

Título III
**De los aportes para la Ciencia,
la Tecnología y la Innovación**

Artículo 23°
De los aportes

Los aportes para la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones provendrán de personas jurídicas, entidades privadas o públicas, domiciliadas o no en la República que realicen actividades económicas en el territorio nacional. Estarán destinados a financiar las actividades de la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones, necesarios para el avance social, económico y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional, en concordancia con el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación establecido por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

Todos los aportes deberán ser consignados ante el órgano financiero de los fondos destinados a ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

Artículo 24°
Del manejo de los recursos

El Fondo Nacional para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (FONACIT), ente adscrito a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, es el responsable de la administración, recaudación, control, verificación y determinación cuantitativa y cualitativa de los aportes para la ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones. La fiscalización compete a la autoridad nacional en forma directa.

Artículo 25°
De quiénes aportan

A los efectos de esta Ley, se entiende como aportantes para la ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, aquellas personas jurídicas, entidades privadas u públicas, domiciliadas en no en la República que realicen actividades económicas en el territorio nacional y hayan obtenido ingresos brutos anuales superiores a cien mil Unidades Tributarias (100.000 U.T.) en el ejercicio fiscal inmediato anterior, que se señalan a continuación:

1. Las compañías anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada.
2. Las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, las comunidades, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho.
3. Las asociaciones, fundaciones, corporaciones, cooperativas y demás entidades jurídicas o económicas no citadas en los numerales anteriores.
4. Los establecimientos permanentes, centros o bases fijas situados en el territorio nacional.

**Artículo 26°
Proporción del
aporte**

Las personas jurídicas, entidades privadas u públicas, domiciliadas o no en la República que realicen actividades económicas en el territorio nacional, aportarán anualmente un porcentaje de sus ingresos brutos obtenidos en el ejercicio económico inmediatamente anterior, de acuerdo con la actividad a la que se dediquen, de la siguiente manera:

1. Dos por ciento (2%) cuando la actividad económica sea una de las contempladas en la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, y todas aquellas vinculadas con la industria y el comercio de alcohol etílico, especies alcohólicas y tabaco.
2. Uno por ciento (1%) en el caso de empresas de capital privado cuando la actividad económica sea una de las contempladas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, y comprenda la explotación minera, su procesamiento y distribución.
3. Cero coma cinco por ciento (0,5%) en el Caso de empresas de capital público cuando la actividad económica sea una de las contempladas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y comprenda la explotación minera, su procesamiento y distribución.
4. Cero coma cinco por ciento (0,5%) cuando se trate de cualquier otra actividad económica.

Parágrafo Primero: Cuando el aportante desarrolle de forma concurrente varias actividades de las establecidas anteriormente, calculará su aporte aplicando la alícuota más alta que corresponda a las actividades que desarrolle.

Parágrafo Segundo: A las personas jurídicas, entidades privadas u públicas, domiciliadas o no en la República que realicen actividades económicas en el territorio nacional, que presten servicios de telecomunicaciones y aporten al Fondo de

Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones (FIDETEL), de conformidad con lo establecido en el artículo 152 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, les será reconocido dicho aporte para los efectos de lo establecido en el presente Título.

Artículo 27°
Actividades consideradas como factibles de ser llevadas a cabo con los aportes a la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones

Actividades consideradas como factibles de ser llevadas a cabo con los aportes a la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones. A los fines de la presente Ley, las siguientes actividades serán consideradas como factibles de ser llevadas a cabo con los aportes a la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones:

1. Proyectos de innovación relacionados con actividades que involucren la obtención de nuevos conocimientos o tecnologías en el país, con participación nacional en los derechos de propiedad intelectual, en las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional, con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones:

- a. Sustitución de materias primas o componentes para disminuir importaciones o dependencia tecnológica.
- b. Creación de redes productivas nacionales.
- c. Utilización de nuevas tecnologías para incrementar la calidad de las unidades de producción.
- d. Participación, investigación e innovación de las universidades y centros de investigación e innovación del país, en la introducción de nuevos procesos tecnológicos, esquemas organizativos, obtención de nuevos productos o de procedimientos, exploración de necesidades y, en general, procesos de innovación con miras a resolver problemas concretos de la población venezolana.
- e. Formación de cultores o cuadros científicos y tecnológicos en normativa, técnicas, procesos y procedimientos de calidad.
- f. Procesos de transferencia de tecnología dirigidos a la producción de bienes y servicios en el país, que prevean la formación de cultores o cuadros científicos y tecnológicos en lo técnico, operativo, profesional y científico.

2. La creación o participación en incubadoras o viveros de unidades de producción nacionales de base tecnológica, en las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional con

competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

3. Participación en fondos nacionales de garantía o de capital de riesgo para proyectos de innovación, investigación o escalamiento, en las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

4. Actividades de investigación y escalamiento que incluyan:

- a. Financiamiento a proyectos de investigación y escalamiento realizados por universidades o centros de investigación y escalamiento certificados por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.
- b. Creación de unidades o espacios para la investigación, la ciencia, la tecnología y la innovación sin fines de lucro, conforme a los financiamientos establecidos en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
- c. Creación de bases y sistemas de información de libre acceso que contribuyan al fortalecimiento de las actividades de ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones, sin fines de lucro, en las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.
- d. Promoción y divulgación de las actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones realizadas en el país, sin fines comerciales.
- e. Creación de programas de fomento a la investigación, el escalamiento o la innovación en el país, instrumentados desde el Ejecutivo Nacional.
- f. Financiamiento para la organización de reuniones o eventos científicos sin fines comerciales, en las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.
- g. Consolidación de redes de cooperación científicas, tecnológicas y de innovación a nivel nacional e internacional en las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones establecidas desde el sector oficial.

- h. Conformación de ámbitos o proyectos de vinculación entre espacios de investigación y creación, y las unidades de producción social, para procesos de transferencia de tecnología, con el objeto de garantizar la independencia y soberanía del aparato productivo nacional.
5. Inversión en actividades de formación de cultores científicos y tecnológicos, en las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, que incluyan:
- a. Organización y financiamiento de cursos y eventos de formación en ciencia, tecnología e innovación sin fines comerciales en el país.
 - b. Creación y fortalecimiento de espacios de formación relativos a las actividades reguladas por esta Ley, en instituciones de educación universitaria de carácter oficial en el país.
 - c. Financiamiento de becas para la formación de cultores científicos y tecnológicos que formen parte activa de una unidad de producción social que esté vinculada a un proyecto específico de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones en las áreas prioritarias establecidas en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
 - d. Programas de actualización del personal que forme parte activa de una unidad de producción social, en materia de innovación tecnológica con participación de instituciones oficiales de educación del país.
 - e. Financiamiento de programas de inserción laboral de venezolanos desempleados y venezolanas desempleadas con altos niveles de formación.
 - f. Financiamiento de programas de movilización a nivel nacional, de investigadores vinculados e investigadoras vinculadas con la creación y funcionamiento de postgrados integrados de redes de investigación nacionales e internacionales, impulsadas por el sector oficial.
 - g. Financiamiento de tesis de postgrado y pasantías de investigación de estudiantes de educación universitaria.
 - h. Cualquier otra actividad que en criterio de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, pueda ser

considerada necesaria para el impulso de la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones.

Parágrafo Único: El Reglamento de la presente Ley establecerá los mecanismos, modalidades y formas en que se realizarán las actividades antes señaladas.

Artículo 28°
Acceso a los recursos

Podrán optar al uso de los recursos provenientes de los aportes a la ciencia, tecnología e innovación, todos aquellos sujetos de esta Ley contemplados en el artículo 3, siempre y cuando planteen la formulación de proyectos, planes, programas y actividades que correspondan con las áreas prioritarias establecidas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

Artículo 29°
Del plan anual de inversión en ciencia, tecnología e innovación y sus aplicaciones

Quienes opten a acceder a los recursos provenientes de los aportes a la ciencia, tecnología e innovación deberán presentar dentro del tercer trimestre de cada año un plan anual de inversión en ciencia, tecnología e innovación para el año siguiente, contenido de los proyectos previstos para el siguiente año, en concordancia con las áreas prioritarias y parámetros establecidos por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

Artículo 30°
Del informe de resultado de plan anual de inversión en ciencia, tecnología e innovación

Dentro de los tres primeros meses del año, los usuarios de los recursos provenientes de los aportes a la ciencia, tecnología e innovación deberán presentar al Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) un informe técnico y administrativo de las actividades realizadas el año inmediato anterior, sin perjuicio de las actividades de supervisión y fiscalización, por parte de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones de conformidad con la presente Ley. Esta información será procesada por el Observatorio Nacional de Ciencia y Tecnología (ONCTI) para integrar la base de datos que estos entes manejan.

Artículo 31°
Suministro de información de los aportantes

Las personas jurídicas, entidades privadas o públicas, domiciliadas u no en la República Bolivariana de Venezuela que realicen actividades económicas en el territorio nacional, deberán suministrar, a requerimiento del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT), los documentos sobre transacciones, emolumentos, ingresos y demás medios

que comprueben el cumplimiento efectivo del aporte, de conformidad con lo establecido en la presente Ley y su Reglamento.

Título IV
De las regiones y las comunas

Artículo 32°
Actividades científicas, tecnológicas y sus aplicaciones en el ámbito regional

La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, promoverá las actividades de su competencia en el ámbito regional -aéreo terrestre o acuático-, comunal y cualquier otra entidad territorial que dispongan las leyes de la República a través del fortalecimiento de redes que articulen a los sujetos de esta Ley entre sí, y entre éstos y el área productiva, a fin de impulsar la nueva organización territorial del Poder Popular para el ejercicio pleno de la soberanía nacional.

Artículo 33°
Representación regional y distribución territorial

La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, establecerá los mecanismos regionales y comunales para coordinar, promover y ejecutar los planes y proyectos que se establezcan en las políticas públicas nacionales, así como en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Artículo 34°
Reglamentación especial

Los mecanismos y estructuras para establecer la organización, las competencias específicas y la distribución territorial serán normadas por una reglamentación especial sustentada en los siguientes aspectos: geohistóricos, ecológicos, industriales, funcionales, entre otros.

Título V
De la formación de cultores y cultoras científicos, tecnológicos e innovación

Artículo 35°
Promoción y estímulo de los cultores y cultoras para la ciencia, la tecnología y la innovación

El Ejecutivo Nacional a través de las autoridades nacionales, responsables en materia de formación, promoverá una cultura científica desde el nivel de la educación inicial, con el propósito de ir formando los nuevos cultores y cultoras científicos y tecnológicos; así mismo, promoverá la formación de los

investigadores e investigadoras, tecnólogos y de la generación de relevo de acuerdo con los principios y valores de la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones establecidos en esta Ley, atendiendo a las prioridades señaladas en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

**Artículo 36°
Incentivos para la
formación e in-
serción de los
cultores y cultor-
as científicos y
tecnológicos**

El Ejecutivo Nacional, a través de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, diseñará e instrumentará los incentivos necesarios para estimular la formación e inserción de los cultores y culturas científicos y tecnológicos en las unidades de producción social, los órganos adscritos a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología innovación y sus aplicaciones, así como en las instituciones universitarias que respondan a los proyectos que permitan resolver las necesidades concretas vinculadas al Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

**Artículo 37°
Financiamiento
e incentivos**

El Ejecutivo Nacional estimulará la formación de los cultores y cultoras en el área científica, tecnológica e innovación, mediante el financiamiento total o parcial de sus estudios e investigaciones, así como de incentivos, tales como becas, subvenciones o cualquier otro reconocimiento o incentivo que sirva para impulsar la producción científica, tecnológica, de innovación y sus aplicaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de esta Ley.

**Artículo 38°
Promoción de la
investigación**

La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones impulsará programas de promoción a la investigación y la innovación para garantizar la generación de una ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones que propicien la solución de problemas concretos del país, en el ejercicio pleno de la soberanía nacional.

Título VI
**Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología
e Innovación (FONACIT)**

**Artículo 39°
Del Fondo Na-
cional de Cien-
cia, Tecnología
en Innovación
(FONACIT)**

El Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, (FONACIT), creado mediante Decreto con Fuerza de Ley Orgánica N° 1290, del 30 de agosto de 2001 y publicado en Gaceta Oficial N° 37.291 del 26 de Septiembre de 2001, es un

instituto autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del fisco nacional, adscrito a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, que gozará de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden procesal, civil y tributario conferidos por la normativa aplicable a la República.

Artículo 40°
Objeto general

El Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, (FONACIT), es el ente financiero de los recursos destinados a la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones, por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones y, en consecuencia, será el ente encargado de administrar los recursos destinados al financiamiento de la ciencia, la tecnología y la innovación, así como velar por su adecuada ejecución y seguimiento, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a otros órganos o entes adscritos a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

La autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, establecerá las políticas, financiamientos, planes y condiciones de los financiamientos que se otorguen a través del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT), con recursos provenientes tanto de la contribución especial establecida en el Título III de la presente Ley, así como de otras fuentes.

Artículo 41°
Atribuciones

Son atribuciones del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, (FONACIT):

1. Ejecutar las políticas y los procedimientos generales dictados por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, para la asignación de recursos a los programas y proyectos nacionales, regionales y locales que se presenten, de conformidad con las políticas del Estado contenidas en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

2. Administrar los recursos destinados a los programas y proyectos contemplados dentro de las líneas de acción establecidas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

3. Financiar los programas y proyectos contemplados dentro de las líneas de acción de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones que puedan ser desarrollados o ejecutados por los órganos y

entes adscritos de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia tecnología, innovación y sus aplicaciones.

4. Diseñar metodologías y mecanismos de adjudicación de los recursos garantizando la proporcionalidad, celeridad y transparencia de los procesos.

5. Realizar el seguimiento y control de los proyectos financiados.

6. Establecer y mantener un registro nacional de acceso público, de los financiamientos otorgados a fin de controlar la distribución de los recursos y generar la información estadística que permita orientar la toma de decisiones, con las excepciones contempladas en el artículo 14 de la presente Ley.

7. Informar a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones sobre oportunidades, necesidades, fuentes potenciales de financiamiento y otros aspectos identificados en su gestión financiera.

8. Divulgar las oportunidades de financiamiento para programas y proyectos de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, asegurando el acceso a la información para todos los potenciales interesados.

9. Iniciar de oficio o a instancia de partes, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos que le corresponda, relativos a presuntas infracciones de la presente Ley, así como aplicar las sanciones previstas en el Título VII de esta Ley.

10. Fomentar y apoyar la interacción efectiva entre los órganos y entes dedicados a la investigación científica y tecnológica con el sector productivo nacional.

11. Fiscalizar, liquidar y recaudar los recursos derivados de las contribuciones especiales establecidas en la presente Ley, así como percibir directamente los que le correspondan de conformidad con las leyes vigentes.

12. Las demás que esta Ley y otras leyes le señalen.

**Artículo 42°
Domicilio**

El domicilio del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) es la ciudad de Caracas, y podrá crear dependencias y realizar actividades en cualquier lugar del territorio nacional y del extranjero en cumplimiento de las directrices emanadas por la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

**Artículo 43°
Patrimonio**

El patrimonio del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) estará constituido por:

1. Los bienes, derechos y obligaciones de los cuales era titular el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT).

2. Las cantidades que le fueren asignadas anualmente en la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal correspondiente.

3. Los bienes provenientes de las donaciones y demás liberalidades que reciba.

4. Los bienes que obtenga producto de sus operaciones, la ejecución de sus actividades y los servicios que preste.

5. Los ingresos provenientes de las sanciones y multas de conformidad con la presente Ley.

6. Los demás bienes que adquiriera por cualquier título para la consecución de su objeto.

7. Cualquier otro ingreso que se le asigne por leyes especiales.

Artículo 44°
Estructura
organizativa

La estructura organizativa y las normas de funcionamiento de las unidades operativas del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) serán establecidas en el reglamento interno del Fondo.

Título VII Del régimen Sancionatorio

Artículo 45°
Disposiciones
generales

Para el seguimiento, control y aplicación del régimen sancionatorio en forma eficiente, eficaz y oportuna, la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones creará un registro oficial inviolable protegido contra modificaciones posteriores.

La autoridad tributaria y aduanera suministrará la información necesaria para el registro oficial, el cual constará de los siguientes componentes:

1. Instituciones, empresas y entidades catalogadas como contribuyentes.

2. Registro de usuarios y solicitantes de financiamiento.

3. Registro de instituciones, empresas o entidades evasoras y morosas.

4. Registro de usuarios malversadores y defraudadores.

Artículo 46°
Disposiciones
generales

A los sujetos de sanciones contemplados en esta Ley se les aplicará un sistema de multas descritas ut supra sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Los usuarios que son financiados a través de esta Ley se considerarán productores de bienes y servicios de interés público y, por consiguiente, estarán sometidos a las leyes que rigen esta materia. A los contribuyentes que incumplan o violen esta Ley, se les aplicará lo contenido en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, además de las multas que se describen en esta Ley.

**Artículo 47°
Multas por
incumplimiento
de las normas
de financiamiento**

A quienes hubieren obtenido recursos provenientes de la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones o de sus órganos o entes adscritos, para el desarrollo de alguna actividad científica, tecnológica, de innovación o de sus aplicaciones, e incumplieren las estipulaciones acordadas en los reglamentos que rigen el otorgamiento de tales recursos y las disposiciones de la presente Ley; deberán reintegrar los recursos no justificados; no les serán otorgados nuevos recursos durante un lapso de dos a cinco años; y se le aplicarán multas comprendidas entre diez Unidades Tributarias (10 U.T.) y cincuenta mil Unidades Tributarias (50.000 U.T.), que serán canceladas en la tesorería del ente o a cargo del órgano otorgante de los recursos; y serán determinadas por la máxima autoridad de dicho ente u órgano de acuerdo con la gravedad del incumplimiento, al tipo de financiamiento y al monto otorgado, conforme lo establezca el Reglamento de la presente Ley, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

**Artículo 48°
Multas por
incumplimiento
del aporte**

Los que incumplan con el pago de la contribución especial establecida en el Título III de la presente Ley, serán sancionados con multas equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del monto correspondiente a la contribución, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el referido Título, las cuales serán impuestas por el Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT), tomando en cuenta el monto de la suma afectada por el incumplimiento, pudiendo ser aumentadas o disminuidas en atención a las circunstancias agravantes o atenuantes existentes.

**Artículo 49°
Multas por
desviación de
los recursos**

Las personas beneficiarias de las inversiones a que hace mención el artículo 3 de la presente Ley, que destinen parcial o totalmente dichos recursos a fines distintos para los cuales fueron otorgados, serán sancionados por la máxima autoridad del órgano o ente que haya otorgado el financiamiento, con

multa equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto recibido en calidad de aporte y la obligación de reponer los recursos no destinados al fin para el cual fueron otorgados, sin perjuicio de las sanciones penales, civiles y administrativas a que hubiere lugar.

**Artículo 50°
Recursos provenientes de multa e intereses**

Los recursos que se obtengan de la aplicación de las multas e intereses que se recauden por el incumplimiento del pago del aporte contenido en el Título III de la presente Ley, formarán parte del patrimonio del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT).

**Artículo 51°
Circunstancias agravantes**

Se considerarán circunstancias agravantes, las siguientes:

1. La renuencia del obligado a pagar el aporte previsto en el Título III de la Presente Ley.
2. La magnitud del monto dejado de pagar.
3. Haber obrado con la intención de evadir la obligación de pagar.
4. El suministrar datos falsos o inexactos, para pagar un monto inferior al que legalmente corresponde.
5. La reincidencia a los efectos del presente artículo se entiende por reincidencia la falta reiterada por parte del aportante de dos o más de las obligaciones previstas en esta Ley.

**Artículo 52°
Circunstancias atenuantes**

Son circunstancias atenuantes:

1. La conducta que el aportante asuma a favor del esclarecimiento de los hechos.
2. La presentación de la documentación fidedigna.
3. El pago de las multas e intereses y el cumplimiento de la obligación de pagar antes de la terminación del procedimiento.
4. El cumplimiento de los requisitos omitidos que puedan dar lugar a la imposición de la sanción.

**Artículo 53°
Principios rectores de la potestad sancionatoria**

La potestad sancionatoria se ejercerá atendiendo a los principios de legalidad, imparcialidad, racionalidad y proporcionalidad.

**Artículo 54°
Determinación del incumplimiento**

Los procedimientos para la determinación del incumplimiento a las obligaciones establecidas en el Título III de la presente Ley, se iniciarán luego que se determine la existencia de indicios suficientes, producto del control, fiscalización, inspección e investigación, que hagan presumir tal incumplimiento.

**Artículo 55°
Acto de
apertura del
procedimiento**

El acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio será dictado por la máxima autoridad del órgano o ente que corresponda de acuerdo con la presunta infracción, y en él se establecerán con claridad los hechos imputados y las consecuencias que pudiesen desprenderse de la constatación de los mismos, emplazándose al presunto infractor para que en un lapso no mayor de quince días hábiles consigne los alegatos y pruebas que estime pertinentes para su defensa. En caso de que el presunto infractor no comparezca a presentar sus alegatos una vez practicada la notificación, se admitirán los hechos, si no hay pruebas que le favorezca.

**Artículo 56°
Potestades de
investigación y
libertad de
prueba**

En la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio se tendrán las más amplias potestades de investigación, rigiéndose su actividad por el principio de libertad de prueba. Dentro de la actividad de sustanciación podrán realizarse, entre otros, los siguientes actos:

1. Citar a declarar a cualquier persona en relación con la presunta infracción.
2. Requerir de las personas relacionadas con el procedimiento, documentos o información pertinente para el esclarecimiento de los hechos.
3. Emplazar, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier persona interesada que pudiese suministrar información relacionada con la presunta infracción. En el curso de la investigación cualquier particular podrá consignar en el expediente administrativo, los documentos que estime pertinentes a los efectos del esclarecimiento de la situación.
4. Solicitar a otros órganos y entes públicos información relevante respecto a las personas involucradas, siempre que la información que ellos tuvieren, no hubiere sido declarada confidencial o secreta de conformidad con la ley.
5. Realizar las inspecciones que se consideren pertinentes, a los fines de la investigación.
6. Evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, objeto del procedimiento sancionatorio.

**Artículo 57°
Lapso para
decidir**

Concluida la sustanciación del expediente transcurrido el lapso para ello, que no podrá exceder de dos meses contados a partir del acto de apertura con indicación de la prórroga que se acuerde, el órgano encargado de la sustanciación del expediente la remitirá a la máxima autoridad del órgano o ente que corresponda de acuerdo con la presunta infracción; deberá

dictar la decisión correspondiente dentro de los quince días hábiles sin perjuicio de que pueda ordenar la realización de cualquier acto adicional de sustanciación que juzgue conveniente.

Disposiciones Transitorias

Primera: El Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT), el Observatorio Nacional de Ciencia y Tecnología (ONCTI) así como todos y cada uno de los órganos y entes adscritos a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología e innovación deberán reestructurar su organización, a los fines de adecuarse a los principios señalados en esta Ley, con miras a su refundación y cumplir con el objeto y las atribuciones establecidas en esta Ley. A tal efecto, se fija un lapso no mayor de un año, contado a partir de la publicación de esta Ley.

Segunda: El Ejecutivo Nacional tendrá un plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley para dictar los reglamentos necesarios de esta Ley.

Tercera: Los aportes establecidos en el Título III de esta Ley comenzarán a realizarlos a partir del primero de enero de 2011.

Cuarta: Los aportantes previstos en el Título III de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.242 en fecha tres de agosto de dos mil cinco y que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no hayan declarado y pagado dicho aporte, deberán efectuar el pago de los mismos al Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT), sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y del pago de los intereses que fueren procedentes.

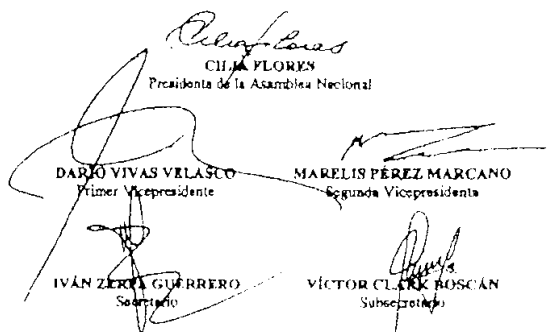
Disposición Derogatoria

Única: Se deroga la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.242 de fecha tres de agosto de dos mil cinco, así como toda norma o disposición que colide con la presente Ley.

Disposición Final

Única: La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los ocho días del mes de diciembre de dos mil diez. Año 200° de la Independencia y 151° de la Federación.



CHELA FLORES
Presidenta de la Asamblea Nacional

DARÍO VIVAS VELASCO
Primer Vicepresidente

MARELIS PÉREZ MARCANO
Segunda Vicepresidenta

IVÁN ZERA GUERRERO
Secretario

VÍCTOR CLARK ROSCÁN
Subsecretario

Promulgación de la Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, de conformidad con lo previsto en el artículo 213 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los dieciséis días del mes de diciembre de dos mil diez. Años 200° de la Independencia, 151° de la Federación y 11° de la Revolución Bolivariana.

Cumplase,
(L.S.)

Hugo Chávez Frías

Refrendado
El Vicepresidente Ejecutivo
(L.S.)
Elias Jaua Milano

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para
Relaciones Exteriores
(L.S.)
Nicolás Maduro Moros

Refrendado
El Ministro del Poder Popular del
Despacho de la Presidencia
(L.S.)
Francisco José Ameliach Orta

Refrendado
El Ministro del Poder Popular de
Planificación y Finanzas
(L.S.)
Jorge Giordani

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para
Relaciones Interiores y Justicia
(L.S.)
Tareck El Aissami

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para la
Defensa
(L.S.)
Carlos José Mata Figueroa

Refrendado El Ministro del Poder Popular para el Comercio (L.S.) <i>Richard Samuel Canan</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para Transporte y Comunicaciones (L.S.) <i>Francisco José Garcés Da Silva</i>
Refrendado El Ministro del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería (L.S.) <i>José Salamat Khan Fernández</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para Vivienda y Hábitat (L.S.) <i>Ricardo Antonio Molina Peñaloza</i>
Refrendado El Ministro del Poder Popular para el Turismo (L.S.) <i>Alejandro Antonio Fleming Cabrera</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo (L.S.) <i>Rafael Dario Ramírez Carreño</i>
Refrendado El Ministro del Poder Popular para la Agricultura y Tierras (L.S.) <i>Juan Carlos Loyo Hernández</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para el Ambiente (L.S.) <i>Alejandro Hitcher Marvaldi</i>
Refrendado El Ministro del Poder Popular para la Educación Universitaria (L.S.) <i>Edgardo Ramírez</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias (L.S.) <i>Ricardo José Menendez Prieto</i>
Refrendado El Ministro del Poder Popular para la Educación (L.S.) <i>Jennifer Josefina Gil Laya</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para la Comunicación y la Información (L.S.) <i>Andrés Guillermo Izarra García</i>
Refrendado El Ministro del Poder Popular para la Salud (L.S.) <i>Eugenia Sader Castellanos</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para las Comunas y Protección Social (L.S.) <i>Isis Ochoa Cañizalez</i>
Refrendado El Ministro del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social (L.S.) <i>María Cristina Iglesias</i>	Refrendado El Ministro del Poder Popular para la Alimentación (L.S.) <i>Carlos Osorio Zambrano</i>
	Refrendado

El Ministro del Poder Popular para la
Cultura
(L.S.)
Francisco de Asis Sesto Novas

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para el
Deporte
(L.S.)
Héctor Rodríguez Castro

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para los
Pueblos Indígenas
(L.S.)
Nicia Maldonado Maldonado

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para la
Mujer y la Igualdad de Género
(L.S.)
Nancy Pérez Sierra

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para la
Energía Eléctrica
(L.S.)
Ali Rodríguez Araque

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para la
Banca Pública
(L.S.)
Humberto Rafael Ortega Díaz

Refrendado
El Ministro del Poder Popular para la
Transformación Revolucionaria de la
Gran Caracas
(L.S.)
Francisco de Asis Sesto Novas

MINISTERIO DEL PODER POPULAR DE PLANIFICACIÓN Y
FINANZAS

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES
FINANCIERAS

RIF. G20007161-3

RESOLUCIÓN

Número: 083.11

Fecha: 15 de marzo de 2011

Visto que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en su artículo 117 el derecho a las personas a disponer de bienes y servicios de calidad; así como, de una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

Visto que la diversidad de productos y servicios ofrecidos por las instituciones bancarias es cada vez mayor, lo cual se traduce en la necesidad de adoptar mecanismos que faculden la difusión a los clientes, usuarios y usuarias del sistema de información clara y precisa, que le permitan elegir por sí mismos los productos o servicios financieros, adecuados a sus intereses y ser conocedores de los compromisos y deberes que asumen en la contratación con las instituciones financieras.

Visto que el artículo 71 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario establece que las instituciones bancarias deben contar con sistemas de seguridad de prevención de fraudes a los depositantes; así como, brindar atención y oportuna respuesta a los reclamos proporcionando procedimientos adecuados y efectivos a sus usuarios, usuarias y público en general, para que éstos puedan ejercer las reclamaciones que consideren pertinentes para la defensa de sus derechos.

Visto que las instituciones del sector bancario deberán proporcionar procedimientos adecuados y efectivos a sus clientes, usuarios y usuarias, para que puedan ejercer las reclamaciones que consideren pertinentes para la defensa de sus derechos; las cuales una vez interpuestas deberán resolverse en un lapso perentorio.

Visto que el artículo 102 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios establece que el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, coordinará con la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, las acciones para la

defensa de los derechos de los ahorristas, usuarios y usuarias de los servicios prestados por las instituciones bancarias, las empresas emisoras de tarjetas de crédito y otros entes financieros.

Visto que con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, se hace necesario adaptar y actualizar las normas contenidas en la Resolución N° 481.10 del 03 de septiembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.508 del 13 de septiembre de 2010 y reimpresa por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.560 del 25 de noviembre de 2010.

Visto que entre las atribuciones establecidas en el numeral 7 del artículo 173 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, se confiere a este Organismo la facultad de crear normas que garanticen la protección de los usuarios y usuarias ante posibles fraudes que se puedan presentar en la prestación de los servicios bancarios, esta Superintendencia resuelve emitir las presentes:

"NORMAS RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS Y USUARIAS DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS"

Capítulo I

Del objeto y Definiciones

- Artículo 1.** Las presentes normas están dirigidas a las instituciones bancarias sometidas a la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.
- Artículo 2.** A los efectos de las presentes normas serán considerados como:
- Instituciones:** Los bancos sometidos a la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.
- Servicios Financieros:** Todas aquellas operaciones que realicen las Instituciones con sus clientes y usuarios.
- Cliente:** Toda persona natural o jurídica que contrata productos y/o servicios financieros de una Institución.
- Usuario y Usuaría:** Toda persona natural o jurídica que utiliza los servicios financieros de una Institución sin ser cliente.
- Operaciones de Taquilla:** Aquellas operaciones financieras y no financieras propias de la actividad de la Institución relativas a: retiros, depósitos, cobro de cheques, pago de servicios y de tarjetas de crédito.

Capítulo II
De los Derechos y la Atención

- Artículo 3.** Las Instituciones deberán prestar a sus clientes, usuarios y usuarias tanto personal como telefónicamente, una adecuada atención en cuanto a las operaciones, transacciones, peticiones, reclamos y solicitudes que éstos realicen; para ello, utilizarán un trato cortés, amable y respetuoso. La atención ofrecida a los clientes, usuarios y usuarias será totalmente gratuita.
- Artículo 4.** En la atención que el personal de las Instituciones brinde a sus clientes, usuarios y usuarias para cualquiera de las operaciones, transacciones, peticiones, reclamos y solicitudes que éstos realicen, considerará como mínimo los siguientes aspectos:
- a. Utilizar las normas del buen hablante y del buen oyente.
 - b. Manejar una comunicación efectiva.
 - c. Usar palabras simples y de común entendimiento.
 - d. Mostrar buena educación.
 - e. Realizar una atención personalizada.
 - f. Transmitir confianza y realizar su trabajo de forma rápida, eficiente y eficaz.
 - g. Respetar el orden de llegada de acuerdo con las actividades a realizar.
- Artículo 5.** Los clientes, usuarios y usuarias de las Instituciones tienen derecho a contar con una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que reciben, que les permita conocer acerca del giro de sus negocios al momento de su requerimiento y en cualquiera de las agencias u oficinas. Los clientes, usuarios y usuarias deben ser atendidos cuando se presenten en las sucursales, agencias u oficinas dentro de los horarios establecidos en éstas; al respecto, el personal de dichas entidades tendrá entre otros aspectos que:
- a. Ser receptivo ante las preguntas que formulen los clientes, usuarios y usuarias.
 - b. Brindar explicación acerca de los procedimientos a seguir para cualquier operación, transacción, petición o reclamo.
 - c. Ofrecer información completa y segura.
 - d. No omitir detalles.
 - e. Ser precisos en el suministro de la información.
- Artículo 6.** Las Instituciones en su red comercial de sucursales, agencias, oficinas o taquillas brindarán atención prioritaria y preferencial a las

personas con discapacidad, de la tercera edad, pensionados y mujeres embarazadas.

Capítulo III

De las Obligaciones de las Instituciones

- Artículo 7.** Las Instituciones deberán prestar a los clientes, usuarios y usuarias, servicios y atención de excelencia, para ello implementarán mecanismos o sistemas que tiendan a disminuir, entre otros aspectos, la permanencia excesiva, por lo que el tiempo de espera para cada ciudadano no podrá ser superior a treinta (30) minutos para las operaciones de taquilla.
Igualmente, deberán contar con el personal necesario durante toda la jornada de servicio al público, razón por la cual obligatoriamente todos los puestos de atención y taquillas existentes en sucursales, agencias u oficinas, tendrán que estar en funcionamiento, en aras de lograr que la permanencia de los clientes, usuarios y usuarias en sus instalaciones sea cómoda, agradable y que los trámites a realizar se efectúen con la máxima eficiencia y eficacia. No obstante, en las horas comprendidas entre las 12 del medio día y las 2 de la tarde, las Instituciones tomarán las medidas necesarias a los fines que se preste la totalidad de los servicios y estén operativos como mínimo el setenta y cinco por ciento (75%) de los puestos de atención y de las taquillas.
- Artículo 8.** Aquellas Instituciones que presten servicio en centros comerciales, los fines de semana, días feriados nacionales y bancarios, deberán ofrecer mínimo los servicios que se circunscriban a las operaciones de taquilla. Aun cuando para estos días no será obligatorio tener en funcionamiento la totalidad de las taquillas y puestos de atención, las instituciones deberán prestar como mínimo las operaciones de taquilla aquí señaladas.
Las Instituciones deberán informar mediante avisos instalados en cada sucursal, agencia u oficina, los servicios que prestan en ellas, en los días indicados en el encabezado de este artículo.
- Artículo 9.** Las Instituciones deberán informar y orientar adecuadamente al público, a través de comunicación impresa, visual, audiovisual, virtual o por otros medios, acerca de cualquier servicio y producto con las diferentes especificaciones, que les permita elegir conforme a sus necesidades; así como, los procedimientos a seguir para efectuar operaciones, transacciones, peticiones, reclamos y todo aquello que considere pertinente, para garantizar la defensa de sus derechos.

- Artículo 10.** El personal de cada una de las oficinas, sucursales y agencias en las que preste atención al público, debe portar una credencial que contenga al menos, el logotipo de la Institución, el nombre, apellido y una fotografía de frente del portador.
- Artículo 11.** Las Instituciones deberán brindar a su personal una adecuada capacitación, que permita mejorar constantemente la calidad de la prestación del servicio y la atención al público. En ese sentido, serán impartidos con una frecuencia de dos (2) o tres (3) cursos semestrales referidos o relativos al conocimiento de estas normas y demás normas de carácter general y sublegal, en materia de atención al cliente, usuarios y usuarias en general.
- Artículo 12.** Las Instituciones publicarán a la disposición de los clientes, usuarios y usuarias en su página web, en sus oficinas, sucursales, agencias, taquillas externas, taquillas asociadas, centros de negocios y otras modalidades de atención; una lista de las operaciones e instrumentos financieros que éstos pueden requerir y/o realizar, la forma y el costo de su tramitación; así como, las tasas de interés, comisiones y gastos aplicables a las operaciones activas y pasivas, detallando las variaciones de las mismas, de acuerdo con sus plazos y modalidades.
- Artículo 13.** Las Instituciones estarán en la obligación de proteger los datos personales de sus clientes. Al respecto, deben administrar la información que reposa en sus archivos y sistemas con la debida confidencialidad, imparcialidad y respeto.
- Artículo 14.** Las Instituciones en las operaciones con tarjetas de crédito y débito deben contar con sistemas de alertas seguras, transparentes y confiables; a objeto que sus clientes estén informados de las operaciones que se realizan con tales instrumentos y que con la acción de los clientes puedan mitigar la ejecución de posibles fraudes en el manejo de los haberes y en la realización de cualquier operación de sus clientes. Al efecto, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario practicará las inspecciones y evaluaciones a que haya lugar; y, en caso de incumplimiento, aplicará las sanciones previstas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.
- Artículo 15.** Las Instituciones en las relaciones contractuales con sus clientes, deberán cumplir con los parámetros dispuestos en la legislación vigente. En este sentido, no incluirán en los contratos cláusulas que puedan vulnerar los derechos de éstos. A los efectos de estas normas,

se consideran, sin menoscabo de lo que prevea el marco jurídico vigente, como cláusulas excesivas y en consecuencia, no deberán estar contempladas en los contratos, las siguientes disposiciones:

- a. Las que facultan a las Instituciones a modificar unilateralmente el contenido de los contratos suscritos, sin la previa notificación de las partes interesadas.
- b. Las que consagren el pago o aumento del precio de comisiones por prestaciones no realizadas; o aquellas que estipulen que puedan cargarse al cliente comisiones o gastos por servicios que no hayan sido solicitados o aceptados expresamente por éste.
- c. En los contratos a tiempo determinado, aquellas cláusulas que reserven a las Instituciones, la facultad de resolver unilateral y anticipadamente el contrato, sin la ocurrencia de una causa válida prevista contractualmente.
- d. Las que excluyan total o sustancialmente la responsabilidad de las Instituciones, por los daños o perjuicios causados a sus clientes derivados de una acción u omisión que les sea imputable.

Artículo 16. Las Instituciones tendrán a disposición de sus clientes, copia de la oferta pública, a los efectos de entregársela a éstos cuando la soliciten, igualmente, deberán publicar su contenido en un sitio visible en sus oficinas, sucursales y agencias, o difundirla en medios electrónicos, con caracteres legibles, en idioma castellano, redactada de manera clara, de fácil comprensión y sin ambigüedades.

Artículo 17. Las Instituciones antes de conceder o formalizar cualquier operación, transacción o renovación, exigirán a sus clientes la lectura de los respectivos contratos; de lo cual se dejará constancia escrita en el respectivo expediente del cliente, usuario y usuaria, conjuntamente con las demás informaciones que lo conforman.

Artículo 18. Las Instituciones darán fiel cumplimiento a las disposiciones establecidas en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, particularmente las indicadas en los artículos 70 al 74, relativas a los Contratos de Adhesión. En este sentido, redactarán los contratos en términos claros, en formato impreso con caracteres visibles y legibles que faciliten su entendimiento por parte del cliente. Igualmente, las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del cliente, serán impresas en caracteres destacados, que faciliten su inmediata y fácil comprensión.

- Artículo 19.** Los beneficiarios de las operaciones de crédito tienen derecho a conocer el contenido del respectivo contrato con antelación a su firma. Dicho contenido incluirá los términos y condiciones bajo los cuales fueron aprobadas las operaciones de crédito.
Las Instituciones deberán suministrar una (1) copia simple del documento de préstamo debidamente protocolizado o notariado en los casos que corresponda, a los deudores, en el momento del otorgamiento y liquidación del crédito, sin costo alguno para los mismos.
- Artículo 20.** Las Instituciones entregarán a sus clientes en el momento que éstos lo soliciten, la fórmula de cálculo de los intereses que cobren o paguen sobre operaciones activas y pasivas; así como, las formas o mecanismos de liquidación, abono, vencimiento, renovación, cobro y amortización que sean aplicables a dichas operaciones. En caso de modificar la metodología utilizada para tales cálculos o condicionantes, las Instituciones deberán notificar a sus clientes con anterioridad a su aplicación para su conformidad o aprobación.
- Artículo 21.** En cuanto a las amortizaciones y cancelaciones parciales o totales de operaciones crediticias, las Instituciones entregarán a sus clientes, usuarios y usuarias los comprobantes que evidencien los pagos y cancelaciones que reciban; así como, la tabla de amortización en el momento que éstos lo soliciten.
Los comprobantes de pagos totales o parciales de créditos deberán incluir información detallada sobre la tasa de interés, las comisiones que hayan sido aplicadas, la porción aplicada a intereses y la amortización de capital; así como, el saldo de capital adeudado que resulte después de la aplicación de la cuota cancelada.
Para el pago de otros servicios entregarán recibos que evidencien el costo del servicio prestado.
La tabla de amortización, contendrá como mínimo los siguientes campos:
- a. Fecha de otorgamiento.
 - b. Monto inicial de préstamo.
 - c. Plazo del crédito.
 - d. Tipo de crédito.
 - e. Monto de capital adeudado.
 - f. Tasas de interés aplicadas.
 - g. Amortizaciones efectuadas a capital.
 - h. Monto de los intereses cobrados.
 - i. Cuotas mensuales, debidamente discriminadas por los distintos conceptos aplicados, entre los cuales están: pólizas de seguro,

intereses de mora, amortización a capital, comisiones y gastos de cobranza.

Artículo 22. Toda solicitud de crédito o financiamiento de personas naturales y jurídicas consignadas ante la institución bancaria, debe ser formalmente recibida, para lo cual se emitirá a favor del cliente, usuario y usuaria una constancia debidamente sellada y firmada por un empleado autorizado para tales fines.

La institución bancaria responderá por escrito y remitirá a la dirección física o electrónica establecida por el cliente, usuario y usuaria dentro de los diez (10) días continuos siguientes, contados a partir de la fecha de la aprobación o negativa de la solicitud del crédito. En caso que el crédito resulte negado, la institución bancaria deberá indicar de manera explícita al solicitante las razones o causas que motivaron la negación del crédito o financiamiento solicitado, dicha respuesta debe ser expedida y firmada por un funcionario y/o empleado debidamente autorizado por la institución.

En el caso que las solicitudes de créditos o financiamientos puedan estar directamente relacionadas con proyectos o programas de inversión, con requerimientos puntuales de capital de trabajo, de capacidad de consumo o vinculados a solicitudes de créditos hipotecarios de adquisición de vivienda principal, ligados estos últimos generalmente a contratos de opciones de compras con plazos perentorios, que comprometen seriamente el patrimonio de los optantes a las viviendas; se deben implementar procesos y/o mecanismos, que permitan procesar y/o analizar todas las solicitudes en plazos razonables, pero a la vez expeditos, que no retarden excesivamente las resultas de tales solicitudes, para lo cual la institución bancaria deberá establecer los lapsos máximos y mínimos para culminar el proceso de análisis por tipo de crédito, una vez que el interesado haya consignado la información solicitada previamente por la institución.

Artículo 23. En los casos de operaciones y/o transacciones en moneda extranjera, cualquiera que sea su modalidad, las Instituciones informarán previamente a sus clientes acerca de las diversas condiciones legales y contractuales que las regulan; así como los gastos o comisiones que se generen.

Capítulo IV
De la Unidad de Atención al Usuario
y del Procedimiento de Reclamos

Artículo 24. Las Instituciones deberán tener una Unidad de Atención al Usuario, la cual debe estar incorporada a su estructura organizacional y se encargará de:

- a. Recibir, canalizar y tramitar los reclamos de los clientes, usuarios y usuarias, por cualquier servicio, producto, transacción, operación, irregularidad o atención recibida por éstos.
- b. Diseñar e implementar los canales y medios de suministro de información de las condiciones, características y modalidades de las diferentes operaciones, servicios prestados y los procedimientos aplicables a las reclamaciones.
- c. Elaborar un expediente por cada reclamo efectuado por el cliente, usuario o usuaria, en el cual se observe el histórico de las actuaciones realizadas por la Unidad para resolver el caso, incluyendo los informes elaborados por cada una de las áreas de la Institución involucradas en la investigación, con sus respectivos anexos, en los que se evidencien los elementos probatorios que sustenten la respuesta; así como, el acuse de recibo de la decisión comunicada al denunciante.

Para aquellos casos que la respuesta resulte procedente, la Institución podrá notificar a los clientes, usuarios y usuarias, a través de canales electrónicos y omitir el acuse de recibo en la conformación del expediente. En el caso que el reclamo resulte improcedente deberá presentar una prueba del envío electrónico de dicha notificación.

Todos los documentos relacionados con el expediente de reclamos pueden gestionarse mediante sistemas de control documental; sin embargo, no sustituirá los documentos físicos que constituyen los citados expedientes.

- d. Los expedientes deberán cumplir con lo señalado en los Manuales de Procedimientos para el trámite de denuncias establecidos por la Institución y estarán a disposición de este Organismo cuando éste así lo requiera. En el caso de ser solicitada copia del referido expediente, ésta deberá venir acompañada de una certificación del presidente u otro funcionario o empleado autorizado por la Institución, donde conste entre otros aspectos que el expediente no obvia ninguna documentación, ni se han omitido pasos en el procedimiento para la resolución del reclamo.
- e. Remitir al Defensor del Usuario Bancario los reclamos declarados improcedentes; así como, aquellos que no hayan podido resolver

en el plazo perentorio establecido en el numeral 3 del artículo 71 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario y en las leyes vigentes al respecto.

Por otra parte, los Gerentes, funcionarios o empleados de los distintos canales de atención al cliente y usuario de los sistemas financieros de las oficinas, sucursales y agencias de las Instituciones serán los responsables de atender y recibir los reclamos y requerimientos de información de los clientes, usuarios o usuarias y observarán que éstos sean canalizados debidamente ante la respectiva Unidad de Atención al Usuario

- Artículo 25.** Las Instituciones deberán proporcionar a sus clientes, usuarios y usuarias, procedimientos adecuados y efectivos para que éstos puedan realizar las aclaratorias y reclamos para la mejor defensa de sus derechos.
En ese sentido, las Instituciones deberán publicar en su página web, trípticos y en las carteleras que se dispongan en las sucursales, agencias y oficinas, la información relativa a los requisitos para la presentación de peticiones o reclamos y los plazos en los cuales serán evacuadas y resueltas, todo ello conforme a lo previsto en las presentes normas.
- Artículo 26.** Los clientes, usuarios y usuarias podrán presentar sus peticiones y reclamos personalmente o mediante representación, en forma escrita o por medios informáticos o electrónicos, siempre que éstos permitan la lectura, impresión y conservación de los mismos, todo ello conforme a los canales habilitados.
- Artículo 27.** Las peticiones y reclamos deberán contener como mínimo la siguiente información:
- a. Nombres, apellidos, domicilio, número de cédula de identidad, nombre de la persona jurídica y número de Registro de Información Fiscal, de ser el caso; así como, pasaporte vigente en el supuesto de ser extranjero.
 - b. Número telefónico y/o correo electrónico, de ser el caso.
 - c. Motivo del escrito.
 - d. Oficina, departamento o servicio donde se originó la queja.
 - e. Lugar, fecha y firma.
 - f. Pruebas documentales o soportes de la petición y el reclamo, de ser el caso.

- Artículo 28.** Las Instituciones deberán acusar recibo por escrito firmado y sellado, dejando constancia de la fecha de presentación de la petición o reclamo, a efectos del cómputo del lapso establecido para tramitar dicha solicitud, o en su defecto, la asignación de un código cuando la petición o reclamo se realice por vía electrónica o telefónica; todo ello, conforme a las modalidades establecidas en los Manuales de Procedimientos.
- Artículo 29.** La respuesta emitida por la Institución deberá resolverse en un lapso no mayor de veinte (20) días continuos según lo establecido en el numeral 3 del artículo 71 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario; y tendrá que contestar a todos los aspectos planteados en el reclamo de forma exacta, imparcial y verificable para la fácil comprensión del cliente, usuarios y usuarias.
- Artículo 30.** La decisión adoptada por las Instituciones con ocasión a un reclamo, no constituirán precedentes para casos con características similares; en consecuencia cada reclamo será analizado de manera particular según las características que este presente.
- Artículo 31.** La Unidad de Atención al Usuario está obligada a dar respuesta de forma escrita a las consultas y los reclamos presentados debiendo motivar suficientemente su decisión en caso de ser improcedente. En ese sentido, la reclamación interpuesta deberá resolverse en un lapso que no podrá exceder del establecido en el numeral 3 del artículo 71 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario y en las leyes vigentes al respecto.
Los reclamos interpuestos por los clientes, usuarios y usuarias no generarán en modo alguno, la suspensión o extinción sobrevenida de la relación comercial con la Institución.
- Artículo 32.** La Institución sólo podrá rechazar la admisión del reclamo cuando:
- a. Se omitan datos de identificación del cliente o usuario y usuarias.
 - b. Se obvie información esencial para la tramitación, como por ejemplo, que no se concrete el motivo de la solicitud o reclamo.
 - c. El cliente en relación con los mismos hechos, formule quejas o reclamaciones que reiteren otras anteriores ya resueltas.
- Artículo 33.** Queda prohibido realizar cobros por la recepción, tramitación y atención de reclamos, incluso si éstos resultaran improcedentes.

- Artículo 34.** Las Instituciones del Sector Bancario deberán enviar a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la República y al Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios toda la información y documentación que estos Organismos les requieran, referentes a las denuncias presentadas por los clientes, usuarios y usuarias de las Instituciones.
- Artículo 35.** Las Instituciones tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Los clientes, usuarios y usuarias en los casos que correspondan deberán consignar la documentación que soporte su denuncia. Igualmente, las Instituciones que pretendan haber sido libradas de ella, cumplirán por su parte probando el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación.
- Artículo 36.** Si la reclamación versare sobre el reintegro de sumas de dinero, las Instituciones procederán a su pago, en la misma fecha en que se emita el acto que declare procedente la reclamación, salvo aquellos casos establecidos en leyes específicas. La falta de pago o acreditación en esa oportunidad, hará considerar la obligación como líquida y exigible, y por lo tanto, devengará intereses moratorios. El monto a reintegrar por las Instituciones, generará intereses durante el período del reclamo.

Capítulo V

Del Defensor del Cliente y Usuario Bancario

- Artículo 37.** Se crea la figura del Defensor del Cliente y Usuario Bancario, el cual deberá ser designado en cada una de las Instituciones. Y es una instancia superior a la Unidad de Atención al Usuario. El Defensor del Cliente y Usuario Bancario tendrá entre sus funciones tramitar y resolver los reclamos improcedentes que remita la Unidad de Atención al Usuario de las Instituciones.
- Artículo 38.** El Defensor del Cliente y Usuario Bancario ejercerá sus funciones de manera objetiva e imparcial con absoluta independencia y con total autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar, reportará únicamente a la Junta Directiva de las Instituciones y no podrá desempeñar otra actividad u otro cargo dentro de las Instituciones.
- Artículo 39.** El Defensor del Cliente y Usuario Bancario y su suplente deberán ser designados por la Junta Directiva y sometidos a consideración

de la Asamblea de Accionistas, para un período de dos (2) años y podrán ser reelectos por el mismo período.
El Defensor del Cliente y Usuario Bancario estará dedicado en forma exclusiva a las funciones de su cargo.

- Artículo 40.** No pueden ser Defensor del Cliente y Usuario Bancario de una Institución, quienes ocupen cargos de director o directora principal o suplente, funcionario o funcionaria, empleado o empleada de otra Institución Bancaria.
- Artículo 41.** El Defensor del Cliente y Usuario Bancario podrá dirigir a la Junta Directiva de las Instituciones, a través de su Presidente, en cualquier momento recomendaciones, propuestas o advertencias sobre aquellas actividades u operaciones que estime necesaria y que puedan mejorar, facilitar, aclarar o regularizar la correcta prestación del servicio, la seguridad de las operaciones y la confianza que debe existir con los clientes, usuarios y usuarias.
- Artículo 42.** El Defensor del Cliente y usuario Bancario deberá elaborar un Reglamento que regulará sus actividades, el cual considerará entre otros aspectos:
- a. Procedimiento para la tramitación de los reclamos sometidos a su conocimiento.
 - b. Relación de aquellos asuntos cuyo conocimiento no le correspondan.
 - c. Deber de todos los departamentos y unidades de las Instituciones de colaborar con el Defensor del Cliente y Usuario Bancario para la solución de los reclamos sometidos a su conocimiento.
 - d. Procedimiento que regirá las relaciones entre la Unidad de Atención al Usuario y el Defensor del Cliente y Usuario Bancario.
- El mencionado Reglamento deberá ser aprobado previamente por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; así como todas las modificaciones de las cuales sea objeto.
- Artículo 43.** Las decisiones que sobre un reclamo presentado haya tomado el Defensor del Cliente y Usuario Bancario, serán de carácter vinculante para la Institución.
- Artículo 44.** El Defensor del Cliente y Usuario Bancario tendrá las siguientes obligaciones:
- a. Establecer el reglamento al cual se sujetará su actividad, en los términos previstos en la presente Resolución.

- b. Solicitar al cliente, usuarios o usuarias y a las Instituciones toda la documentación que sea necesaria para la solución del reclamo sometido a su conocimiento.
- c. Dictar la decisión sobre el reclamo presentado, considerando los plazos establecidos en esta Resolución.
- d. Presentar a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dentro del primer mes de cada semestre, un informe en el que se indicará como mínimo:
 - d.1 Información detallada sobre las quejas recibidas y tramitadas durante dicho período.
 - d.2 Resumen de las recomendaciones o propuestas presentadas a la Junta Directiva, que puedan ayudar a mejorar, facilitar, aclarar o regularizar la correcta prestación del servicio, la seguridad y la confianza que debe existir con los clientes, y usuarios o usuarias, de ser el caso.
 - d.3 Resumen de las decisiones dictadas, que hayan dado lugar al establecimiento de criterios generales para la toma de decisiones y la indicación expresa de dichos criterios.
 - d.4 Indicación de los criterios mantenidos para la solución de los reclamos.La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario podrá realizar objeciones, observaciones o recomendaciones al contenido del informe, las cuales deberán ser presentadas en la próxima Asamblea de Accionista de las Instituciones.

Artículo 45. En el supuesto hecho que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario objetare, más de dos (2) semestres consecutivos, el informe a que se refiere el artículo anterior, el suplente podrá asumir como titular el cargo de Defensor del Cliente y Usuario Bancario durante el remanente del período, debiendo designarse un nuevo suplente.

Capítulo VI

De las Operaciones en Cuentas, Limitaciones y Disposiciones Generales

- Artículo 46.** Las Instituciones no podrán:
- a. Restringir la relación entre los clientes, usuarios, usuarias y las Instituciones por discriminaciones fundadas en sexo, raza, religión, opinión o cualesquiera otras condiciones análogas personales o sociales.
 - b. Limitar a las personas naturales la apertura y mantenimiento de cuentas de ahorro, condicionarse o restringirse a montos mínimos.

- c. Inducir a la apertura de cuentas o a la adquisición de otros productos financieros distintos o con rendimientos inferiores a los requeridos por el cliente.
- d. Inactivar las cuentas de depósitos de ahorros, las cuentas corrientes y otros instrumentos de captación de naturaleza similar por la ausencia de movimientos de depósitos o retiros.
- e. Efectuar descuentos por cualquier concepto de las cuentas denominadas nóminas y aquellas cuentas a través de las cuales se cancelen pensiones y jubilaciones, sean estas corrientes o de ahorro, sin la previa autorización expresa del titular de las mismas, la cual siempre podrá ser revocable.
- f. Descontar de las cuentas bancarias y tarjetas de crédito que el cliente mantenga con la Institución, algún monto por concepto de servicios que éste no haya solicitado; razón por la cual deberá implementar los mecanismos necesarios para que el cliente notifique a la Institución sobre los servicios autorizados por él para ser cancelados a través de los productos que posea.
- g. Otorgar tarjetas de débito u otra modalidad de servicios que permita efectuar débitos o retiros fuera de las oficinas, agencias o sucursales de los entes que conforman el Sistema Bancario Nacional, sin la previa solicitud y autorización del titular o titulares de la cuenta de ahorro, corriente u otra modalidad de cuenta bancaria.
- h. Incluir dentro del mismo contrato de apertura de cuenta de ahorro, corriente u otra modalidad de cuenta bancaria, la solicitud de tarjetas de crédito.
- i. Otorgar tarjetas de débito, crédito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, sin la previa solicitud del cliente.
- j. Limitar el acceso para las consultas y ejecución de operaciones a través de la banca por Internet, banca móvil y corresponsales no bancarios de los productos que los clientes posean. Sin perjuicio de las medidas de seguridad necesarias para este canal.
- k. Restringir o prohibir al público dentro de las agencias u oficinas, el uso de taquillas o cajeros automáticos cuando éstos así lo requieran, en transacciones comunes para ambos canales de atención. En ese sentido, el personal de la Institución deberá ofrecer previamente a los clientes, usuarios y usuarias las alternativas por las cuales éstos podrán realizar sus operaciones, pudiendo escoger la de su preferencia.
- l. Realizar cobro a los deudores, co-solicitantes, garantes, fiadores o avalistas de créditos o financiamientos, mediante los siguientes procedimientos:

- Mensajes telefónicos dejados en reiteradas ocasiones.
 - Llamadas efectuadas los fines de semana.
 - Llamadas efectuadas de lunes a viernes, en el horario comprendido entre las 6:00 p.m. y las 7:00 a.m.
 - Acciones que impliquen amenazas.
 - Cualquier otro medio abusivo de cobro, tales como publicaciones en prensa o por vía Internet.
- m. Realizar gestiones de cobranza a los deudores, co-solicitantes, garantes, fiadores o avalistas de créditos o financiamiento, a través de llamadas o mensajes telefónicos a terceros; entre ellos familiares y demás personas cuyos datos fueron proporcionados por dichos deudores únicamente, a los fines de cumplir con los requisitos de referencias bancarias y personales, solicitados por las Instituciones del Sector Bancario al efecto de la tramitación de créditos.
- n. Intercambiar o compartir, por cualquier medio, los resultados o cualquier información de las solicitudes de financiamiento o crédito, formulados por los clientes, usuarios y usuarias que hayan sido negadas en cualquier instancia.
- Artículo 47.** Las Instituciones deben exonerar del pago de cargos, tarifas, comisiones o recargos a las cuentas bancarias que hayan sido abiertas por instrucciones de los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela. En ese sentido, las referidas cuentas no podrán ser movilizadas sin la autorización por escrito del Tribunal.
- Artículo 48.** Las Instituciones deberán reversar el mismo día las operaciones de depósitos de sumas de dinero que un cajero efectúe en forma errada a otro beneficiario distinto al indicado por el cliente, usuario y usuaria, una vez tenga conocimiento del hecho.
- Artículo 49.** Las Instituciones serán responsables por las sumas de dinero que sean retiradas de los cajeros automáticos que excedan los montos máximos establecidos por la Institución, salvo que el banco demuestre la responsabilidad del cliente.
- Artículo 50.** Las Instituciones están en la obligación de actualizar los datos de sus clientes, reponer las tarjetas de crédito, débito, prepagadas; así como, libretas de ahorro, recibir reclamos y peticiones, activar o desactivar cuentas y tarjetas, emitir cheques de gerencia y referencias bancarias en cualquiera de sus modalidades, en toda la red de oficinas, sucursales y agencias que posea la Institución, independientemente de la agencia donde el cliente abrió la cuenta.

Igualmente, cuando no sea posible la reposición inmediata de algún instrumento de movilización de efectivo, las Instituciones estarán en la obligación de garantizar a sus clientes la disponibilidad de sus haberes en el momento que éstos lo requieran.

- Artículo 51.** Las Instituciones deberán reponer las tarjetas de débito y las chequeras personalizadas requeridas por sus clientes, en un plazo que no podrá exceder de cinco (5) y diez (10) días hábiles bancarios respectivamente, contados a partir de la fecha de su solicitud.
- Artículo 52.** Las Instituciones deberán atender en horario regular los requerimientos de retiro de efectivo realizado por sus clientes, usuarios y usuarias, con ocasión a los depósitos que éstos mantengan en su Institución, sin ningún tipo de limitación o restricción, salvo aquellas que se encuentren ordenadas por alguna autoridad judicial. Si el requerimiento de los clientes, usuarios y usuarias supera la capacidad de la agencia, la Institución debe establecer los mecanismos idóneos para solventar a la brevedad posible dicha situación.
- Artículo 53.** Las Instituciones deberán suministrar por lo menos una (1) chequera activada al cuentacorrientista al momento de la apertura de la cuenta. Cabe señalar que la disponibilidad de los recursos será inmediata, siempre y cuando el depósito se realice en efectivo o cheque de la Institución donde se abrió la cuenta, caso contrario, los fondos estarán disponibles cuando se cumplan los plazos establecidos en el proceso de la Cámara de Compensación del Banco Central de Venezuela.
- Artículo 54.** Las Instituciones no podrán limitar a los beneficiarios de cheques, que no posean cuentas en esa entidad con la apertura de éstas para poder disponer del dinero. No obstante, notificará a los beneficiarios de las limitaciones que tenga al respecto. Así mismo, las personas naturales, ya sean clientes, usuarios y usuarias de una Institución podrán cobrar y canjear un cheque de gerencia por otro.
- Artículo 55.** Las Instituciones realizarán sus procedimientos de conformación de cheques, independientemente si el titular de la cuenta es una persona natural o jurídica.
- Artículo 56.** Las Instituciones deberán cumplir con la toma del fotoregistro o hacer uso de sistemas que faculten la captura digital de imágenes y documentos a los usuarios y usuarias que realicen operaciones como retiro de sus cuentas, recepción de chequeras, cobro de cheques,

emisión de cheques de gerencia y cualquier otra transacción financiera que a juicio de las Instituciones considere necesaria; todo ello, a los fines de identificar a las personas que cometan el delito de fraude.

Artículo 57. Las Instituciones deberán procurar incluir dispositivos electrónicos de conformidad con los avances tecnológicos, tales como, dispensadores de chequeras, constancias o referencias, recepción de depósitos, entre otros, a objeto de descongestionar las agencias. En tal sentido, las Instituciones tomarán las medidas necesarias a los fines de implementar en su red comercial de sucursales, agendas y oficinas los dispositivos electrónicos considerando el número de clientes que posea. Igualmente, las Instituciones deberán activar los servicios para emisión de referencias bancarias y estados de cuenta, vía internet. En ese sentido, a los efectos de solicitud de créditos en otras instituciones del sector bancario serán válidas las referencias bancarias y los estados de cuenta emitidos por dicho medio. Le corresponde a las Instituciones implantar los mecanismos de seguridad necesarios, a los fines de garantizar la certeza y validez de estos documentos.

Artículo 58. Las Instituciones deberán realizar campañas educativas dirigidas a los clientes, usuarios y usuarias, a los fines de incentivar el uso de los dispositivos electrónicos y del servicio de banca electrónica; así como, dar a conocer sus beneficios y mecanismos de seguridad que los soportan.

Capítulo VII

Régimen Sancionatorio

Artículo 59. La infracción a las presentes normas podrá ser sancionada de conformidad con lo previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, sin perjuicio de las medidas administrativas e instrucciones que este Organismo pueda imponer en atención a sus competencias.

Capítulo VIII

Disposiciones Finales

Artículo 60. Con la entrada en vigencia de la presente Resolución se deroga la Circular N° SBIF-DSB-II-OAC-GNP-14082 del 17 de septiembre de 2009 y la Resolución N° 481.10 del 03 de septiembre de 2010,

publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.508 del 13 de septiembre de 2010 y reimpressa por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.560 del 25 de noviembre de 2010.

Artículo 61. La presente Resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Comuníquese y Publíquese

Edgar Hernández Behrens
Superintendente

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), (versión codificada), (Texto pertinente a efectos del EEE)

**DIRECTIVA 2010/13/UE
EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL
CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,**

10 de marzo 2010

EL PARLAMENTO EUROPEO Y
EL CONSEJO DE LA UNIÓN
EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 53, apartado 1, y su artículo 62,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario^[1],

Considerando lo siguiente:

(1) La Directiva 89/552/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual

(Directiva de servicios de comunicación audiovisual)^[2], ha sido modificada en diversas ocasiones^[3] y de forma sustancial. Conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de dicha Directiva.

(2) Los servicios de comunicación audiovisual prestados a través de las fronteras gracias a las diferentes tecnologías son uno de los medios que permiten perseguir los objetivos de la Unión. Son necesarias determinadas medidas que garanticen la transición de los mercados nacionales a un mercado común de producción y de distribución de programas y que prevean condiciones de competencia leal sin perjuicio de la función de interés público que incumbe a los servicios de comunicación audiovisual.

[1] Posición del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2009 (no publicada aún en el Diario Oficial) y Decisión del Consejo de 15 de febrero de 2010.

[2] DO L 298 de 17.10.1989, p. 23. Título original del acto: Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

[3] Véase el anexo I, parte A.

(3) El Consejo de Europa ha adoptado un Convenio Europeo sobre la televisión transfronteriza.

(4) A la luz de las nuevas tecnologías incorporadas a la transmisión de servicios de comunicación audiovisual, un marco regulador relativo al ejercicio de actividades de radiodifusión debe reflejar los efectos de los cambios estructurales, la difusión de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) y la evolución tecnológica en los modelos de negocio, especialmente en la financiación de la radiodifusión televisiva comercial, y debe garantizar unas condiciones óptimas de competitividad y seguridad jurídica para las tecnologías de la información y los servicios e industrias de medios de comunicación en Europa, así como para el respeto de la diversidad cultural y lingüística.

(5) Los servicios de comunicación audiovisual son tanto servicios culturales como servicios económicos. Su importancia cada vez mayor para las sociedades y la democracia —sobre todo por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo de los medios de comunicación—, así como para la educación y la cultura, justifica que se les apliquen normas específicas.

(6) El artículo 167, apartado 4, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea obliga a la Unión a tener en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras

disposiciones de citado Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas.

(7) En sus Resoluciones de 1 de diciembre de 2005^[4] y 4 de abril de 2006^[5] relativas a la Ronda de Doha y la Conferencia Ministerial de la OMC, el Parlamento Europeo exige que los servicios públicos básicos, tales como los servicios audiovisuales, se excluyan de la liberalización en el marco de la Ronda de negociación relativa al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). En su Resolución de 27 de abril de 2006^[6], el Parlamento Europeo brinda su apoyo a la Convención de la Unesco sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y afirma, en particular, “que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial”. La Decisión 2006/515/CE del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales^[7], aprobó en nombre de la Comunidad dicha Convención de la Unesco. La Convención entró en vigor el 18 de marzo de 2007. La presente Directiva respeta los principios de dicha Convención.

[4] DO C 285 E de 22.11.2006, p. 126.

[5] DO C 293 E de 2.12.2006, p. 155.

[6] DO C 296 E de 6.12.2006, p. 104.

[7] DO L 201 de 25.7.2006, p. 15.

(8) Es esencial que los Estados miembros velen para que no se cometan actos que puedan resultar perjudiciales para la libre circulación y el comercio de las emisiones televisivas o que puedan favorecer la creación de posiciones dominantes que impondrían límites al pluralismo y a la libertad de información televisiva, así como a la información en su conjunto.

(9) La presente Directiva se entiende sin perjuicio de los actos de armonización de la Unión vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la competencia.

(10) Los servicios de comunicación audiovisual tradicionales —como la televisión— y los servicios de comunicación audiovisual a petición que están surgiendo son potenciales fuentes de empleo en la Unión, en especial en las pequeñas y medianas empresas, y estimulan el crecimiento económico y la inversión. Teniendo en cuenta la importancia de procurar que exista una igualdad de condiciones de competencia y un verdadero mercado europeo de servicios de comunicación audiovisual, deben respetarse los principios básicos del mercado interior, tales como la libre competencia y la igualdad de trato, con objeto de garantizar la transparencia y la previsibilidad de los mercados de los servicios de comunicación audiovisual y reducir las barreras de acceso al mercado.

(11) Es necesario, para evitar el falseamiento de la competencia, mejorar la seguridad jurídica, contribuir a la plena realización del mercado interior y facilitar la creación de un espacio único de información, al menos un conjunto básico de normas coordinadas, que se apliquen a todos los servicios de comunicación audiovisual, tanto de radiodifusión televisiva (servicios de comunicación audiovisual lineales) como servicios de comunicación audiovisual a petición (servicios de comunicación audiovisual no lineales).

(12) El 15 de diciembre de 2003 la Comisión aprobó una Comunicación sobre el futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual, en la que se subraya que la política de regulación del sector debe proteger, tanto ahora como en el futuro, determinados intereses públicos, como la diversidad cultural, el derecho a la información, el pluralismo de los medios de comunicación, la protección de los menores y la protección de los consumidores, así como las medidas a adoptar para aumentar el nivel de conocimiento y de formación del público en materia de medios de comunicación.

(13) La Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 25 de enero de 1999, sobre el servicio público de radiodifusión^[8], confirmó que es preciso que los servicios públicos de radiodifusión sigan aprovechando el

[8] DO C 30 de 5.2.1999, p. 1.

progreso tecnológico para el cumplimiento de su función. La coexistencia de prestadores de servicios de comunicación audiovisual públicos y privados es un rasgo característico del mercado europeo de medios audiovisuales.

(14) La Comisión aprobó la iniciativa “i2010 — Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo” para fomentar el empleo y el crecimiento en la sociedad de la información y los sectores de medios de comunicación. Esto es una estrategia de amplio alcance destinada a favorecer la producción de contenidos europeos, el desarrollo de la economía digital y la adopción de las TIC, en el contexto de la convergencia de los servicios de la sociedad de la información y de los servicios de medios de comunicación, redes y dispositivos, mediante una modernización y despliegue de todos los instrumentos políticos de la UE: instrumentos reguladores, investigación y asociaciones con la industria. La Comisión se ha comprometido a crear un marco coherente en el mercado interior para los servicios de la sociedad de la información y los servicios de medios, modernizando el marco legal de los servicios audiovisuales. El objetivo de la iniciativa i2010 se

alcanzará, en principio, permitiendo a las industrias crecer con solo la reglamentación necesaria y permitiendo a las pequeñas industrias nacientes, que crearán riqueza y puestos de trabajo en el futuro, desarrollarse, innovar y crear empleo en un mercado libre.

(15) El Parlamento Europeo adoptó el 4 de septiembre de 2003^[9], el 22 de abril de 2004^[10] y el 6 de septiembre de 2005^[11] sendas Resoluciones que apoyaban en principio el planteamiento general de fijar normas básicas para todos los servicios de comunicación audiovisual y normas adicionales para los servicios de radiodifusión televisiva.

(16) La presente Directiva contribuye a un mejor ejercicio de los derechos fundamentales y concuerda plenamente con los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea^[12], en particular su artículo 11. A este respecto, no impide en modo alguno a los Estados miembros aplicar sus normas constitucionales en materia de libertad de prensa y libertad de expresión en los medios de comunicación.

(17) La presente Directiva no debe afectar a las obligaciones de los Estados miembros que se desprenden de la aplicación de la Directiva 98/

[9] Resolución del Parlamento Europeo sobre televisión sin fronteras (DO C 76 E de 25.3.2004, p. 453).

[10] Resolución del Parlamento Europeo sobre el peligro que corre en la UE, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (artículo 11, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales) (DO C 104 E de 30.4.2004, p. 1026).

[11] Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva 89/552/CEE (“Televisión sin fronteras”), modificada por la Directiva 97/36/CE, en el período 2001-2002 (DO C 193 E de 17.8.2006, p. 117).

[12] DO C 364 de 18.12.2000, p. 1.

34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información^[13]. En consecuencia, los proyectos de normas nacionales aplicables a los servicios de comunicación audiovisual a petición, que sean de carácter más estricto o más detallado que lo que se requiere para la mera incorporación al Derecho nacional de la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva^[14], deben estar sujetos a las obligaciones de procedimiento establecidas en virtud del artículo 8 de la Directiva 98/34/CE.

(18) De conformidad con su artículo 1, apartado 3, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)^[15], se entiende sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse a nivel de la Unión o nacional en función de objetivos de interés general, en particular en relación con la

regulación de contenidos y la política audiovisual.

(19) La presente Directiva no afecta a las competencias de los Estados miembros y sus autoridades en materia de organización —incluidos los sistemas de concesión o de autorización administrativa o de fiscalidad—, de la financiación y del contenido de los programas. La independencia de la evolución cultural de un Estado miembro al otro y la diversidad cultural de la Unión quedarán así preservadas.

(20) Ninguna disposición de la presente Directiva debe exigir a los Estados miembros que impongan nuevos sistemas de licencias o autorizaciones administrativas a los servicios de comunicación audiovisual, ni animarles a tal proceder.

(21) A efectos de la presente Directiva, la definición de servicios de comunicación audiovisual debe englobar únicamente servicios de comunicación audiovisual, tanto si se trata de radiodifusión televisiva como a petición, que sean medios de comunicación de masas, es decir, que estén destinados a una parte significativa del público en general y que puedan tener un claro impacto sobre él. Su alcance debe estar limitado a los servicios tal como están definidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, por lo tanto, debe abarcar cualquier forma de actividad económica, incluida la de las empresas de servicio público, pero no las

[13] DO L 204 de 21.7.1998, p. 37.

[14] DO L 332 de 18.12.2007, p. 27.

[15] DO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

actividades que no son fundamentalmente económicas ni entran en competencia con la radiodifusión televisiva, como los sitios web de titularidad privada y los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenido audiovisual generado por usuarios privados con el fin de compartirlo e intercambiarlo entre grupos de interés.

(22) A efectos de la presente Directiva, la definición de servicios de comunicación audiovisual debe abarcar los medios de comunicación de masas en su función de informar, entretener y educar al público general y debe incluir las comunicaciones audiovisuales comerciales, pero debe excluir toda forma de correspondencia privada, como los mensajes de correo electrónico enviados a un número limitado de destinatarios. La definición debe excluir asimismo todos los servicios cuyo principal objeto no sea proporcionar programas, es decir, aquellos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal. Como ejemplos cabe citar los sitios web que contienen elementos audiovisuales con una función exclusivamente auxiliar, elementos gráficos animados, pequeños anuncios publicitarios o información relacionada con un producto o servicio no audiovisual. Por estos motivos, los juegos de azar que impliquen una apuesta que represente un valor monetario, incluidas las loterías, las apuestas y otros juegos de azar o de dinero, así como los juegos en línea y los motores de búsqueda, también deben quedar

excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pero no las emisiones televisivas dedicadas a juegos de azar o de dinero.

(23) A los efectos de la presente Directiva, el término “audiovisual” debe hacer referencia a imágenes en movimiento, acompañadas o no de sonido, por lo que comprende las películas mudas, pero no la transmisión de audio ni los servicios de radio. Si bien la finalidad principal de un servicio de comunicación audiovisual es suministrar programas, la definición de tal servicio también debe cubrir el contenido basado en texto que acompaña a tales programas, como los servicios de subtítulo y las guías electrónicas de programas. Los servicios independientes basados en texto no corresponden al ámbito de la presente Directiva, que no debe afectar a la libertad de los Estados miembros de regular dichos servicios a nivel nacional de conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(24) Los servicios de comunicación audiovisual a petición se caracterizan por ser “como televisión”, esto es, que compiten por la misma audiencia que las emisiones de radiodifusión televisiva, y que, habida cuenta de la naturaleza y de los medios de acceso al servicio, el usuario puede tener una expectativa razonable de contar con la protección normativa incluida en la presente Directiva. Sobre esta base y para evitar discrepancias respecto a la libre circulación y competencia, el concepto de “programa” debe interpretarse de forma dinámica teniendo en cuenta la evolución de la

radiodifusión televisiva.

(25) El concepto de responsabilidad editorial es esencial para definir el papel de prestador del servicio de comunicación y, por lo tanto, para la definición de los servicios de comunicación audiovisual. Los Estados miembros pueden especificar con mayor detalle aspectos de esta definición, sobre todo del concepto de “control efectivo”, cuando adopten las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Directiva. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las exenciones en materia de responsabilidad establecidas por 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)[¹⁶].

(26) A efectos de la presente Directiva, la definición de prestador del servicio de comunicación debe excluir a las personas físicas o jurídicas que simplemente difunden los programas cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros.

(27) La radiodifusión televisiva incluye actualmente, en particular, la televisión analógica y la digital, la emisión en directo en tiempo real por Internet, la difusión web y el cuasi-vídeo a petición, mientras que el vídeo a petición, por ejemplo, es un servicio de comunicación audiovisual a petición. En general, en la radiodifusión televisiva o programas de televisión

que sean también ofrecidos como servicios de comunicación audiovisual a petición por el mismo prestador del servicio de comunicación, los requisitos de la presente Directiva deben considerarse cumplidos si se reúnen los requisitos aplicables a la radiodifusión televisiva, es decir, transmisión lineal. No obstante, cuando se ofrezcan de forma paralela diferentes tipos de servicios que puedan distinguirse claramente, la presente Directiva debe aplicarse a cada uno de los servicios de que se trate.

(28) La presente Directiva no debe aplicarse a las versiones electrónicas de periódicos y revistas.

(29) Los criterios establecidos en la definición de servicios de comunicación audiovisual y explicados en los considerandos 21 a 28 deben cumplirse en su totalidad y al mismo tiempo.

(30) En el contexto de la radiodifusión televisiva, el concepto de visionado simultáneo incluye también el visionado casi simultáneo como consecuencia de los breves desfases temporales que se produzcan entre la transmisión y la recepción de la emisión debido a motivos técnicos inherentes al proceso de transmisión.

(31) Debe establecerse en la presente Directiva la definición amplia de comunicación comercial audiovisual, que, no obstante, no incluye los anuncios de servicio público ni de los llamamientos de organizaciones benéficas cuya emisión sea gratuita.

(32) Para lograr los objetivos de la presente Directiva procede definir las “obras europeas”, sin perjuicio de

[16] DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

que los Estados miembros puedan precisar dicha definición por lo que respecta a los prestadores del servicio de comunicación que estén en el ámbito de su competencia, de conformidad con el Derecho de la Unión y habida cuenta los objetivos de la presente Directiva.

(33) El principio del país de origen debe ser considerado como el núcleo de la presente Directiva, teniendo en cuenta que resulta esencial para la creación de un mercado interior. Debe aplicarse a todos los servicios de comunicación audiovisual a fin de brindar seguridad jurídica a los prestadores de tales servicios, seguridad que constituye un fundamento necesario para la implantación de nuevos modelos de negocio y el despliegue de dichos servicios. También es esencial el principio del país de origen para garantizar la libre circulación de la información y de los programas audiovisuales en el mercado interior.

(34) Con el fin de promover un sector audiovisual europeo sólido, competitivo e integrado y de reforzar el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión, sigue siendo esencial que sea un único Estado miembro el que tenga jurisdicción sobre un prestador del servicio de comunicación audiovisual y que el pluralismo de la información constituya un principio fundamental de la Unión.

(35) El establecimiento de una serie de criterios prácticos está destinado a determinar, mediante un procedimiento exhaustivo, que un prestador del servicio de comunicación se halle bajo la jurisdicción exclusiva de un único Estado miembro en lo que

respecta a la prestación de los servicios a que se refiere la Directiva. No obstante, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a fin de evitar casos en los que exista un vacío de jurisdicción, es oportuno remitirse al criterio del establecimiento, con arreglo a los artículos 49 a 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como el criterio definitivo para determinar la jurisdicción de un Estado miembro.

(36) La obligación del Estado miembro de origen de asegurarse que las emisiones son conformes con la legislación nacional tal como es coordinada por la presente Directiva es suficiente, con respecto al Derecho de la Unión, para garantizar la libre circulación de las emisiones sin un control secundario, por los mismos motivos, en cada uno de los Estados miembros de recepción. Sin embargo, el Estado miembro de recepción puede, con carácter excepcional y en determinadas condiciones, suspender provisionalmente la retransmisión de emisiones televisadas.

(37) Las limitaciones a la libre prestación de los servicios de comunicación audiovisual a petición solo deben ser posibles con arreglo a condiciones y procedimientos que reproducen aquellos ya estipulados en el artículo 3, apartados 4, 5 y 6, de la Directiva 2000/31/CE.

(38) La evolución tecnológica, en especial en el ámbito de los programas digitales por satélite, obliga a adaptar los criterios subsidiarios para asegurar una regulación adecuada y una aplicación efectiva y para dar a los agentes

un control auténtico sobre el contenido de un servicio de comunicación audiovisual.

(39) Dado que la presente Directiva afecta a servicios ofrecidos al público en general en la Unión, debe aplicarse exclusivamente a los servicios de comunicación audiovisual que puedan ser recibidos directa o indirectamente por el público en uno o más Estados miembros con equipo de consumo normal. La definición de “equipo de consumo normal” debe dejarse a las autoridades nacionales competentes.

(40) Los artículos 49 a 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consagran el derecho fundamental a la libertad de establecimiento. Por lo tanto, los prestadores del servicio de comunicación son en general libres de elegir los Estados miembros donde vayan a establecerse. El Tribunal de Justicia ha subrayado también que “el Tratado no prohíbe que una empresa haga uso de la libertad de prestación de servicios cuando no ofrece ningún servicio en el Estado miembro en el que se halla establecida”^[17].

(41) Los Estados miembros deben poder aplicar normas más estrictas o detalladas en los ámbitos coordinados por la presente Directiva a los presta-

dores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción, siempre que estas normas sean conformes con los principios generales del Derecho de la Unión. Una buena solución para abordar aquellas situaciones en las que un organismo de radiodifusión televisiva bajo jurisdicción de un Estado miembro ofrece emisiones de radiodifusión televisiva dirigida total o principalmente al territorio de otro Estado miembro, que responde a las preocupaciones de los Estados miembros sin poner en cuestión la correcta aplicación del principio de país de origen, es exigir que los Estados miembros colaboren entre sí y, en caso de elusión del Derecho nacional, aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia^[18] combinada con un procedimiento más eficiente. El concepto de normas de interés público general ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado CE (actualmente los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) e incluye, entre otras cosas, normas sobre la protección de consumidores, la protección de menores y la política cultural. El Estado miembro que solicite la cooperación se asegurará de que las normas nacionales específicas de que

[17] Sentencia de 5 de junio de 1997 en el asunto C-56/96, VT4 Ltd/Vlaamse Gemeenschap (Rec. 1997, p. I-3143), apartado 22; sentencia de 9 de marzo de 1999 en el asunto C-212/97, Centros/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (Rec. 1999, p. I-1459); véase también la sentencia de 10 de septiembre de 1996 en el asunto C-11/95, Comisión/Reino de Bélgica (Rec. 1996, p. I-4115), y la sentencia de 29 de mayo de 1997 en el asunto C-14/96, Paul Denuit, 1997 (Rec. 1997, p. I-2785).

[18] Asunto C-212/97, Centros/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, antes mencionado; sentencia de 3 de diciembre de 1974 en el asunto C-33/74, Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging (Rec. 1974, p. 1299); sentencia de 5 de octubre de 1994 en el asunto C-23/93, TV 10 SA/Commissariaat voor de MEDIA (Rec. 1994, p. I-4795), apartado 21.

se trate sean objetivamente necesarias y se apliquen de manera no discriminatoria y proporcionada.

(42) Los Estados miembros para determinar caso por caso si una emisión difundida por un prestador del servicio de comunicación establecido en otro Estado miembro está total o principalmente dirigida a su territorio, podrán aducir indicadores tales como el origen de los ingresos por publicidad y/o por abonados, la lengua principal del servicio o la existencia de programas o comunicaciones comerciales destinadas específicamente al público del Estado miembro de recepción.

(43) En virtud de la presente Directiva, y no obstante la aplicación del principio del país de origen, los Estados miembros pueden aún adoptar medidas que limiten la libertad de circulación de la radiodifusión televisiva, aunque solo en determinadas condiciones y si se sigue el procedimiento establecido en la presente Directiva. No obstante, el Tribunal de Justicia ha fallado sistemáticamente que toda limitación de la libertad de prestación de servicios, al igual que cualquier excepción a un principio fundamental del Tratado, debe interpretarse de manera restrictiva^[19].

(44) En su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”, la Comisión subraya que debe analizarse minuciosamente qué planteamiento regulador es el más adecuado y, en particular, si en el caso

de un sector o problema concreto es preferible una respuesta legislativa o cabe estudiar otras alternativas como la corregulación o la autorregulación. Además, la experiencia ha demostrado que ambos instrumentos de corregulación y autorregulación aplicados de acuerdo con las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros pueden desempeñar un importante papel, otorgando un alto grado de protección a los consumidores. Las medidas para alcanzar los objetivos de interés general en el sector de servicios de nuevos medios audiovisuales resultarían más eficaces si se adoptan con el apoyo activo de los propios prestadores de servicios. Así pues, la autorregulación constituye un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales o asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí.

Los Estados miembros deben, con arreglo a sus respectivas tradiciones jurídicas, reconocer el cometido que puede desempeñar la autorregulación efectiva como complemento de la legislación y los mecanismos judiciales o administrativos vigentes y su valiosa contribución con vistas a la consecución de los objetivos de la presente Directiva. No obstante, si bien la autorregulación puede ser un método complementario para aplicar ciertas disposiciones de la presente Directiva, en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo

[19] Sentencia de 9 de marzo de 2000 en el asunto C-355/98, Comisión/Bélgica (Rec. 2000, p. I-1221), apartado 28; sentencia de 19 de enero de 1999 en el asunto C-348/96, Calfa (Rec. 1999, p. I-11), apartado 23.

nacional. La corregulación, en su mínima expresión, sirve de “vínculo jurídico” entre la autorregulación y el poder legislativo nacional, con arreglo a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. La corregulación debe preservar la posibilidad de intervención por parte del Estado en el caso de que no se realicen sus objetivos. Sin perjuicio de las obligaciones formales de los Estados miembros en lo relativo a la incorporación a la legislación nacional, la presente Directiva fomenta la utilización de la corregulación y la autorregulación. Esto no obliga a los Estados miembros a crear regímenes de corregulación o autorregulación ni afecta a las iniciativas de corregulación o autorregulación existentes ya implantadas en los Estados miembros y que funcionan de forma efectiva o las pone en peligro.

(45) Dadas las características específicas de los servicios de comunicación audiovisual y, en especial, su incidencia en las opiniones de las personas, es esencial que los usuarios sepan exactamente quién es responsable de su contenido. En consecuencia, es importante que los Estados miembros velen por que los usuarios tengan un acceso fácil y directo en todo momento a la información acerca del prestador del servicio de comunicación. Incumbe a los distintos Estados miembros decidir en la práctica cómo se alcanza este objetivo, sin perjuicio de cualquier otra disposición pertinente del ordenamiento jurídico de la Unión.

(46) El derecho de las personas con discapacidad y de las personas de edad avanzada a participar e integrarse en la vida social y cultural de la Unión está vinculado indisolublemente a la prestación de unos servicios de comunicación audiovisual accesibles. La accesibilidad de los servicios de comunicación audiovisual incluye, sin limitarse a ellos, aspectos como el lenguaje de signos, el subtítulo, la descripción acústica y menús de pantalla fácilmente comprensibles.

(47) La alfabetización mediática abarca las habilidades, los conocimientos y las capacidades de comprensión que permiten a los consumidores utilizar con eficacia y seguridad los medios. Las personas competentes en el uso de los medios podrán elegir con conocimiento de causa, entender la naturaleza de los contenidos y los servicios, aprovechar toda la gama de oportunidades ofrecidas por las nuevas tecnologías de la comunicación y proteger mejor a sus familias y a sí mismas frente a los contenidos dañinos u ofensivos. Por lo tanto, se debe promover el desarrollo de la alfabetización mediática en todos los sectores de la sociedad y seguirse de cerca sus avances. La Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea^[20], contiene ya una serie de posibles medidas para fomentar la

[20] DO L 378 de 27.12.2006, p. 72.

alfabetización mediática tales como, por ejemplo, la formación permanente de los profesores y formadores, una formación específica para el manejo de Internet dirigida a los niños desde muy temprana edad, mediante sesiones en que participen los padres o la organización de campañas nacionales destinadas a los ciudadanos, en las que participen todos los medios de comunicación, para facilitar información sobre la utilización responsable de Internet.

(48) Los derechos de radiodifusión televisiva de acontecimientos de gran interés para el público pueden ser adquiridos por los organismos de radiodifusión televisiva con carácter exclusivo. Sin embargo, es esencial fomentar el pluralismo mediante la diversidad de programación y producción de noticias en la Unión y respetar los principios reconocidos en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(49) Es fundamental que los Estados miembros tengan capacidad para adoptar medidas encaminadas a proteger el derecho a la información y a garantizar un amplio acceso del público a la cobertura televisiva de acontecimientos nacionales o no nacionales de gran importancia para la sociedad, tales como los Juegos Olímpicos, el Campeonato del Mundo de fútbol y el Campeonato Europeo de fútbol. A tal fin, los Estados miembros mantienen el derecho de adoptar medidas compatibles con el Derecho de la Unión encaminadas a regular el ejercicio, por parte de los organismos

de radiodifusión televisiva sometidos a su jurisdicción, de derechos exclusivos de emisión de tales acontecimientos.

(50) Es necesario tomar las medidas oportunas en un marco de la Unión con objeto de evitar posibles situaciones de inseguridad jurídica y distorsiones del mercado, así como conciliar la libre circulación de servicios televisivos con la necesidad de evitar la posibilidad de que se eludan las medidas nacionales que protejan un legítimo interés general.

(51) En particular, es conveniente establecer disposiciones relativas al ejercicio, por organismos de radiodifusión televisiva, de derechos exclusivos de radiodifusión que puedan haber comprado con respecto a acontecimientos considerados de gran importancia para la sociedad en un Estado miembro distinto del que tenga jurisdicción sobre dichos organismos de radiodifusión televisiva y, con objeto de evitar compras especulativas de derechos con vistas a eludir medidas nacionales, es necesario aplicar dichas disposiciones a contratos celebrados después de la publicación de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [21] y relativos a acontecimientos que se produzcan después de la fecha de su aplicación, y, cuando se renueven los contratos que sean anteriores a la publicación de dicha Directiva, se consideren contratos nuevos.

(52) Los acontecimientos de gran importancia para la sociedad deben, a los efectos de la presente Directiva,

[21] DO L 202 de 30.7.1997, p. 60.

cumplir determinados criterios, es decir, ser acontecimientos destacados que sean de interés para el público en general en la Unión o en un determinado Estado miembro o en una parte importante de un determinado Estado miembro y que los organice por adelantado un organizador que tenga legalmente derecho a vender los derechos correspondientes a dichos acontecimientos.

(53) A los efectos de la presente Directiva, por “televisión de libre acceso” se entiende la radiodifusión televisiva por un canal, ya sea público o comercial, de programas que sean accesibles al público sin pago adicional alguno respecto de las modalidades de financiación de la radiodifusión televisiva generalmente imperantes en cada Estado miembro (como puede ser el canon y/o la cuota básica de conexión a una red de difusión por cable).

(54) Los Estados miembros pueden adoptar las medidas que estimen oportunas en relación con los servicios de comunicación audiovisual procedentes de terceros países y que no cumplan las condiciones fijadas en el artículo 2 de la presente Directiva, siempre y cuando respeten el Derecho de la Unión y las obligaciones internacionales de la Unión.

(55) Para proteger la libertad fundamental de recibir información y garantizar la plena y adecuada protección de los intereses de los espectadores de la Unión Europea, quienes gocen de derechos exclusivos de radiodifusión televisiva sobre un acontecimiento de gran interés para el público deben conceder a otros

organismos de radiodifusión televisiva el derecho a utilizar extractos breves para su emisión en programas de información general en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, y teniendo debidamente en cuenta los derechos exclusivos. Tales condiciones deben comunicarse oportunamente antes de que se celebre el acontecimiento de gran interés para el público en cuestión, a fin de dar a los demás tiempo suficiente para ejercer tal derecho. Los organismos de radiodifusión televisiva deben poder ejercer dicho derecho a través de un intermediario que actúe específicamente en su nombre en cada caso concreto. Tales extractos breves podrían utilizarse en emisiones de radiodifusión que alcancen todo el territorio de la UE por cualquier canal, incluso los canales dedicados a los deportes, y no deben superar los 90 segundos. El derecho de acceso a extractos breves debe aplicarse sobre una base transfronteriza solo cuando resulte necesario. Por ello, un organismo de radiodifusión televisiva debe buscar el acceso a los extractos en primer lugar en un organismo de radiodifusión televisiva establecido en el mismo Estado miembro que tenga derechos exclusivos sobre el acontecimiento de gran interés para el público.

El concepto de programas de información general no debe incluir la recopilación de extractos breves en programas de entretenimiento. El principio del país de origen debe aplicarse tanto al acceso como a la utilización de los extractos breves. En un caso transfronterizo, esto significa

que las distintas legislaciones se aplican de forma secuencial. En primer lugar, para acceder a extractos breves se debe aplicar la legislación del Estado miembro en el que está establecido el organismo de radiodifusión televisiva que emite la señal inicial, es decir, que facilita el acceso, y que es en general el Estado miembro en el que tiene lugar el acontecimiento. Cuando un Estado miembro haya establecido un sistema equivalente de acceso al acontecimiento en cuestión se debe aplicar en todo caso la legislación de dicho Estado miembro. En segundo lugar, para transmitir extractos breves se debe aplicar la legislación del Estado miembro en el que está establecido el organismo de radiodifusión televisiva que utiliza los extractos breves, es decir, que los transmite.

(56) Las prescripciones de la presente Directiva relativas al acceso a acontecimientos de gran interés para el público a efectos de la emisión de resúmenes breves de carácter informativo se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información^[22], y de los correspondientes convenios internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual y derechos conexos. Los Estados miembros deben facilitar el acceso a acontecimientos de gran

interés para el público concediendo el acceso a la señal emitida por el organismo de radiodifusión televisiva en la acepción de la presente Directiva. No obstante, pueden seleccionar otros medios equivalentes en la acepción de la presente Directiva. Dichos medios incluyen, entre otras cosas, la concesión del acceso al lugar en que vaya a celebrarse el acontecimiento de que se trate antes de conceder el acceso a la señal. Esta disposición no es óbice para que los organismos de radiodifusión televisiva celebren contratos más pormenorizados.

(57) Debe garantizarse que la práctica de los prestadores del servicio de comunicación de ofrecer a posteriori la redifusión a petición de la emisión televisiva originalmente en directo de sus programas informativos sea posible sin tener que adaptar cada programa individual, para omitir, por ejemplo, los extractos breves. Esta posibilidad queda limitada a la oferta a petición realizada por el mismo prestador del servicio de comunicación de un programa idéntico de televisión, de forma que no pueda ser utilizada para crear nuevos modelos de negocio a petición basados en los extractos breves.

(58) Los servicios de comunicación audiovisual a petición son distintos de la radiodifusión televisiva por lo que respecta tanto a la capacidad de elección y el control que puede ejercer el usuario, como a su incidencia sobre la sociedad^[23]. Ello

[22] DO L 167 de 22.6.2001, p. 10.

[23] Sentencia de 2 de junio de 2005 en el asunto C-89/04, Mediakabel BV/Commissariaat voor de MEDIA (Rec. 2005, p. 1-4891).

justifica la imposición de una reglamentación más liviana a los servicios de comunicación audiovisual a petición, que solo deben observar las normas básicas contenidas en la presente Directiva.

(59) La disponibilidad de contenidos nocivos en los servicios de comunicación audiovisual constituye un motivo de preocupación para el legislador, el sector de medios y los padres. Habrá también nuevos desafíos, especialmente en relación con las nuevas plataformas y productos. En consecuencia, son necesarias normas que protejan el desarrollo físico, mental y moral del menor, así como la dignidad humana, en todos los servicios de comunicación audiovisual, incluida la comunicación comercial audiovisual.

(60) Se deben equilibrar cuidadosamente las medidas para proteger a los menores y la dignidad humana con el derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La finalidad de este tipo de medidas, tales como el uso de códigos PIN (números de identificación personal), de sistemas de filtrado o de identificación, debe ser, pues, asegurar un adecuado nivel de protección del menor y de la dignidad humana, en especial en relación con los servicios de comunicación audiovisual a petición. La Recomendación relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica reconoce ya la importancia de los

sistemas de filtrado e identificación, e incluye una serie de posibles medidas que pueden llevarse a cabo en beneficio de los menores, tales como proporcionar sistemáticamente a los usuarios un sistema de filtrado eficaz, actualizable y fácil de utilizar cuando se suscriban a un proveedor de acceso u ofrecer el acceso a servicios específicamente destinados a los niños y dotados de un sistema de filtros automáticos.

(61) Los prestadores del servicio de comunicación situados bajo la jurisdicción de los Estados miembros deben estar sujetos en todo caso a la prohibición de difundir pornografía infantil con arreglo a las disposiciones de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil^[24].

(62) Ninguna de las disposiciones de la presente Directiva en relación con la protección del desarrollo físico, psíquico y moral del menor y del orden público requiere necesariamente que las medidas adoptadas para proteger dichos intereses deban aplicarse mediante un control previo de los servicios de comunicación audiovisual por parte de organismos públicos.

(63) Tal coordinación es necesaria para facilitar a las personas e industrias productoras de programas televisivos con objetivos culturales un mejor acceso a la profesión y a su ejercicio.

(64) Unos requisitos mínimos aplicables a todas las radiodifusiones

[24] DO L 13 de 20.1.2004, p. 44.

televisivas públicas o privadas de la Unión para las producciones audiovisuales europeas son un medio eficaz de promover la producción, la producción independiente y la distribución en las industrias antes mencionadas y son complementarios de otros instrumentos que han sido o serán propuestos en el mismo sentido.

(65) Es importante, por lo tanto, promover la formación de mercados de una dimensión suficiente para que las producciones de televisión en los Estados miembros puedan amortizar las inversiones necesarias, no solo estableciendo normas comunes que abran los mercados nacionales los unos a los otros sino también, cada vez que ello fuese posible y con los medios adecuados, para que las producciones europeas sean mayoritarias en las radiodifusiones televisivas de todos los Estados miembros. Para permitir el seguimiento de la aplicación de dichas normas y la persecución de dichos objetivos, los Estados miembros deben informar a la Comisión sobre la realización de las proporciones reservadas en la presente Directiva para obras europeas y producciones independientes. Para el cálculo de dicha proporción hay que tener en cuenta la situación específica de Grecia y de Portugal. La Comisión debe comunicar el informe de cada Estado miembro a los demás, acompañados, en su caso, de un dictamen que tenga en cuenta, en particular, el progreso alcanzado con respecto a los años anteriores, la participación que las obras de primera difusión representan en la programación, las circunstancias particulares de los

nuevos organismos de radiodifusión televisiva y la situación específica de los países con baja capacidad de producción audiovisual o de área lingüística restringida.

(66) Es importante buscar los instrumentos y procedimientos adecuados y conformes al Derecho de la Unión que favorezcan la consecución de dichos objetivos, con vistas a adoptar las medidas apropiadas para fomentar la actividad y el desarrollo de la producción y distribución televisiva europea, particularmente en países con baja capacidad de producción o de área lingüística restringida.

(67) Los porcentajes relativos a las obras europeas deben alcanzarse teniendo en cuenta las realidades económicas. Por lo tanto, es necesario un sistema de progresividad para el logro de este objetivo.

(68) El hecho de comprometerse a difundir, cuando fuera posible, una determinada proporción de obras independientes realizadas por productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva, puede estimular nuevas fuentes de producción televisiva, en especial la creación de pequeñas y medianas empresas. De ello se derivarán nuevas posibilidades y nuevas salidas para talentos creadores, para las profesiones culturales y para los trabajadores del sector de la cultura.

(69) Los servicios de comunicación audiovisual a petición tienen potencial para sustituir en parte a la radiodifusión televisiva. Por ello, deben fomentar, cuando sea viable, la producción y distribución de obras

europas, contribuyendo así activamente a la promoción de la diversidad cultural. Esta ayuda a las obras europeas podría, por ejemplo, consistir en contribuciones financieras de dichos servicios para la producción y la adquisición de derechos de obras europeas, en una proporción mínima de obras europeas en los catálogos de “vídeo a petición” o en la presentación atractiva de las obras europeas en las guías electrónicas de programas. Es importante reexaminar periódicamente la aplicación de las disposiciones relativas al fomento de obras europeas por parte de los servicios de comunicación audiovisual. En el marco de los informes previstos en la presente Directiva, los Estados miembros deben tener también en cuenta, en particular, la aportación económica de tales servicios a la producción y adquisición de derechos de obras europeas, así como la presencia de obras europeas en el catálogo de servicios de comunicación audiovisual y el consumo efectivo por parte de los usuarios de las obras europeas ofrecidas por estos servicios.

(70) Cuando apliquen el artículo 16, los Estados miembros deben fomentar que los organismos de radiodifusión televisiva incluyan una proporción adecuada de obras coproducidas en Europa o de obras europeas de origen no nacional.

(71) Al definir los “productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva” a que se refiere el artículo 17, los Estados miembros deben tener debidamente en cuenta criterios como la posesión

de la empresa de producción y el número de programas suministrados al mismo organismo de radiodifusión televisiva y la propiedad de los derechos secundarios.

(72) Las cadenas que emitan totalmente en una lengua distinta de las de los Estados miembros no deben quedar cubiertas por los artículos 16 y 17 de la presente Directiva. No obstante, cuando dicha lengua o lenguas constituyan una parte sustancial pero no exclusiva del tiempo de transmisión de una cadena, no deben aplicarse los artículos 16 y 17 a dicha parte del tiempo de transmisión.

(73) Podrán aplicarse disposiciones nacionales de ayuda al desarrollo de la producción europea, en la medida en que se atengan al desarrollo de la Unión.

(74) El objetivo de apoyar a la producción audiovisual en Europa se puede llevar a cabo dentro de los Estados miembros en el marco de la organización de sus servicios de comunicación audiovisual a través, entre otros medios, de la definición de una misión de interés público para algunos prestadores del servicio de comunicación, incluida la obligación de contribuir sustancialmente a la inversión en la producción europea.

(75) Debe estimularse a los prestadores del servicio de comunicación, a los creadores de programas, a los productores, a los autores y a otros expertos a elaborar estrategias y conceptos más detallados a fin de fomentar la realización de películas de ficción europeas destinadas a una audiencia internacional.

(76) Procede garantizar que las obras cinematográficas sean transmitidas dentro de los períodos acordados entre los titulares de derechos y los prestadores del servicio de comunicación.

(77) La cuestión de los plazos específicos para cada tipo de explotación de las obras cinematográficas es, en primer lugar, una cuestión que debe resolverse mediante acuerdos entre las partes interesadas o los profesionales interesados.

(78) En un afán de promover activamente una u otra lengua, los Estados miembros serán libres para adoptar reglas más detalladas o más precisas, con arreglo a criterios lingüísticos, siempre y cuando dichas reglas sean conformes al Derecho de la Unión y, en particular, no sean aplicables a la retransmisión de programas originarios de otros Estados miembros.

(79) La disponibilidad de servicios de comunicación audiovisual a petición acrecienta la capacidad de elección de los consumidores. Por lo tanto, no parece justificado especificar normas detalladas que rijan la comunicación comercial audiovisual en los servicios de comunicación audiovisual a petición, lo cual, además, carecería de sentido desde una perspectiva técnica. Sin embargo, toda comunicación comercial audiovisual debe observar, no solo las normas de identificación, sino también un conjunto básico de normas cualitativas orientadas a la consecución de objetivos claros de política pública.

(80) Como ha reconocido la Comisión en su Comunicación interpretativa sobre determinados aspectos de las disposiciones en materia de publicidad de la Directiva “Televisión sin fronteras”^[25], el desarrollo de nuevas técnicas publicitarias y la innovación en mercadotecnia han creado nuevas oportunidades efectivas para las comunicaciones comerciales audiovisuales en los servicios tradicionales de difusión, lo cual permite potencialmente a estos competir mejor en igualdad de condiciones con las innovaciones que traen consigo los servicios a petición.

(81) La evolución del mercado y la tecnología ofrece a los usuarios una mayor capacidad de elección y responsabilidad en el uso que hacen de los servicios de comunicación audiovisual. Para guardar la proporcionalidad con los objetivos de interés general, la regulación debe permitir un cierto grado de flexibilidad con respecto a la radiodifusión televisiva. El principio de separación debe limitarse a la publicidad televisiva y la televenta, mientras que procede permitir el emplazamiento de producto en determinadas circunstancias, a menos que un Estado miembro decida otra cosa. No obstante, se debe prohibir el emplazamiento de producto cuando se realiza de manera encubierta. El principio de separación no debe impedir el uso de las nuevas técnicas de publicidad.

(82) Aparte de las prácticas reguladas por la presente Directiva, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento

[25] DO C 102 de 28.4.2004, p. 2.

Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior^[26], se aplica a las conductas comerciales desleales, tales como las prácticas engañosas y agresivas que tienen lugar en los servicios de comunicación audiovisual. Por añadidura, la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productores del tabaco^[27], que prohíbe las actividades de publicidad y patrocinio de cigarrillos y otros productos del tabaco en los medios impresos, servicios de la sociedad de la información y difusión radiofónica, debe entenderse sin perjuicio de la presente Directiva, en razón de las especiales características de los servicios de comunicación audiovisual. El artículo 88, apartado 1, de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano^[28], que prohíbe la publicidad al público general de determinados medicamentos, se aplica, según dispone el apartado 5 del mismo artículo y sin perjuicio del artículo 21 de la presente Directiva. Además, la presente Directiva se entiende sin

perjuicio del Reglamento (CE) no 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos^[29].

(83) Para asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, es básico que la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia.

(84) Al mismo tiempo que respetan el Derecho de la Unión, los Estados miembros deben poder fijar, para las emisiones destinadas únicamente al territorio nacional y que no puedan recibirse, directa o indirectamente, en uno o más Estados miembros, diferentes condiciones relativas a la inclusión de publicidad y distintos límites aplicables al volumen de publicidad con el fin de favorecer la difusión de este tipo de emisiones.

(85) Dado el incremento de posibilidades que tienen los espectadores para eludir la publicidad a través del uso de las nuevas tecnologías, como los grabadores personales de vídeo digital y la mayor oferta de canales, no está justificada una reglamentación pormenorizada en materia de

[26] DO L 149 de 11.6.2005, p. 22.

[27] DO L 152 de 20.6.2003, p. 16.

[28] DO L 311 de 28.11.2001, p. 67.

[29] DO L 404 de 30.12.2006, p. 9.

inserción de anuncios con el objetivo de proteger al espectador. La cantidad de tiempo por hora en que es admisible la publicidad no debe incrementarse, pero la presente Directiva debe ofrecer a los organismos de radiodifusión televisiva flexibilidad con respecto a su inserción cuando ello no perjudique indebidamente la integridad de los programas.

(86) La presente Directiva pretende salvaguardar el carácter específico de la televisión europea, en la que la publicidad se inserta preferiblemente entre los programas y de ese modo limita las posibles interrupciones de obras cinematográficas y películas rodadas para la televisión así como de determinadas categorías de programas que necesitan protección específica.

(87) Debe establecerse un límite del 20 % de anuncios de publicidad televisiva y anuncios de televenta por hora de reloj, que también se aplicará a los períodos de máxima audiencia. El concepto de anuncio de publicidad televisiva debe entenderse como publicidad televisiva en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra i), con una duración inferior a 12 minutos.

(88) Procede prohibir toda comunicación comercial audiovisual de cigarrillos y productos de tabaco, incluyendo aquellas formas indirectas de comunicación comercial audiovisual que, aunque no mencionen directamente el producto de tabaco, intenten eludir la prohibición de comunicación comercial audiovisual de los cigarrillos y otros productos de tabaco utilizando marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de productos

de tabaco o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan la producción o venta de tales productos.

(89) También es necesario prohibir toda comunicación comercial audiovisual de los medicamentos y tratamientos médicos únicamente disponibles bajo prescripción facultativa en el Estado miembro bajo cuya competencia se encuentre el prestador del servicio de comunicación y establecer criterios estrictos en materia de publicidad televisiva para las bebidas alcohólicas.

(90) La comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos es una práctica que prohíbe la presente Directiva, por su efecto negativo sobre los consumidores. La prohibición de la comunicación audiovisual con fines comerciales encubiertos no debe afectar al emplazamiento legítimo de productos en el marco de la presente Directiva, siempre que se informe adecuadamente al espectador de dicho emplazamiento, condición que puede cumplirse señalando el hecho de que en un determinado programa hay emplazamiento de producto, por ejemplo, mediante un logotipo neutro.

(91) El emplazamiento de producto es una realidad en las obras cinematográficas y las obras audiovisuales realizadas para televisión. Para garantizar la igualdad de condiciones y acrecentar así la competitividad del sector europeo de medios, son necesarias normas en materia de emplazamiento de producto. La definición de emplazamiento de producto que se establece en la presente

Directiva debe englobar toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que aparezca en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar. El suministro gratuito de bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, debe considerarse emplazamiento de producto únicamente si los bienes o servicios a los que se refiere tienen un valor significativo. El emplazamiento de producto debe estar sujeto a las mismas normas cualitativas y restricciones aplicables a la comunicación comercial audiovisual. El criterio determinante para distinguir patrocinio y emplazamiento de producto es que, en el emplazamiento de producto, la referencia a un producto está incorporada en la acción de un programa, razón por la cual la definición del artículo 1, apartado 1, letra m), incluye para la expresión “figure en”. Por el contrario, las referencias a los patrocinadores pueden aparecer en el programa, pero no formar parte del argumento.

(92) Debe prohibirse, en principio, el emplazamiento de producto. No obstante, es conveniente que existan algunas excepciones para determinados tipos de programas, sobre la base de una lista positiva. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de optar por no acogerse a dichas excepciones, parcialmente o en su totalidad, por ejemplo al autorizar el emplazamiento de producto únicamente en programas que no se hayan

producido exclusivamente en dicho Estado miembro.

(93) Además, deben prohibirse el patrocinio y el emplazamiento de producto cuando influyan en el contenido de los programas de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación. Este será el caso en lo que se refiere a la colocación de temas.

(94) De acuerdo con los cometidos que les impone el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estados miembros son responsables de la aplicación efectiva de la presente Directiva. Son libres de escoger los instrumentos convenientes de acuerdo con sus tradiciones jurídicas y las estructuras establecidas, y, en particular, la forma de sus organismos reguladores independientes competentes, a fin de poder llevar a cabo su labor de aplicación de la presente Directiva de manera imparcial y transparente. Más concretamente, los instrumentos elegidos por los Estados miembros deben contribuir a fomentar el pluralismo de los medios de comunicación.

(95) Es necesaria una estrecha colaboración entre los organismos reguladores nacionales competentes y la Comisión para garantizar la correcta aplicación de la presente Directiva. Del mismo modo, la estrecha colaboración entre los Estados miembros y entre sus organismos reguladores cobra especial importancia cuando se trata de la incidencia que pudieran tener los organismos de radiodifusión televisiva establecidos en un Estado miembro sobre otro

Estado miembro. En caso de que la legislación nacional prevea procedimientos para la concesión de licencias y sean más de uno los Estados miembros afectados, conviene que los respectivos organismos reguladores competentes se pongan en contacto antes de proceder a la concesión de dichas licencias. Esta colaboración debe extenderse a todos los ámbitos coordinados por la presente Directiva.

(96) Es necesario aclarar que las actividades de autopromoción constituyen una forma especial de publicidad mediante las cuales el organismo de radiodifusión televisiva promociona sus propios productos, servicios, programas o cadenas. No obstante, las bandas anuncio consistentes en extractos de programas deben considerarse como programas.

(97) El tiempo diario de difusión asignado a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los mismos o asignado a anuncios de servicio público y a llamamientos de carácter benéfico difundidos gratuitamente no debe incluirse en los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario que puede asignarse a la publicidad y a la televenta.

(98) A fin de evitar que se falsee el juego de la competencia, esta excepción debe limitarse a los anuncios referentes a productos que cumplan la doble condición de ser productos conexos y de derivarse directamente de los programas de que se trate. El término “productos conexos” se refiere a productos que

cumplen la función específica de permitir a los telespectadores beneficiarse plenamente de dichos programas o interactuar con ellos.

(99) Con miras al desarrollo de la televenta, que representa una actividad económica importante para el conjunto de los operadores y un mercado real para los bienes y servicios de la Unión, resulta esencial garantizar un alto nivel de protección del consumidor estableciendo normas adecuadas que regulen la forma y el contenido de tales emisiones.

(100) Es importante que las autoridades nacionales competentes, al supervisar la aplicación de las disposiciones pertinentes, puedan distinguir, en relación con las cadenas que no estén exclusivamente dedicadas a la televenta, entre el tiempo de difusión dedicado a los anuncios de televenta, a los anuncios publicitarios y a otras formas de publicidad, por un lado, y, por otro, el tiempo de difusión dedicado a bloques de televenta. En consecuencia, es necesario y suficiente que cada bloque esté claramente identificado por medios ópticos y acústicos por lo menos al principio y al final del bloque.

(101) La presente Directiva debe aplicarse a las cadenas exclusivamente dedicadas a la televenta o a la autopromoción, sin elementos convencionales de programación, como son los telediarios, las emisiones deportivas, las películas, documentales y obras teatrales, a efectos exclusivamente de la presente Directiva y sin perjuicio de la inclusión de tales cadenas en el ámbito de aplicación de otros instrumentos de la Unión.

(102) Si los organismos de radiodifusión televisiva están obligados normalmente a que las emisiones presenten lealmente los hechos y los acontecimientos, es importante, sin embargo, que estén sometidas a obligaciones precisas en materia de derecho de réplica o de medidas equivalentes para que cualquier persona perjudicada en sus derechos legítimos como consecuencia de una alegación hecha en una emisión televisada pueda efectivamente hacer valer sus derechos.

(103) El derecho de réplica es un recurso jurídico apropiado para la radiodifusión televisiva y podría aplicarse también en el ámbito de los servicios en línea. La Recomendación relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica contiene ya unas directrices adecuadas para la aplicación de medidas en la legislación o las prácticas nacionales para garantizar el derecho de réplica o recursos equivalentes en relación con los medios de comunicación en línea.

(104) Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, la creación de un espacio sin fronteras interiores para los servicios de comunicación audiovisual al mismo tiempo que se vela por un alto nivel de protección de los objetivos de interés general, en particular la protección de los menores y de la dignidad humana, así como la promoción de los derechos de las personas con discapacidades, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones o los efectos de la

acción, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión, la Unión puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(105) La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional de las Directivas que figuran en el anexo I, parte B.

HAN ADOPTADO LA
PRESENTE DIRECTIVA:

Capítulo I Definiciones

Artículo 1

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) “servicio de comunicación audiovisual”:
 - i) un servicio, tal como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, tal como las

- define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE. Este servicio de comunicación audiovisual es bien una emisión de radiodifusión televisiva según la letra e) del presente apartado, bien un servicio de comunicación audiovisual a petición según la letra g) del presente apartado,
- ii) comunicación comercial audiovisual;
 - b) “programa”: un conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro de un horario de programación o de un catálogo elaborado por un prestador del servicio de comunicación y cuya forma y contenido son comparables a la forma y el contenido de la radiodifusión televisiva. Como ejemplo de programas se pueden citar los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las comedias de situación, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales;
 - c) “responsabilidad editorial”: el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico, en el caso de las radiodifusiones televisivas, ya en un catálogo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados;
 - d) “prestador del servicio de comunicación”: la persona física o jurídica que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido audiovisual del servicio de comunicación audiovisual y determina la manera en que se organiza dicho contenido;
 - e) “radiodifusión televisiva” o “emisión televisiva” (es decir, un servicio de comunicación audiovisual lineal): un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación;
 - f) “organismo de radiodifusión televisiva”: un prestador del servicio de comunicación que ofrece radiodifusión televisiva;
 - g) “servicio de comunicación audiovisual a petición” (es decir, un servicio de comunicación audiovisual no lineal): un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación;

- h) “comunicación comercial audiovisual”: las imágenes con o sin sonido destinadas a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción. La publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual;
- i) “publicidad televisiva”: toda forma de mensaje que se televisa a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones;
- j) “comunicación comercial audiovisual encubierta”: la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar;
- k) “patrocinio”: cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos;
- l) “televenta”: la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, a cambio de una remuneración;
- m) “emplazamiento de producto”: toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar;
- n) “obras europeas”:

- i) las obras originarias de los Estados miembros,
- ii) las obras originarias de terceros Estados europeos que sean parte del Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza del Consejo de Europa y que cumplan las condiciones del apartado 3,
- iii) las obras coproducidas en el marco de acuerdos relativos al sector audiovisual concertados entre la Unión y terceros países que satisfagan las condiciones fijadas en los mismos.

2. Las disposiciones del apartado 1, letra n), incisos ii) y iii), se aplicarán a condición de que las obras originarias en los Estados miembros no sean objeto de medidas discriminatorias en los terceros países de que se trate.

3. Las obras consideradas en el apartado 1, letra n), incisos i) y ii), son las obras realizadas esencialmente con la participación de autores y trabajadores que residan en uno o varios Estados mencionados en dichos incisos, siempre que cumplan una de las tres condiciones siguientes:

- i) las obras serán realizadas por uno o más productores establecidos en uno o varios de dichos Estados,
- ii) la producción de las obras será supervisada y efectivamente controlada por uno o varios productores establecidos en uno o varios de dichos Estados,

- iii) la contribución de los coproductores de dichos Estados será mayoritaria en el coste total de la coproducción, y esta no será controlada por uno o varios productores establecidos fuera de dichos Estados.

4. Las obras que no sean europeas con arreglo al apartado 1, letra n), pero que se hayan producido en el marco de acuerdos de coproducción bilaterales celebrados entre los Estados miembros y terceros países, se considerarán obras europeas siempre que la contribución de los coproductores de la Unión en el coste total de la producción sea mayoritaria y que dicha producción no esté controlada por uno o varios productores establecidos fuera del territorio de los Estados miembros.

Capítulo II

Disposiciones generales

Artículo 2

1. Los Estados miembros velarán por que todos los servicios de comunicación audiovisual transmitidos por prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción respeten las normas del ordenamiento jurídico aplicables a los servicios de comunicación audiovisual destinados al público en dicho Estado miembro.

2. A efectos de la presente Directiva, estarán sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro cualquiera de los siguientes prestadores del servicio de comunicación:

- a) aquellos establecidos en dicho Estado miembro de conformidad con el apartado 3;
 - b) aquellos a los que se aplique el apartado 4.
3. A efectos de la presente Directiva, se considerará que un prestador del servicio de comunicación está establecido en un Estado miembro en los casos siguientes:
- a) cuando el prestador del servicio de comunicación tenga su sede central en ese Estado miembro y las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se tomen en ese Estado miembro;
 - b) si un prestador del servicio de comunicación tiene su sede central en un Estado miembro pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en otro Estado miembro, se considerará que tal prestador está establecido en el Estado miembro en que trabaje una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual. En caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual trabaje en cada uno de esos Estados miembros, se considerará que el prestador del servicio de comunicación está establecido en el Estado miembro en que tenga su sede central. En caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual no trabaje en ninguno de esos Estados miembros, se considerará que el prestador del servicio de comunicación está establecido en el Estado miembro en el que inició por primera vez su actividad, de conformidad con el ordenamiento jurídico de ese Estado miembro, siempre que mantenga un vínculo estable y efectivo con la economía de ese Estado miembro;
 - c) si un prestador del servicio de comunicación tiene su sede central en un Estado miembro, pero las decisiones sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en un tercer país, o viceversa, se considerará que está establecido en el Estado miembro de que se trate, siempre que una parte significativa del personal que realiza las actividades del servicio de comunicación audiovisual trabaje en ese Estado miembro.
4. Se considerará que los prestadores del servicio de comunicación a los que no se aplique lo dispuesto en el apartado 3 están sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro en los casos siguientes:
- a) si utilizan un enlace ascendente con un satélite situado en dicho Estado miembro;
 - b) si, aunque no usen un enlace ascendente con un satélite

situado en un Estado miembro, utilizan una capacidad de satélite perteneciente a dicho Estado miembro.

5. Si la cuestión de qué Estado miembro tiene jurisdicción no pudiera dilucidarse con arreglo a los apartados 3 y 4, el Estado miembro competente será aquel en el que esté establecido el prestador del servicio de comunicación en el sentido de los artículos 49 a 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

6. La presente Directiva no se aplicará a los servicios de comunicación audiovisual destinados exclusivamente a la recepción en terceros países y que no sean recibidos por el público con equipo de consumo normal de manera directa ni indirecta en uno o varios Estados miembros.

Artículo 3

1. Los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva.

2. Respecto de la radiodifusión televisiva, los Estados miembros podrán, con carácter provisional, establecer excepciones a lo dispuesto en el apartado 1 si se cumplen las condiciones siguientes:

a) que una emisión de radiodifusión televisiva procedente de otro Estado miembro infrinja de manera manifiesta,

seria y grave lo dispuesto en el artículo 27, apartados 1 o 2, y/ o el artículo 6;

b) que durante los 12 meses anteriores el organismo de radiodifusión televisiva haya infringido, al menos dos veces, la(s) disposición(es) a que se refiere la letra a);

c) que el Estado miembro interesado haya notificado por escrito al organismo de radiodifusión televisiva y a la Comisión las infracciones alegadas y las medidas que tiene intención de adoptar en caso de que se produzca de nuevo dicha infracción;

d) que las consultas con el Estado miembro de retransmisión y la Comisión no hayan conducido a un arreglo amistoso, en un plazo de quince días a partir de la notificación prevista en la letra c), y que persista la infracción alegada.

La Comisión, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de las medidas adoptadas por el Estado miembro, adoptará una decisión sobre la compatibilidad de dichas medidas con el Derecho de la Unión. En caso de decisión negativa, el Estado miembro deberá poner fin urgentemente a las medidas de que se trate.

3. El apartado 2 se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualquier procedimiento, medida o sanción contra dichas infracciones en el Estado miembro a cuya jurisdicción

esté sometido el organismo de radiodifusión televisiva de que se trate.

4. En lo que se refiere a los servicios de comunicación audiovisual a petición, los Estados miembros podrán tomar medidas que constituyan excepciones a lo dispuesto en el apartado 1 respecto de un determinado servicio si se cumplen las condiciones siguientes:

- a) las medidas deberán ser:
 - i) necesarias por uno de los motivos siguientes:
 - orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento de delitos, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad de personas individuales,
 - protección de la salud pública,
 - seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales,
 - protección de los consumidores, incluidos los inversores,
 - ii) tomadas en contra de un servicio de comunicación audiovisual a petición que vaya en detrimento de los objetivos enunciados en el inciso i) o que presente un

riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos,

- iii) proporcionadas a dichos objetivos;
- b) antes de adoptar dichas medidas y sin perjuicio de los procesos judiciales, incluidas las actuaciones preliminares y los actos realizados en el marco de una investigación criminal, el Estado miembro deberá:
 - i) haber pedido al Estado miembro a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios que tome medidas y este último no haberlas tomado, o no haber resultado suficientes,
 - ii) haber notificado a la Comisión y al Estado a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios su intención de adoptar dichas medidas.

5. Los Estados miembros podrán, en casos urgentes, establecer excepciones a las condiciones establecidas en el apartado 4, letra b). Cuando así ocurra, las medidas se notificarán con la mayor brevedad a la Comisión y al Estado miembro a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios, indicando las razones de la urgencia según el Estado miembro.

6. Sin perjuicio de la posibilidad de un Estado miembro de tomar las medidas mencionadas en los apartados 4 y 5, la Comisión deberá examinar la compatibilidad de las medidas notificadas con el Derecho de la Unión en el más breve plazo. En caso de que

llegue a la conclusión de que dichas medidas son incompatibles con el Derecho de la Unión, la Comisión solicitará a dicho Estado miembro que se abstenga de tomar ninguna de las medidas propuestas o que ponga fin lo antes posible a las mismas.

Artículo 4

1. Los Estados miembros tendrán la facultad de exigir a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión.

2. En los casos en los que un Estado miembro:

- a) haya ejercido la facultad que se menciona en el apartado 1 para adoptar medidas más estrictas o detalladas de interés público general, y
- b) considere manifiesto que un organismo de radiodifusión televisiva bajo jurisdicción de otro Estado miembro ofrece emisiones de radiodifusión televisiva dirigida total o principalmente a su territorio, podrá ponerse en contacto con el Estado miembro que tenga jurisdicción con miras a lograr una solución de los problemas planteados que resulte mutuamente satisfactoria. Al recibir una petición debidamente justificada del primer Estado miembro, el Estado miembro que tenga jurisdicción solicitará

al organismo de radiodifusión televisiva que cumpla las normas de interés público general pertinentes. El Estado miembro competente informará al primer Estado miembro de los resultados obtenidos en respuesta a su solicitud en el plazo de dos meses. Los Estados miembros podrán invitar al Comité de contacto establecido en el artículo 29 a examinar el caso de que se trate.

3. El primer Estado miembro podrá adoptar las medidas apropiadas en contra del organismo de radiodifusión televisiva cuando considere que:

- a) el resultado logrado mediante la aplicación del apartado 2 no es satisfactorio, y
- b) el organismo de radiodifusión televisiva de que se trate se haya establecido en el Estado de jurisdicción para eludir las normas más estrictas, que le serían aplicables de haberse establecido en el primer Estado miembro.

Estas medidas serán objetivamente necesarias, se aplicarán de manera no discriminatoria y proporcionadas a los objetivos que se persiguen.

4. Los Estados miembros podrán tomar medidas con arreglo al apartado 3 solo si se dan las siguientes condiciones:

- a) ha notificado a la Comisión y al Estado miembro en el que está establecido el organismo de radiodifusión televisiva su intención de adoptar dichas

medidas al tiempo que razona los motivos en los que basa su decisión, y

- b) la Comisión entiende que las medidas son compatibles con el Derecho de la Unión, y en particular que las decisiones del Estado miembro que las adopta en virtud de los apartados 2 y 3 son correctas.

5. La Comisión adoptará una decisión en los tres meses siguientes a la notificación contemplada en el apartado 4, letra a). Si la Comisión decide que las medidas son incompatibles con el Derecho de la Unión, el Estado miembro en cuestión se abstendrá de adoptar ninguna de ellas.

6. Los Estados miembros, en el marco de su legislación y aplicando las medidas adecuadas, velarán por que los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción cumplan efectivamente las disposiciones de la presente Directiva.

7. Los Estados miembros estimularán los regímenes de corregulación o autorregulación a nivel nacional en los ámbitos coordinados por la presente Directiva en la medida permitida por sus ordenamientos jurídicos. Estos regímenes deberán gozar de amplia aceptación entre los principales interesados en los Estados miembros de que se trate y prever medios para una aplicación efectiva.

8. La Directiva 2000/31/CE se aplicará plenamente excepto cuando se disponga lo contrario en la presente Directiva. En caso de conflicto entre una disposición de la Directiva 2000/31/CE y una disposición de la presente

Directiva, prevalecerán las disposiciones de la presente Directiva, excepto cuando se disponga lo contrario en la presente Directiva.

Capítulo III

Disposiciones aplicables a todos los Servicios de Comunicación Audiovisual

Artículo 5

Los Estados miembros velarán por que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual bajo su jurisdicción pongan a disposición de los receptores del servicio, de manera fácil, directa y permanente, al menos la siguiente información:

- a) nombre del prestador del servicio de comunicación;
- b) dirección geográfica donde está establecido el prestador del servicio de comunicación;
- c) señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador del servicio de comunicación y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico o sitio web;
- d) en su caso, el órgano regulador o supervisor competente.

Artículo 6

Los Estados miembros garantizarán, aplicando las medidas idóneas, que los servicios de comunicación audiovisual ofrecidos por prestadores bajo su jurisdicción no contengan

incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad.

Artículo 7

Los Estados miembros alentarán a los servicios de comunicación audiovisual bajo su jurisdicción a garantizar que sus servicios sean gradualmente accesibles a las personas con una discapacidad visual o auditiva.

Artículo 8

Los Estados miembros velarán por que los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción no emitan obras cinematográficas fuera de los períodos acordados con los titulares de sus derechos.

Artículo 9

1. Los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción observen las siguientes prescripciones:

- a) las comunicaciones comerciales audiovisuales deben ser fácilmente reconocibles como tales; queda prohibida la comunicación comercial audiovisual encubierta;
- b) las comunicaciones comerciales audiovisuales no deben utilizar técnicas subliminales;
- c) las comunicaciones comerciales audiovisuales deben abstenerse de:
 - i) atentar contra el respeto a la dignidad humana,

- ii) incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual,
 - iii) fomentar comportamientos nocivos para la salud o la seguridad,
 - iv) fomentar conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente;
- d) queda prohibida cualquier forma de comunicación comercial audiovisual aplicada a los cigarrillos y demás productos del tabaco;
 - e) las comunicaciones comerciales audiovisuales relativas a bebidas alcohólicas no deberán dirigirse específicamente a menores ni fomentar el consumo inmoderado de esas bebidas;
 - f) queda prohibida la comunicación comercial audiovisual para productos medicinales específicos y tratamientos médicos que solo puedan obtenerse mediante receta en el Estado miembro bajo cuya jurisdicción esté el prestador del servicio de comunicación;
 - g) las comunicaciones audiovisuales comerciales no deberán producir perjuicio moral o físico a los menores. En consecuencia, no incitarán directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad, ni los

animarán directamente a que persuadan a sus padres o terceros para que compren los bienes o servicios publicitados, ni explotarán la especial confianza que depositan en sus padres, profesores u otras personas, ni mostrarán sin motivo justificado a menores en situaciones peligrosas.

2. Los Estados miembros y la Comisión impulsarán a los prestadores del servicio de comunicación a desarrollar códigos de conducta en relación con la comunicación comercial audiovisual inadecuada que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos, de alimentos y bebidas que contengan nutrientes y sustancias con un efecto nutricional o fisiológico, en particular aquellos tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares, para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total.

Artículo 10

1. Los servicios de comunicación audiovisual o programas patrocinados deberán observar los siguientes requisitos:

a) bajo ninguna circunstancia se podrá influir en su contenido y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, en su horario de programación de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación;

b) no deberán incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios;

c) los espectadores deberán ser claramente informados de la existencia de un acuerdo de patrocinio. Los programas patrocinados deberán estar claramente identificados como tales por medio del nombre, logotipo y/o cualquier otro símbolo del patrocinador, tal como una referencia a sus productos o servicios o un signo distintivo de los mismos, de manera adecuada a los programas, al principio, en el transcurso o al término de estos.

2. Los servicios de comunicación audiovisual o los programas no podrán estar patrocinados por empresas cuya actividad principal sea la fabricación o venta de cigarrillos u otros productos del tabaco.

3. En los servicios de comunicación audiovisual o programas patrocinados por empresas cuya actividad incluya la fabricación o venta de medicamentos y tratamientos médicos, se podrá promocionar el nombre o la imagen de la empresa, pero no medicamentos específicos o tratamientos médicos que solo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el Estado miembro a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador del servicio de comunicación.

4. No se patrocinarán los noticiarios ni los programas informativos de actualidad. Los Estados miembros podrán optar por prohibir que se muestre el logotipo de un patrocinador en programas infantiles, documentales y programas religiosos.

Artículo 11

1. Lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 se aplicará solo a los programas producidos con posterioridad al 19 de diciembre de 2009.

2. Queda prohibido el emplazamiento de producto.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, el emplazamiento de producto será admisible, a menos que un Estado miembro decida otra cosa, en los siguientes casos:

a) obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento;

b) los casos en que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.

La excepción indicada en la letra

a) no se aplicará a los programas infantiles.

Los programas que contengan emplazamiento de producto observarán, al menos, todos los requisitos siguientes:

a) bajo ninguna circunstancia se podrá influir en su contenido y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, en su horario de programación de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación;

b) no incitarán directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios;

c) no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate;

d) los espectadores deberán ser claramente informados de la existencia emplazamiento de producto. Los programas que contengan emplazamiento de producto deberán estar debidamente identificados al principio y al final del programa, así como cuando el programa se reanuda tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador.

Excepcionalmente, los Estados miembros podrán optar por no exigir las prescripciones establecidas en la letra d) siempre que el programa de que se trate no haya sido ni producido ni encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de este último.

4. En cualquier caso, los programas no podrán colocar los siguientes

productos:

- a) productos del tabaco o cigarrillos, ni otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta de cigarrillos y otros productos del tabaco;
- b) medicamentos o tratamientos médicos específicos que solo puedan obtenerse mediante receta en el Estado miembro bajo cuya jurisdicción esté el prestador del servicio de comunicación.

Capítulo IV

Disposiciones únicamente aplicables a los Servicios de Comunicación Audiovisual a petición

Artículo 12

Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para velar por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción que puedan dañar gravemente el desarrollo físico, mental o moral de los menores se faciliten únicamente de manera que se garantice que, normalmente, los menores no verán ni escucharán dichos servicios de comunicación audiovisual a petición.

Artículo 13

1. Los Estados miembros velarán por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores del servicio de comunica-

ción bajo su jurisdicción fomenten, cuando sea factible y con los medios adecuados, la producción de obras europeas y el acceso a las mismas. Dicho fomento puede llevarse a cabo, entre otras formas, mediante la contribución financiera de dichos servicios a la producción y adquisición de derechos de obras europeas o mediante la inclusión y/o prominencia de obras europeas en el catálogo de programas ofrecidos por el servicio de comunicación audiovisual a petición.

2. A más tardar el 19 de diciembre de 2011 y, posteriormente, una vez cada cuatro años, los Estados miembros informarán a la Comisión de la aplicación del apartado 1.

3. Sobre la base de la información facilitada por los Estados miembros y de un estudio independiente, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del apartado 1, teniendo en cuenta la evolución del mercado, el desarrollo tecnológico y el objetivo de la diversidad cultural.

Capítulo V

Disposiciones sobre los derechos exclusivos y los resúmenes informativos en radiodifusión televisiva

Artículo 14

1. Cada Estado miembro podrá adoptar medidas, de conformidad con el Derecho de la Unión, para garantizar que los organismos de radiodifusión televisiva sometidos a su jurisdicción no retransmitan en exclusiva

acontecimientos que dicho Estado miembro considere de gran importancia para la sociedad, de manera que se prive a una parte importante de público de dicho Estado miembro de la posibilidad de seguir dichos acontecimientos, en directo o en diferido, en la televisión de libre acceso. Si adopta dichas medidas, el Estado miembro de que se trate establecerá una lista de acontecimientos, nacionales o no nacionales, que considere de gran importancia para la sociedad, lo que hará de manera clara y transparente, a su debido tiempo y oportunamente. Al hacerlo, el Estado miembro determinará también si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo o, en caso necesario y apropiado, por razones objetivas de interés público, total o parcialmente en diferido.

2. Los Estados miembros notificarán inmediatamente a la Comisión cualesquiera medidas que tomen o vayan a tomar en virtud del apartado 1. En un plazo de tres meses a partir del momento en que se efectúe la notificación, la Comisión verificará si dichas medidas se ajustan al Derecho de la Unión y las comunicará a los demás Estados miembros. Recabará el dictamen del Comité de contacto que se establezca en virtud del artículo 29. Publicará inmediatamente en el Diario Oficial de la Unión Europea las medidas adoptadas y, como mínimo una vez al año, la lista consolidada de las medidas adoptadas por los Estados miembros.

3. Los Estados miembros garantizarán, por el medio que proceda y en el

marco de sus respectivas disposiciones legales, que los organismos de radiodifusión televisiva sometidos a su jurisdicción no ejerzan los derechos exclusivos que hayan comprado después del 18 de diciembre de 2007 de tal forma que se prive a una parte sustancial del público de otro Estado miembro de la posibilidad de seguir acontecimientos designados por ese otro Estado miembro con arreglo a los apartados 1 y 2, en emisión total o parcialmente en directo o, cuando sea necesario o apropiado por razones objetivas de interés público, total o parcialmente en diferido, en televisión de libre acceso, tal como determine ese otro Estado miembro con arreglo al apartado 1.

Artículo 15

1. Los Estados miembros velarán por que, a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos, cualquier organismo de radiodifusión televisiva establecido en la Unión tenga acceso, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, a acontecimientos de gran interés público transmitidos en exclusiva por un organismo de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción.

2. Si otro organismo de radiodifusión televisiva establecido en el mismo Estado miembro que el organismo que pretende obtener el acceso ha adquirido derechos exclusivos sobre el acontecimiento de gran interés para el público, el acceso se solicitará a dicho organismo.

3. Los Estados miembros velarán por que se garantice dicho acceso, per-

mitiendo para ello a los organismos de radiodifusión televisiva seleccionar libremente extractos breves procedentes de la señal emitida por el organismo de radiodifusión televisiva transmisor indicando, a menos que resulte imposible por razones prácticas, como mínimo su origen.

4. Como alternativa al apartado 3, los Estados miembros podrán establecer un sistema equivalente que logre el acceso por otros medios, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias.

5. Los extractos breves se utilizarán únicamente para programas de información general y solo podrán utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 a 5, los Estados miembros velarán por que, de conformidad con sus ordenamientos y prácticas jurídicas, se determinen las modalidades y las condiciones relativas a la prestación de dichos extractos breves, en particular con respecto a cualesquiera acuerdos de contraprestación, la longitud máxima de los extractos breves y los límites de tiempo en lo que se refiere a su transmisión. Cuando se haya previsto una contraprestación por ellos, esta no superará los costes adicionales en los que se haya incurrido directamente por prestar el acceso.

Capítulo VI

Promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos

Artículo 16

1. Los Estados miembros velarán, siempre que sea posible y con los medios adecuados, para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven para obras europeas, una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión, con exclusión del tiempo dedicado a las informaciones, a manifestaciones deportivas, a juegos, a la publicidad, a los servicios de teletexto y a la telementa. Dicha proporción, habida cuenta de las responsabilidades del organismo de radiodifusión televisiva para con su público en materia de información, de educación, de cultura y de entretenimiento, deberá lograrse progresivamente con arreglo a criterios adecuados.

2. Cuando no pueda alcanzarse la proporción definida en el apartado 1, esta no podrá ser inferior a la media comprobada en 1988 en el Estado miembro de que se trate.

Sin embargo, en lo que se refiere a Grecia y a Portugal, el año 1988 se sustituye por el año 1990.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión cada dos años, comenzando a partir del 3 de octubre de 1991, un informe sobre la aplicación del presente artículo y del artículo 17.

En dicho informe se incluirá, en particular, las estadísticas de la realización de la proporción a que se refiere el presente artículo y el artículo 17

para todos y cada uno de los programas de televisión que se incluyen entre las competencias del Estado miembro de que se trate, las razones por las que, en cada caso, no haya sido posible conseguir dicha proporción, así como las medidas adoptadas o que se piensa adoptar para conseguirla.

La Comisión dará a conocer dichos informes a los demás Estados miembros y al Parlamento Europeo, que irán acompañados, en su caso, de un dictamen. La Comisión velará por la aplicación del presente artículo y del artículo 17, de conformidad con las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En su dictamen, la Comisión podrá tener en cuenta, en particular, los progresos realizados en relación con los años anteriores, las obras de primera difusión en la programación, las circunstancias particulares de los nuevos organismos de radiodifusión televisiva y la situación específica de los países con escasa capacidad de producción audiovisual o con áreas lingüísticas restringidas.

Artículo 17

Los Estados miembros velarán, siempre que sea posible y con medios apropiados, para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven, como mínimo, el 10 % de su tiempo de emisión, exceptuando el tiempo dedicado a la información, a manifestaciones deportivas, a juegos, a publicidad, a servicios de teletexto y a la televenta o, alternativamente, a elección del Estado miembro, el 10 %

como mínimo de su presupuesto de programación, a obras europeas de productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva.

Habida cuenta de las responsabilidades de los organismos de radiodifusión televisiva para con su público en materia de información, de educación, de cultura y de entretenimiento, dicha proporción deberá lograrse progresivamente mediante criterios apropiados. Deberá alcanzarse reservando una proporción adecuada a obras recientes, es decir obras difundidas en un lapso de tiempo de cinco años después de su producción.

Artículo 18

El presente capítulo no se aplicará a las emisiones de televisión destinadas a una audiencia local y que no formen parte de una red nacional.

Capítulo VII Publicidad por televisión y televenta

Artículo 19

1. La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial. Sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias, la publicidad televisiva y la televenta deberán diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales.
2. Los anuncios publicitarios y de televenta aislados constituirán la

excepción, salvo en el caso de las retransmisiones de acontecimientos deportivos.

Artículo 20

1. Los Estados miembros velarán por que, cuando se inserte publicidad televisiva o televenta durante los programas, no se menoscabe la integridad de estos, teniendo en cuenta las interrupciones naturales y la duración y el carácter del programa de que se trate, y que no se perjudique a los titulares de sus derechos.

2. La transmisión de películas realizadas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), obras cinematográficas y programas informativos podrá ser interrumpida por publicidad televisiva y/o televenta una vez por cada período previsto de treinta minutos como mínimo. La retransmisión de programas infantiles podrá ser interrumpida por publicidad televisiva y/o televenta una vez por cada período previsto de treinta minutos como mínimo, siempre y cuando la duración prevista del programa sea superior a treinta minutos. No se insertará publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos.

Artículo 21

Queda prohibida la televenta de medicamentos sujetos a una autorización de comercialización en el sentido de la Directiva 2001/83/CE, así como la televenta de tratamientos médicos.

Artículo 22

La publicidad televisada y la televenta de bebidas alcohólicas deberán respetar los criterios siguientes:

- a) no podrá estar dirigida específicamente a los menores ni, en particular, presentar a menores consumiendo dichas bebidas;
- b) no deberá asociar el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico o a la conducción de vehículos;
- c) no deberá dar la impresión de que el consumo de alcohol contribuye al éxito social o sexual;
- d) no deberá sugerir que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante o que constituyen un medio para resolver conflictos;
- e) no deberá estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad;
- f) no deberá subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

Artículo 23

1. La proporción de anuncios de publicidad televisiva y de anuncios de televenta no excederá del 20 % por hora de reloj.

2. El apartado 1 no se aplicará a los anuncios realizados por el organismo

de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y los productos accesorios directamente derivados de dichos programas, a los anuncios de patrocinio ni al emplazamiento de producto.

Artículo 24

Los espacios de televenta deberán ser fácilmente identificables como tales por medios ópticos y acústicos y tendrán una duración mínima ininterrumpida de 15 minutos.

Artículo 25

La presente Directiva se aplicará, mutatis mutandis, a los canales de televisión dedicados exclusivamente a la publicidad y la televenta, así como a los canales de televisión consagrados de forma exclusiva a la autopromoción.

No obstante, no serán de aplicación a estos canales las disposiciones del capítulo VI ni tampoco las de los artículos 20 y 23.

Artículo 26

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y dentro del respeto del Derecho de la Unión, los Estados miembros podrán establecer condiciones distintas de las fijadas en el artículo 20, apartado 2, y en el artículo 23 en lo referente a las emisiones de televisión destinadas exclusivamente al territorio nacional que no puedan ser recibidas directa o indirectamente por el público en uno o varios de los demás Estados miembros.

Capítulo VIII
Protección de los menores en
la radiodifusión televisiva

Artículo 27

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que las emisiones de televisión de los organismos de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción no incluyan ningún programa que pueda perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita.
2. Las medidas a que se refiere el apartado 1 se extenderán asimismo a otros programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que, normalmente, los menores que se encuentren en su zona de difusión no verán ni escucharán dichas emisiones.
3. Además, cuando tales programas se emitan sin codificar, los Estados miembros velarán por que vayan precedidos de una señal de advertencia acústica o estén identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración.

Capítulo IX
Derecho de réplica en la
radiodifusión televisiva

Artículo 28

1. Sin perjuicio de las demás disposiciones civiles, administrativas o

penales adoptadas por los Estados miembros, cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, cuyos legítimos derechos, en particular en relación con su honor y su reputación, hayan sido lesionados como consecuencia de una afirmación errónea realizada en un programa de televisión, deberá poder disponer de un derecho de réplica o de medidas equivalentes. Los Estados miembros velarán por que el ejercicio efectivo del derecho de réplica o de medidas equivalentes no se vea obstaculizado por la imposición de plazos o condiciones irrazonables. La réplica se emitirá en un plazo razonable después de que haya quedado justificada la solicitud, en condiciones tan semejantes como sea posible a las de la emisión a las que se refiera la solicitud.

2. El derecho de réplica o las medidas equivalentes se podrán ejercer frente a todos los organismos de radiodifusión televisiva que queden bajo la jurisdicción de un Estado miembro.

3. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para establecer este derecho o estas medidas y determinar el procedimiento para su ejercicio. En particular, velarán para que el plazo previsto para ejercer dicho derecho de réplica o dichas medidas equivalentes sea lo suficientemente amplio y para que las modalidades permitan que personas físicas o jurídicas que residan o estén establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer dicho derecho o dichas medidas de forma adecuada.

4. Podrá desestimarse la solicitud del ejercicio del derecho de réplica o de las medidas equivalentes si no estuviere justificada con arreglo a las condiciones establecidas en el apartado 1, si constituyere un acto punible, si comprometiera la responsabilidad civil del organismo de radiodifusión televisiva o si fuere contraria a las buenas costumbres.

5. Se establecerán procedimientos mediante los cuales las controversias sobre el ejercicio del derecho de réplica o de medidas equivalentes puedan ser objeto de recurso jurisdiccional.

Capítulo X Comité de contacto

Artículo 29

1. Se instituye un Comité de contacto bajo los auspicios de la Comisión formado por representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros. Estará presidido por un representante de la Comisión. Este Comité se reunirá bien a iniciativa del presidente, bien a petición de la Delegación de un Estado miembro.

2. Las funciones del Comité de contacto consistirán en:

- a) facilitar la aplicación efectiva de la presente Directiva a través de la consulta periódica acerca de todos los problemas prácticos que resulten de su aplicación y, en particular, de la aplicación del artículo 2, así como sobre cualquier otra cuestión para la que se con-

- sidere útil el cambio de impresiones;
- b) emitir dictámenes por propia iniciativa o a petición de la Comisión sobre la aplicación de la presente Directiva por parte de los Estados miembros;
 - c) ser el foro para el cambio de impresiones acerca de las cuestiones que deben tratarse en los informes que los Estados miembros deben presentar de conformidad con el artículo 16, apartado 3, y su metodología;
 - d) debatir el resultado de las consultas periódicas que celebre la Comisión con los representantes de organismos de radiodifusión televisiva, productores, consumidores, fabricantes, proveedores de servicios, sindicatos y la comunidad de creadores;
 - e) facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros y la Comisión sobre la situación y el desarrollo de las actividades de regulación de los servicios de comunicación audiovisual, tomando en consideración la política audiovisual de la Unión, así como la evolución pertinente en el ámbito técnico;
 - f) examinar cualquier aspecto de la evolución del sector sobre el que sea útil un cambio de impresiones.

Capítulo XI

Cooperación entre Organismos reguladores de los Estados Miembros

Artículo 30

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para intercambiar mutuamente y facilitar a la Comisión la información necesaria para la aplicación de la presente Directiva, en particular de sus artículos 2, 3 y 4, en especial a través de sus organismos reguladores independientes.

Capítulo XII

Disposiciones finales

Artículo 31

En lo relativo a los sectores que no estén coordinados por la presente Directiva, esta no afectará a los derechos y obligaciones de los Estados miembros que se deriven de los convenios existentes en materia de telecomunicaciones y de radiodifusión televisiva.

Artículo 32

Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 33

A más tardar el 19 de diciembre de 2011, y posteriormente cada tres años, la Comisión presentará al

Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva y, en caso necesario, presentará propuestas para adaptarla a la evolución en el campo de los servicios de comunicación audiovisual, en particular a la luz de la evolución tecnológica reciente, la competitividad del sector y los niveles de alfabetización mediática en todos los Estados miembros.

En dicho informe se evaluará asimismo la cuestión de la publicidad televisiva que acompaña o se inserta en los programas infantiles y, en particular, si las normas cuantitativas y cualitativas previstas en la presente Directiva han proporcionado el nivel de protección requerido.

Artículo 34

Queda derogada la Directiva 89/552/CEE, modificada por las

Por el Parlamento Europeo

El Presidente
J. Buzek

Por el Consejo

El Presidente
D. López Garrido

Directivas indicadas en el anexo I, parte A, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional de la Directivas que figuran en el anexo I, parte B.

Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo II.

Artículo 35

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Artículo 36

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

Hecho en Estrasburgo, el 10 de marzo de 2010.

**ANEXO I
PARTE A**

Directiva derogada con la lista de sus modificaciones sucesivas (contempladas en el artículo 34)

Directiva 89/552/CEE del Consejo (DO L 298 de 17.10.1989, p. 23).||

Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 202 de 30.7.1997, p. 60).||

Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 332 de 18.12.2007, p. 27). | Únicamente el artículo 1 |

PARTE B

Plazos de transposición al Derecho nacional (contemplados en el artículo 34)

Directiva | Plazo de transposición |
89/552/CEE | 3 de octubre de 1991 |
97/36/CE | 31 de diciembre de 1998 |
2007/65/CE | 19 de diciembre de 2009 |

ANEXO II TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Directiva 89/552/CEE | Presente Directiva |
Artículo 1, frase introductoria | Artículo 1, apartado 1, frase introductoria |
Artículo 1, letra a), frase introductoria | Artículo 1, apartado 1, letra a), frase introductoria |
Artículo 1, letra a), primer guión | Artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i) |
Artículo 1, letra a), segundo guión | Artículo 1, apartado 1, letra a), inciso ii) |
Artículo 1, letras b) a m) | Artículo 1, apartado 1, letras b) a m) |
Artículo 1, letra n), inciso i), frase introductoria | Artículo 1, apartado 1, letra n), frase introductoria |
Artículo 1, letra n), inciso i), primer guión | Artículo 1, apartado 1, letra n), inciso i) |
Artículo 1, letra n), inciso i), segundo guión | Artículo 1, apartado 1, letra n), inciso ii) |
Artículo 1, letra n), inciso i), tercer guión | Artículo 1, apartado 1, letra n), inciso iii) |
Artículo 1, letra n), inciso i), cuarto guión | Artículo 1, apartado 2 |
Artículo 1, letra n), inciso ii), frase introductoria | Artículo 1, apartado 3, frase introductoria |
Artículo 1, letra n), inciso ii), primer guión | Artículo 1, apartado 3, inciso i) |
Artículo 1, letra n), inciso ii), segundo guión | Artículo 1, apartado 3, inciso ii) |
Artículo 1, letra n), inciso ii), tercer guión | Artículo 1, apartado 3, inciso iii) |
Artículo 1, letra n), inciso iii) | Artículo 1, apartado 4 |
Artículo 2 | Artículo 2 |
Artículo 2 bis, apartados 1, 2 y 3 | Artículo 3, apartados 1, 2 y 3 |
Artículo 2 bis, apartado 4, frase introductoria | Artículo 3, apartado 4, frase introductoria |
Artículo 2 bis, apartado 4, letra a) | Artículo 3, apartado 4, letra a) |
Artículo 2 bis, apartado 4, letra b), frase introductoria | Artículo 3, apartado 4, letra b), frase introductoria |
Artículo 2 bis, apartado 4, letra b), primer guión | Artículo 3, apartado 4, letra b), inciso i) |
Artículo 2 bis, apartado 4, letra b), segundo guión | Artículo 3, apartado 4, letra b), inciso ii) |
Artículo 2 bis, apartados 5 y 6 | Artículo 3, apartados 5 y 6 |
Artículo 3 | Artículo 4 |
Artículo 3 bis | Artículo 5 |

Artículo 3 ter | Artículo 6 |
Artículo 3 quater | Artículo 7 |
Artículo 3 quinquies | Artículo 8 |
Artículo 3 sexies | Artículo 9 |
Artículo 3 septies | Artículo 10 |
Artículo 3 octies, apartado 1 | Artículo 11, apartado 2 |
Artículo 3 octies, apartado 2, párrafo primero, frase introductoria | Artículo 11, apartado 3, párrafo primero, frase introductoria |
Artículo 3 octies, apartado 2, párrafo primero, primer guión | Artículo 11, apartado 3, párrafo primero, letra a) |
Artículo 3 octies, apartado 2, párrafo primero, segundo guión | Artículo 11, apartado 3, párrafo primero, letra b) |
Artículo 3 octies, apartado 2, párrafos segundo, tercero y cuarto | Artículo 11, apartado 3, párrafos segundo, tercero y cuarto |
Artículo 3 octies, apartado 3 | Artículo 11, apartado 4 |
Artículo 3 octies, apartado 4 | Artículo 11, apartado 1 |
Artículo 3 nonies | Artículo 12 |
Artículo 3 decies | Artículo 13 |
Artículo 3 undecies | Artículo 14 |
Artículo 3 duodecies | Artículo 15 |
Artículo 4, apartados 1, 2 y 3 | Artículo 16, apartados 1, 2 y 3 |
Artículo 4, apartado 4 | — |
Artículo 5 | Artículo 17 |
Artículo 9 | Artículo 18 |
Artículo 10 | Artículo 19 |
Artículo 11 | Artículo 20 |
Artículo 14 | Artículo 21 |
Artículo 15 | Artículo 22 |
Artículo 18 | Artículo 23 |
Artículo 18 bis | Artículo 24 |
Artículo 19 | Artículo 25 |
Artículo 20 | Artículo 26 |
Artículo 22 | Artículo 27 |
Artículo 23 | Artículo 28 |
Artículo 23 bis | Artículo 29 |
Artículo 23 ter | Artículo 30 |
Artículo 24 | Artículo 31 |
— | Artículo 32 |
Artículo 26 | Artículo 33 |
— | Artículo 34 |
— | Artículo 35 |
Artículo 27 | Artículo 36 |
— | Anexo I |
— | Anexo II |

LEY 7/2010, DE 31 DE MARZO, GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed:
Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

PREÁMBULO

La industria audiovisual se ha convertido en los últimos años en un sector cada vez con mayor peso y trascendencia para la economía. Los contenidos audiovisuales y su demanda forman parte de la vida cotidiana del ciudadano actual. No se concibe el mundo, el ocio, el trabajo o cualquier otra actividad sin lo audiovisual.

En los últimos años la comunicación audiovisual se ha basado en la explotación tradicional de la radio y televisión analógica condicionada por la escasez de espectro radioeléctrico y, por tanto, por una oferta pública y privada reducida y con un modelo de explotación muy asentado pero comercialmente poco sostenible.

La tecnología digital viene a romper con este modelo y plantea un aumento exponencial de las señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa aumentando la calidad de la señal audiovisual. Aumenta el acceso a los medios audiovisuales y se multiplican las audiencias, pero, por esta misma razón, se fragmentan. Irrumpe Internet como competidora de contenidos. Los modelos de negocio evolucionan y se desplazan. Como consecuencia de todo ello, la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y debe adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos.

Se hace necesario por tanto, regular, ordenar con visión de medio y largo plazo, con criterios que despejen incertidumbres y den seguridad a las empresas y con la intención de proteger al ciudadano de posiciones dominantes de opinión o de restricción de acceso a contenidos universales de gran interés o valor.

Así lo han entendido los países más avanzados y la propia Unión Europea que a través de Directivas ha establecido y perfecciona periódicamente normas que configuran un régimen básico común que garantice el pluralismo y los derechos de los consumidores.

Directivas que obligatoriamente deben transponerse a la legislación española. Esa es una de las funciones de esta Ley, la transposición de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y

del Consejo de 11 de diciembre del 2007.

Pero no es sólo este el objetivo de la Ley General de la Comunicación Audiovisual. Hoy España dispone de una legislación audiovisual dispersa, incompleta, a veces desfasada y obsoleta, con grandes carencias para adaptarse a los tiempos y, por tanto, permanentemente sometida a cambios frecuentes, vía decreto o subsumida en otras Leyes de temática diversa. Nos encontramos pues ante una normativa vigente, alejada de la realidad, y limitativa que en su origen, nació con vocación de transitoriedad pero que se ha perpetuado más tiempo del inicialmente previsto.

Consecuentemente, esta Ley pretende compendiar la normativa vigente aún válida, actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal. Y todo ello con la misión de dar seguridad jurídica a la industria y posibilitar la creación de grupos empresariales audiovisuales con capacidad de competir en el mercado europeo y la apertura regulada de nuevos modelos de negocio como son la TDT de pago, la Alta Definición y la TV en Movilidad; y hacerlo garantizando también, el pluralismo y la protección de los derechos ciudadanos; al mismo tiempo que se fijan unas reglas de transparencia y competencia claras en un contexto de convivencia del sector público con el privado y de liberalización de la actividad audiovisual.

Esta normativa general de referencia ha sido una demanda del sector audiovisual en su conjunto y de los consumidores desde hace años. Esta Ley por tanto nace con la vocación de aprobar una asignatura pendiente de nuestra democracia, superar el disenso y alcanzar un acuerdo para una reforma que merezca ver la luz con voluntad de permanencia. Una Ley que codifique, liberalice y modernice la vieja y dispersa normativa española actual, otorgue seguridad y estabilidad al sector público y privado, a corto y medio plazo, mediante un marco jurídico básico suficientemente flexible para adaptarse al dinamismo que por definición tienen este sector ante la vertiginosa y continua evolución tecnológica.

Esta Ley debe entenderse también, inmersa en el proyecto de reforma audiovisual del Gobierno emprendida en la legislatura anterior con la aprobación de la Ley 17/2006 de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal y complementada con la Ley de Financiación de la Corporación RTVE.

Y es que la Ley General de la Comunicación Audiovisual se presenta como norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público fijando, con el más absoluto respeto competencial que marca nuestra Constitución, los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. Principios inspirados en la normativa y recomendaciones comunitarias sobre financiación pública compatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, control independiente a través de organismos reguladores y garantía y protección de derechos.

En este sentido, la norma aspira a promover una sociedad más incluyente y equitativa y, específicamente en lo referente a la prevención y eliminación de discriminaciones de género, en el marco de lo establecido en materia de publicidad y medios de comunicación en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Estos son los principios que inspiran el articulado de esta Ley que regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y que en su sistemática ha colocado en primer lugar, tras los artículos de Objetivos, Definiciones y Ámbito de Aplicación, el reconocimiento de derechos. Así el Capítulo I del Título II esta consagrado íntegramente a la garantía de los derechos de los ciudadanos a recibir comunicación audiovisual en condiciones de pluralismo cultural y lingüístico -lo que implica la protección de las obras audiovisuales europeas y españolas en sus distintas lenguas-, así como a exigir ante las autoridades la adecuación de los contenidos al ordenamiento constitucional vigente. Este capítulo trata de forma individualizada las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación a los menores y personas con discapacidad que merecen a juicio del legislador y de las instituciones europeas una protección especial.

En el Capítulo II de este Título II se incluyen los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que básicamente son el de prestar ese servicio en condiciones de libertad en cuanto a selección de contenidos, línea editorial y emisión de canales. Libertad absoluta en el caso de las comunicaciones electrónicas. La posibilidad y condiciones de autorregulación y de emisión de contenidos publicitarios constituyen otros dos grandes apartados de derechos que se consagran en esta Ley.

La regulación de la publicidad, conforme a los criterios establecidos por la Directiva Comunitaria ya citada, ocupa una parte importante de esta Ley. Está concebida como un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempo y contenidos pero también con una normativa reguladora básica para impedir abusos e interpretaciones divergentes que han llevado, en el pasado, a la apertura de expedientes y discrepancias serias a la hora de interpretar los preceptos europeos. Y que, con esta Ley se pretende acabar al plantear un escenario claro e inequívoco alineado con la terminología y los postulados de la Comisión y el Parlamento Europeo.

Finalmente este Título II dedica un capítulo a la regulación de los derechos sobre contenidos en régimen de exclusividad en la que se protege el derecho a la información de todos los ciudadanos como derecho prioritario y se fijan límites a la exclusividad en función de criterios de interés general que aseguran la emisión en abierto de una serie de acontecimientos relacionados

fundamentalmente con eventos deportivos de gran audiencia y valor. Para ello, se incluye una referencia normativa básica siguiendo los criterios, resoluciones y recomendaciones de las autoridades y organismos de vigilancia de la competencia españoles y europeos.

El Título III parte del principio de libertad de empresa y establece el régimen jurídico básico para la prestación de un servicio de comunicación audiovisual, diferenciando aquellos que sólo precisan de comunicación previa por estar su segmento liberalizado, de aquellos otros que por utilizar espacio radioeléctrico público a través de ondas hertzianas y tener capacidad limitada necesitan de licencia previa otorgada en concurso público celebrado en las condiciones que fija esta misma Ley.

Los principios de titularidad europea y de reciprocidad, que se incorporan a la legislación española en este sector, presiden este régimen jurídico. Con el objetivo de reforzar la seguridad se amplía hasta 15 años el período de concesión de licencia, actualmente en diez y, como novedades, se establece la renovación automática si se cumplen determinados requisitos y se reconoce la posibilidad de arrendar o ceder licencias en determinadas condiciones. También como un derecho de los titulares de las licencias se regula el acceso condicional o de pago, limitándolo a un 50% de los canales concedidos a cada licencia para garantizar una extensa oferta de televisión en abierto.

Otra de las novedades de esta Ley es el reconocimiento del derecho de acceso a los servicios de comunicación electrónica en condiciones plenas de interactividad, las emisiones en cadena de los servicios de comunicación radiofónicos y los servicios de comunicación audiovisual comunitarios concebidos únicamente sin finalidad comercial.

El Título III dedica una sección a los denominados Nuevos entrantes tecnológicos o nuevas formas de comunicación audiovisual. Esencialmente TV en Movilidad, Alta Definición e Interactividad, permitiendo la posibilidad de decodificadores únicos que permitan acceder a los servicios interactivos de todas las ofertas.

El Título III finaliza con un conjunto de artículos destinados a garantizar el pluralismo y la libre competencia en el mercado radiofónico y televisivo dada la importancia que tienen estos medios en la formación de la opinión pública. Se reconoce el derecho a poseer participaciones significativas en varios prestadores de servicios estatales de comunicación, pero se limita ese derecho si en el momento de la fusión o compra de acciones se acumula más del 27% de la audiencia. Se ha optado por el criterio de audiencias a la hora de evaluar posiciones de dominio en el mercado siguiendo las soluciones recogidas por la más reciente legislación de los países europeos en la materia.

Asimismo, un solo titular no podrá tener participaciones significativas en prestadores de servicios de comunicación audiovisual que acumulen más de

dos múltiplex -ocho canalesy en todo caso deben garantizarse un mínimo de tres operadores privados estatales.

El Título IV se ocupa íntegramente de la normativa básica del Servicio Público de radio, televisión y oferta interactiva, respetando el sistema competencial fijado en la Constitución Española. En concreto, se refiere a los objetivos generales que debe buscar este servicio público como son: difundir contenidos que fomenten los valores constitucionales, la formación de opinión pública plural, la diversidad lingüística y cultural y la difusión del conocimiento y las artes, así como la atención a las minorías. Los objetivos deberán concretarse cada nueve años por los Parlamentos u órganos similares a nivel autonómico y local.

Asimismo, esta Ley supone un alineamiento con las Directivas, Comunicaciones, Decisiones y Recomendaciones de las instituciones europeas sobre los servicios públicos de radiodifusión en relación a la compatibilidad de su financiación con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en lo relativo a ayudas estatales y a la contabilización del coste neto del servicio público así como a la posibilidad de crear fondos de reserva; a la necesidad de evaluación previa sobre incidencia en el mercado audiovisual nacional ante la introducción de nuevos servicios y, finalmente al control por organismos reguladores independientes del cumplimiento de la misión de servicio público encomendado.

Y es precisamente, la creación y regulación de la Autoridad Audiovisual estatal la que ocupa el Título V de esta Ley. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) será el órgano regulador y supervisor del sector que ejercerá sus competencias bajo el principio de independencia de los poderes políticos y económicos.

Tendrá poder sancionador y sus miembros serán elegidos por mayoría cualificada de tres quintos del Congreso de los Diputados. Serán sus funciones principales garantizar la transparencia y el pluralismo en el sector y la independencia e imparcialidad de los medios públicos así como del cumplimiento de su función de servicio público. Se crea, asimismo, un Comité Consultivo de apoyo que garantice la participación de colectivos y asociaciones ciudadanas. Cierra el articulado el Título VI que contempla el régimen sancionador.

En las Disposiciones Transitorias se abordan las cuestiones relativas a la transición de modelos, los servicios de apoyo para las personas con discapacidad, los plazos de reserva para cuestiones como la obra europea o la producción independiente. Se garantiza la continuidad de un Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad hasta la aprobación de un nuevo marco y se define el marco transitorio hasta la constitución del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Finalmente en la Disposición Transitoria Novena, se establecen límites al aprovechamiento del dominio público radioeléctrico sobrevenido por la mejora tecnológica.

La Ley General de la Comunicación Audiovisual deroga en su totalidad doce Leyes y parcialmente otras seis y cuenta con ocho Disposiciones Finales.

En definitiva, la Ley General de la Comunicación Audiovisual articula la reforma del sector y dota a España de una normativa audiovisual acorde con los tiempos, coherente, dinámica, liberalizadora y con garantías de control democrático y respeto y refuerzo de los derechos de los ciudadanos, de los prestadores y del interés general.

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.
Objeto de la Ley Esta Ley regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos.

Artículo 2.
Definiciones

1. Prestador del servicio de comunicación audiovisual.
La persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio.
2. Servicios de comunicación audiovisual.
Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.
Son modalidades del servicio de comunicación audiovisual:
 - a. El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.
 - b. El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.
 - c. El servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o televisión en movilidad, que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil.

d. El servicio de comunicación audiovisual radiofónica, que se presta para la audición simultánea de programas y contenidos sobre la base de un horario de programación.

e. Los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a petición, que se presta para la audición de programas y contenidos en el momento elegido por el oyente y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.

f. El servicio de comunicación audiovisual radiofónica en movilidad o radio en movilidad, que se presta para la audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil.

3. Servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal. Se considera servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal:

a. El servicio público de comunicación audiovisual cuya reserva para la gestión directa haya sido acordada por el Estado.

b. El servicio de comunicación audiovisual cuya licencia haya sido otorgada por el Estado.

c. El servicio de comunicación audiovisual que se presta para el público de más de una Comunidad Autónoma.

Sin embargo, no será considerado de cobertura estatal en los supuestos de desbordamientos naturales de la señal en la emisión para el territorio en el cual se ha habilitado la prestación del servicio.

4. Servicios comunicación audiovisual en abierto o codificado.

El servicio de comunicación audiovisual en abierto es aquel cuya recepción es libre.

El servicio de comunicación audiovisual codificado es aquel cuya recepción debe ser autorizada por el prestador.

5. Servicio de comunicación audiovisual de pago.

Son servicios mediante pago o de pago aquellos servicios de comunicación audiovisual y servicios conexos que se realizan por el prestador del servicio de comunicación audiovisual a cambio de contraprestación del consumidor. Esa contraprestación se puede realizar, entre otras, en la forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa, ya sea para visionar o escuchar canales, programas o paquetes de programas.

6. Programas audiovisuales.

a. Programa de televisión: Conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo

de programas. En todo caso son programas de televisión: los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo.

b. Programa de radio: Conjunto de contenidos sonoros que forma un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o un catálogo de programas.

7. Canal Múltiple o Múltiplex.

Señal compuesta para transmitir un canal o frecuencia radioeléctrica y que, al utilizar la tecnología digital, permite la incorporación de las señales correspondientes a varios canales de televisión y radio y de las señales correspondientes a varios servicios asociados y a servicios de comunicaciones electrónicas.

8. Canal.

Conjunto de programas de televisión o de radio organizados dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público.

9. Canal de televenta.

Canal de radio o televisión que emite exclusivamente contenidos de venta directa organizados en programas con una duración mínima ininterrumpida de 15 minutos.

10. Cadena radiofónica.

Conjunto de emisiones simultáneas de radio organizadas dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público.

11. Catálogo de programas.

Conjunto de programas puestos a disposición del público, que elige el programa y el momento de su visión o su audición.

12. Obras europeas.

Se consideran obras europeas:

a. Las obras originarias de los Estados miembros; y las obras originarias de terceros Estados europeos que sean parte del Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza del Consejo de Europa, siempre que las obras de los Estados miembros no estén sometidas a medidas discriminatorias en el tercer país de que se trate.

Se considera obra originaria la realizada esencialmente con la participación de autores y trabajadores que residan en uno o

varios Estados de los mencionados en el párrafo anterior. Siempre que, además, cumpla una de las tres condiciones siguientes: que las obras sean realizadas por uno o más productores establecidos en uno o varios de dichos Estados; que la producción de las obras sea supervisada y efectivamente controlada por uno o varios productores establecidos en uno o varios de dichos Estados; que la contribución de los coproductores de dichos Estados sea mayoritaria en el coste total de la coproducción, y ésta no sea controlada por uno o varios productores establecidos fuera de dichos Estados.

b. Las obras coproducidas en el marco de acuerdos relativos al sector audiovisual concertados entre la Unión Europea y terceros países que satisfagan las condiciones fijadas en los mismos, siempre que las obras de los Estados miembros no estén sometidas a medidas discriminatorias en el tercer país de que se trate.

c. Las obras que no sean europeas con arreglo al apartado a), pero que se hayan producido en el marco de tratados de coproducción bilaterales celebrados entre los Estados miembros y terceros países, siempre que la contribución de los coproductores comunitarios en el coste total de la producción sea mayoritaria y que dicha producción no esté controlada por uno o varios productores establecidos fuera del territorio de los Estados miembros.

13. Responsabilidad editorial.

Se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados.

14. Servicios conexos e interactivos.

Son los contenidos o servicios, asociados o no a los programas audiovisuales, que son incorporados por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual o por los operadores de comunicaciones electrónicas a los que la ciudadanía puede acceder a través de distintos procedimientos vinculados o no con el canal de difusión.

Este acceso puede estar o no vinculado a un canal de retorno, según el grado de interactividad del servicio que se preste.

Cuando no exista este canal de retorno, la interactividad consistirá en la transmisión continua y sucesiva de datos a los que el ciudadano accederá libremente o previa autorización del prestador. La información será almacenada en un receptor y se renovará con la periodicidad que establezca el prestador del servicio.

Cuando exista canal de retorno, el usuario interactuará con el prestador del servicio, posibilitando el acceso a contenidos adicionales vinculados o no a los programas audiovisuales y la navegación por ellos así como el envío de respuestas, incluido el envío de datos que permitan realizar transacciones económicas por parte de los usuarios así como la comunicación entre distintos usuarios.

15. Prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión.

La persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica.

16. Prestador de un servicio de catálogo de programas.

La persona física o jurídica reconocida como prestador de servicio de comunicación audiovisual en la modalidad de comunicación audiovisual a petición que, directa o indirectamente, ofrece bajo demanda de clientes minoristas el visionado de películas cinematográficas, películas para televisión y series para televisión en un reproductor fijo, portátil o móvil con acceso a redes de IP.

17. Películas cinematográficas de largometraje.

La película cinematográfica que tenga una duración de sesenta minutos o superior, así como la que, con una duración superior a cuarenta y cinco minutos, sea producida en soporte de formato 70 mm., con un mínimo de 8 perforaciones por imagen.

18. Películas cinematográficas de cortometraje.

La película cinematográfica que tenga una duración inferior a sesenta minutos, excepto las de formato de 70 mm. que se contemplan en la letra anterior.

19. Película para televisión.

La obra audiovisual unitaria de ficción, con características creativas similares a las de las películas cinematográficas, cuya duración sea superior a 60 minutos e inferior a 200 minutos, tenga desenlace final y con la singularidad de que su explotación comercial esté destinada a su emisión o radiodifusión por operadores de televisión y no incluya, en primer término, la exhibición en salas de cine. Cuando sea oportuno en razón de su duración, podrá ser objeto de emisión dividida en dos partes.

20. Miniseries de Televisión:

Aquellas películas para televisión que, por razón de su duración, puedan ser objeto de emisión dividida en dos partes y que, cuando tenga lugar su emisión en estas condiciones, la duración conjunta de estas películas no supere los 200 minutos.

21. Series de televisión.

La obra audiovisual formada por un conjunto de episodios de ficción, animación o documental con o sin título genérico común, destinada a ser emitida o radiodifundida por operadores de televisión de forma sucesiva y continuada, pudiendo cada episodio corresponder a una unidad narrativa o tener continuación en el episodio siguiente.

22. Productor independiente.

El productor es la persona física o jurídica que asume la iniciativa, la coordinación y el riesgo económico de la producción de contenidos audiovisuales. El productor independiente es la persona física o jurídica que produce esos contenidos, por iniciativa propia o por encargo, y a cambio de contraprestación los pone a disposición de un prestador de servicio de comunicación audiovisual con el que no está vinculado de forma estable en una estrategia empresarial común.

Se presume que están vinculados de forma estable cuando son parte del mismo grupo de sociedades conforme al artículo 42 del Código de Comercio, o cuando existen acuerdos estables de exclusividad que limitan la autonomía de las partes para contratar con terceros.

23. Productor de obras audiovisuales para televisión.

Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa y asume la responsabilidad de la creación de una obra audiovisual que no esté destinada a ser exhibida en salas cinematográficas, incluyendo las retransmisiones en vivo de acontecimientos que,

en su origen, sean producidas con técnicas de televisión y sean susceptibles de exhibición en salas cinematográficas.

24. Comunicación comercial audiovisual.

Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio.

En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto.

25. Mensaje publicitario.

Toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones.

26. Televenta.

La comunicación audiovisual televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones.

27. Telepromoción.

La comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de manera que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente.

28. Autopromoción.

La comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de ellos.

29. Patrocinio.

Cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audio-

visuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos.

30. Patrocinio Cultural.

Cualquier contribución de una Institución, Empresa o Fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa.

31. Emplazamiento de producto.

Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa.

32. Comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta.

La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.

33. Publicidad subliminal.

Es publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

**Artículo 3.
Ámbito de
aplicación.**

1. Los servicios de comunicación audiovisual están sujetos a lo dispuesto en esta Ley siempre que el prestador del servicio de comunicación audiovisual se encuentre establecido en España.

Se considera que un prestador de servicios de comunicación audiovisual está establecido en España en los siguientes supuestos:

a. Cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España y las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en España.

b. Cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, se considera que el prestador está establecido en España cuando trabaje una parte significativa del personal que realiza las actividades de los servicios de comunicación audiovisual.

En el caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual trabaje en España y en el otro Estado miembro, se considerará que el prestador del servicio de comunicación audiovisual está establecido en España cuando tenga su sede central en España.

En el caso de que una parte significativa del personal que realiza las actividades de servicios de comunicación audiovisual no trabaje ni en España ni en ningún Estado miembro, se considerará que el prestador del servicio de comunicación audiovisual está establecido en España si inició por primera vez su actividad en España, siempre y cuando mantenga un vínculo estable y efectivo con la economía de España.

c. Cuando el prestador de servicios de comunicación audiovisual tiene su sede central en España, pero las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual se toman en un tercer país, o viceversa, se considerará que está establecido en España siempre que una parte significativa del personal que realiza las actividades de comunicación audiovisual trabaje en España.

Se considera que un prestador de servicios de comunicación audiovisual al que no se le aplique lo establecido en el apartado anterior, está sometido a la jurisdicción de España en los siguientes casos:

- a. si el prestador de servicios de comunicación audiovisual utiliza un enlace ascendente con un satélite situado en España,
- b. si, aunque no use un enlace ascendente con un satélite situado en un Estado miembro, utiliza una capacidad de satélite perteneciente a España.

2. Están excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley sin perjuicio de las obligaciones que les correspondan de acuerdo con esta Ley:

- a. Las redes y servicios de comunicaciones electrónicas utilizados para el transporte y difusión de la señal de los servicios de comunicación audiovisual, sus recursos asociados y los equipos técnicos necesarios para la recepción de la comunica-

ción audiovisual. Su régimen es el propio de las telecomunicaciones.

b. Las personas físicas o jurídicas que únicamente difundan o transporten la señal de programas audiovisuales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros.

c. Las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico, a excepción de los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro del artículo 32 de esta Ley, así como los servicios que no constituyan medios de comunicación en masa, es decir, que no estén destinados a una parte significativa del público y no tengan un claro impacto sobre él, y en general cualesquiera actividades que no compitan por la misma audiencia que las emisiones de radiodifusión televisiva. En particular, están excluidos del alcance de la Ley los sitios web de titularidad privada y los que tengan por objeto contenido audiovisual generado por usuarios privados.

TÍTULO II

Normativa básica para la Comunicación Audiovisual

Capítulo I

Los derechos del público

Artículo 4.
El derecho a recibir una comunicación audiovisual plural

1. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios, tanto públicos, comerciales como comunitarios que reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad. Además, todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una diversidad de fuentes y de contenidos y a la existencia de diferentes ámbitos de cobertura, acordes con la organización territorial del Estado. Esta prestación plural debe asegurar una comunicación audiovisual cuya programación incluya distintos géneros y atienda a los diversos intereses de la sociedad, especialmente cuando se realice a través de prestadores de titularidad pública. Reglamentariamente se determinarán los requisitos y condiciones en que deberán prestarse los servicios audiovisuales de pago.

2. La comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia

personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres.

3. Los operadores de servicios de comunicación audiovisual promoverán el conocimiento y la difusión de las lenguas oficiales en el Estado y de sus expresiones culturales. En este sentido, los operadores de titularidad pública contribuirán a la promoción de la industria cultural, en especial a la de creaciones audiovisuales vinculadas a las distintas lenguas y culturas existentes en el Estado.

4. 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.

5. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación informativa se elabore de acuerdo con el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información y a que sea respetuosa con el pluralismo político, social y cultural.

6. Todas las personas tienen el derecho a ser informados de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión.

**Artículo 5.
El derecho a la
diversidad cultu-
ral y lingüística**

1. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual incluya una programación en abierto que refleje la diversidad cultural y lingüística de la ciudadanía.

Las Comunidades Autónomas con lengua propia podrán aprobar normas adicionales para los servicios de comunicación audiovisual de su ámbito competencial con el fin de promover la producción audiovisual en su lengua propia.

2. Para la efectividad de este derecho, los prestadores del servicio de comunicación televisiva de cobertura estatal o autonómica deben reservar a obras europeas el 51% del tiempo de emisión anual de cada canal o conjunto de canales de un mismo prestador con exclusión del tiempo dedicado a informaciones, manifestaciones deportivas, juegos, publicidad, servicios de teletexto y televenda. A su vez, el 50% de esa cuota queda reservado para obras europeas en cualquiera de las lenguas españolas. En todo caso, el 10% del total de emisión estará reservado a productores independientes del prestador de servicio y la mitad de ese 10% debe haber sido producida en los últimos cinco años.

Los prestadores de un catálogo de programas deben reservar a obras europeas el 30% del catálogo. De esa reserva la mitad lo será en alguna de las lenguas oficiales de España.

3. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, con el 5 % de los ingresos devengados en el ejercicio anterior conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emiten estos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica esta obligación será del 6 %.

La financiación de las mencionadas obras audiovisuales podrá consistir en la participación directa en su producción o en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas.

Como mínimo, el 60 % de esta obligación de financiación, y el 75 % en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, deberá dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género.

En todo caso, el 60 % de esta obligación de financiación se destinará a la producción en alguna de las lenguas oficiales en España.

De este importe, al menos el 50 % deberá aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes. En las coproducciones no se contabilizará a estos efectos la aportación del productor independiente.

Asimismo, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual deberán dedicar como mínimo un 40 %, y el 25 % en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública del total de su respectiva obligación de financiación a películas, series o miniseries para televisión. Dentro de estos porcentajes, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública deberán dedicar un mínimo del 50% a películas o miniseries para televisión.

Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuya obligación de inversión venga derivada de la emisión, en exclusiva o en un porcentaje superior al 70% de su tiempo total de emisión anual, de un único tipo de contenidos, siendo éstos películas cinematográficas, series de televisión, producciones

de animación o documentales, podrán materializarla invirtiendo únicamente en este tipo de contenidos siempre que se materialicen en soporte fotoquímico o en soporte digital de alta definición.

No podrá computarse a los efectos de este artículo la inversión o la compra de derechos de películas que sean susceptibles de recibir la calificación X de conformidad con la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine.

También están sometidos a la obligación de financiación establecida en este artículo los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas.

Quedan excluidas de esta obligación las televisiones locales que no formen parte de una red nacional.

El control y seguimiento de las obligaciones contenidas en este punto corresponderá al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, previo dictamen preceptivo del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, y sin perjuicio de sus competencias en el ámbito de la industria cinematográfica. Reglamentariamente se establecerán el procedimiento, los mecanismos de cómputo y la información que podrá recabarse de los operadores. Ello no obstante para las emisiones de cobertura limitada al ámbito de una Comunidad Autónoma, dicho control y seguimiento corresponderá al Órgano audiovisual autonómico competente.

Por acuerdo entre uno o varios prestadores de servicios de ámbito estatal o autonómico sujetos a la obligación de financiación establecida en este artículo y una o varias asociaciones que agrupen a la mayoría de los productores cinematográficos, podrá pactarse la forma de aplicación de las obligaciones de financiación previstas en este artículo, respetando las proporciones establecidas en la misma.

Previamente a la firma del acuerdo, las partes recabarán del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales un informe sobre la conformidad del mismo con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de las funciones que sobre la valoración de dichos acuerdos ostente la Comisión Nacional de la Competencia.

Reglamentariamente se establecerán los procedimientos necesarios para garantizar la adecuación del acuerdo con lo establecido en esta Ley. En todo caso, el régimen establecido en dicho acuerdo regirá respecto de las relaciones que se establezcan entre el prestador o prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva firmantes y todos los productores que actúen en el ámbito de aplicación de aquél, sin

que pueda limitarse su cumplimiento a los productores miembros de la asociación o asociaciones que lo hubiesen suscrito.

**Artículo 6.
El derecho a una
comunicación
audiovisual
transparente**

1. Todos tienen el derecho a conocer la identidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual, así como las empresas que forman parte de su grupo y su accionariado.

A tal efecto, se considera que el prestador está identificado cuando dispone de un sitio web en el que hace constar: el nombre del prestador del servicio; su dirección de establecimiento; correo electrónico y otros medios para establecer una comunicación directa y rápida; y el órgano regulador o supervisor competente.

2. Todos tienen el derecho a conocer la programación televisiva con una antelación suficiente, que en ningún caso será inferior a 3 días. En el caso de la programación televisiva, además la programación se dará a conocer mediante una guía electrónica de programas, cuyo contenido gratuito básico deberá estar asimismo disponible en un servicio de información de programación en Internet mediante un archivo procesable por máquinas, de formato descargable, cuya estructura deberá ser de conocimiento público, y ubicado en una página web cuya disponibilidad será responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual. La programación sólo podrá ser alterada por sucesos ajenos a la voluntad del prestador del servicio audiovisual o por acontecimientos sobrevenidos de interés informativo o de la programación en directo. El servicio de información de la programación en Internet deberá disponer de mecanismos de aviso de que la programación ha sufrido modificaciones de última hora.

3. Las informaciones a que se refiere este artículo contenidas en páginas de Internet, guías electrónicas de programas y otros medios de comunicación de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que sirvan para hacer efectivo el derecho a la transparencia regulado en este artículo, deberán ser accesibles a las personas con discapacidad.

4. Los poderes públicos y los prestadores del servicio de comunicación audiovisual deben contribuir a la alfabetización mediática de los ciudadanos.

5. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente.

6. Las páginas de Internet, las guías electrónicas de programas y demás canales o vías de comunicación de los prestadores del servicio que sirvan para hacer efectivo el derecho a la transparencia regulado en este artículo, deberán ser accesibles a las personas con discapacidad.

**Artículo 7.
Los derechos
del menor**

1. Los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente.

En todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación.

2. Está prohibida la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. El acceso condicional debe posibilitar el control parental.

Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse 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 habrá de mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos.

Asimismo, se establecen tres franjas horarias consideradas de protección reforzada tomando como referencia el horario peninsular: entre las 8 y las 9 horas y entre las 17 y las 20 horas en el caso de los días laborables y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal. Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo a lo largo de la emisión del programa que los incluye el indicativo visual de su calificación por edades.

Será de aplicación la franja de protección horaria de sábados y domingos a los siguientes días: 1 y 6 de enero, Viernes Santo, 1 de mayo, 12 de octubre, 1 de noviembre y 6, 8 y 25 de diciembre.

Todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, incluidos los de a petición, utilizarán, para la clasificación por edades de sus contenidos, una codificación digital que permita el ejercicio del control parental. El sistema

de codificación deberá estar homologado por la Autoridad Audiovisual.

Los programas dedicados a juegos de azar y apuestas, sólo pueden emitirse entre la una y las cinco de la mañana. Aquellos con contenido relacionado con el esoterismo y las paraciencias, sólo podrán emitirse entre las 22 y las 7 de la mañana. En todo caso, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los fraudes que se puedan producir a través de estos programas.

Quedan exceptuados de tal restricción horaria los sorteos de las modalidades y productos de juego con finalidad pública.

En horario de protección al menor, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual no podrán insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética.

3. Las comunicaciones comerciales no deberán producir perjuicio moral o físico a los menores. En consecuencia tendrán las siguientes limitaciones:

a. No deben incitar directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad.

b. No deben animar directamente a los menores a que persuadan a sus padres o terceros para que compren bienes o servicios publicitados.

c. No deben explotar la especial relación de confianza que los menores depositan en sus padres, profesores, u otras personas.

d. No deben mostrar, sin motivos justificados, a menores en situaciones peligrosas.

e. No deben incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres.

f. Las comunicaciones comerciales sobre productos especialmente dirigidos a menores, como los juguetes, no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el menor para utilizarlas sin producir daño para sí o a terceros.

4. La autoridad audiovisual competente promoverá entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva el impulso de códigos de conducta en relación con la

comunicación comercial audiovisual inadecuada, que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos, de alimentos y bebidas que contengan nutrientes y sustancias con un efecto nutricional o fisiológico, en particular aquellos tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares, para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total.

5. Cuando se realice el servicio de comunicación audiovisual mediante un catálogo de programas, los prestadores deberán elaborar catálogos separados para aquellos contenidos que no deban ser de acceso a menores.

6. Todos los productos audiovisuales distribuidos a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva deben disponer de una calificación por edades, de acuerdo con las instrucciones sobre su gradación que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

La gradación de la calificación debe ser la homologada por el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

Corresponde a la autoridad audiovisual competente, la vigilancia, control y sanción de la adecuada calificación de los programas por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

**Artículo 8.
Los derechos de
las personas con
discapacidad.**

1. Las personas con discapacidad visual o auditiva tienen el derecho a una accesibilidad universal a la comunicación audiovisual, de acuerdo con las posibilidades tecnológicas.

2. Las personas con discapacidad auditiva tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, subtitule el 75% de los programas y cuente al menos con dos horas a la semana de interpretación con lengua de signos.

3. Las personas con discapacidad visual tienen el derecho a que la comunicación audiovisual televisiva, en abierto y cobertura estatal o autonómica, cuente al menos con dos horas audiodescritas a la semana.

4. Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para las personas con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas.

Con objeto de garantizar la calidad del servicio y la satisfacción de las personas destinatarias, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual deberán atenerse, en la

aplicación de las medidas de accesibilidad, a las normas técnicas vigentes en cada momento en relación con la subtitulación, la emisión en lengua de signos y la audio-descripción. Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual podrán emplear, excepto la Corporación RTVE, el patrocinio para sufragar las medidas de accesibilidad.

5. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual procurarán ofrecer en sus emisiones una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana, evitando difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir. De igual modo, procurarán que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

**Artículo 9.
El derecho a la
participación en
el control de los
c o n t e n i d o s
audiovisuales**

1. Cualquier persona física o jurídica puede solicitar a la autoridad audiovisual competente el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o los códigos de autorregulación.

La autoridad, si lo considera oportuno, dictará recomendaciones para un mejor cumplimiento de la normativa vigente.

2. Cuando la autoridad audiovisual competente aprecie que se ha emitido un contenido aparentemente ilícito dará audiencia al prestador del servicio implicado y, en su caso, a la persona que solicitó la intervención de la autoridad.

La autoridad audiovisual competente podrá alcanzar acuerdos con el prestador de servicios para modificar el contenido audiovisual o, en su caso, poner fin a la emisión del contenido ilícito. El efectivo cumplimiento del acuerdo por parte del prestador pondrá fin a los procedimientos sancionadores que se hubiesen iniciado en relación con el contenido audiovisual objeto del acuerdo cuando se tratare de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción leve. La reincidencia por un comportamiento análogo en un plazo de noventa días tendrá la consideración de infracción grave.

3. Cuando el contenido audiovisual contradiga un código de autorregulación suscrito por el prestador, la autoridad requerirá a éste la adecuación inmediata del contenido a las disposiciones del código o la finalización de su emisión.

4. La autoridad audiovisual competente deberá llevar a cabo actuaciones destinadas a articular la relación de los prestadores

del servicio de comunicación audiovisual con las víctimas de acontecimientos especialmente graves.

5. Las previsiones contenidas en el presente artículo se entienden sin perjuicio de las especificidades que se derivan de la normativa en materia de procedimiento sancionador dictada por las Comunidades Autónomas.

Capítulo II

Los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual

Sección I

Libertad en la dirección editorial, el derecho de acceso y el derecho a la autorregulación

Artículo 10.
La libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a fijar la dirección editorial mediante la selección de los contenidos y la determinación de los horarios.

2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a organizar sus contenidos a través de un canal o de un catálogo de programas.

3. La libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual se ejercerá de acuerdo a las obligaciones que como servicio de interés general son inherentes a la comunicación audiovisual y a lo previsto en la normativa en materia audiovisual.

4. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual facilitarán el acceso a la documentación, instalaciones y equipos a las autoridades competentes para el cumplimiento de la normativa vigente.

Artículo 11.
El derecho de acceso a los servicios de comunicación electrónica.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho de acceder a los servicios de comunicación electrónica para la emisión de canales y catálogos de programas con las limitaciones derivadas de las capacidades técnicas y de acuerdo asimismo con lo establecido en la normativa sectorial de telecomunicaciones y servicios de comunicaciones electrónicas. Los términos y condiciones de tal acceso serán libremente pactados por las partes.

Artículo 12.
El derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración.

Dichos códigos deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo.

2. Cuando un prestador apruebe un código por sí solo, o bien en colaboración con otros prestadores, o se adhiera a un código ya existente, deberá comunicarlo tanto a las autoridades audiovisuales competentes como al organismo de representación y consulta de los consumidores que correspondan en función del ámbito territorial de que se trate. Para los prestadores de ámbito estatal, dicho órgano es el Consejo de Consumidores y Usuarios. La autoridad audiovisual verificará la conformidad con la normativa vigente y de no haber contradicciones dispondrá su publicación.

3. Las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos y, entre éstos, del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia.

4. Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto.

Sección II

El derecho a realizar comunicaciones comerciales

Artículo 13.
El derecho a crear canales de comunicación comercial y programas o anuncios de autopromoción

1. Los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a crear canales dedicados exclusivamente a emitir mensajes publicitarios y mensajes de venta por televisión. Los mensajes de los citados programas están sometidos al régimen general dispuesto en esta sección, excepto en lo relativo a las limitaciones de tiempo para los mensajes publicitarios a que se refiere el artículo 14, y en la normativa específica sobre publicidad.

La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial.

2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas que informen sobre su

programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas.

Estos programas y anuncios no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial.

**Artículo 14.
El derecho a
emitir mensajes
publicitarios**

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la teletienda, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj.

2. Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la teletienda deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. El nivel sonoro de los mensajes publicitarios no puede ser superior al nivel medio del programa anterior.

3. En la emisión de publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación publicidad.

4. Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman.

La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de treinta minutos. En el caso de los programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de treinta minutos, si el programa dura más de treinta minutos.

Las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido. En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento.

No se insertará publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos.

Artículo 15.
El derecho a emitir mensajes de venta

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir mensajes de venta por televisión. La emisión televisiva de estos mensajes deberá realizarse en los términos previstos en el artículo anterior y en la normativa específica sobre publicidad.

2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas de televenta siempre que tengan una duración ininterrumpida mínima de 15 minutos.

Artículo 16.
El derecho al patrocinio

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los programas de contenido informativo de actualidad.

2. El público debe ser claramente informado del patrocinio al principio, al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan o al final del programa mediante el nombre, el logotipo, o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador.

3. El patrocinio no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a éstos.

Además, el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de manera que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual.

**Artículo 17.
El derecho al
emplazamiento
de productos**

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento.

En el resto de programas únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.

2. Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.

3. El emplazamiento no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto.

4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil.

**Artículo 18.
Comunicaciones
comerciales
prohibidas en
cualquiera de sus
formas**

1. Además de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con la publicidad ilícita, está prohibida toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Igualmente está prohibida toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

2. Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales.

3. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud.

En todo caso está prohibida:

a. La comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen.

b. La comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga lo dispuesto en el artículo 78, apartados 1 y 5, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

c. La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados.

d. La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

e. La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.

4. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para el medio ambiente.

5. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la seguridad de las personas.

6. Está prohibida la comunicación comercial televisiva de naturaleza política, salvo en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

7. La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad.

Sección III

La contratación en exclusiva de la emisión por televisión de contenidos audiovisuales

Artículo 19.
El derecho a contratar la emisión en exclusiva de contenidos audiovisuales

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a contratar contenidos audiovisuales para su emisión en abierto o codificado, reservándose la decisión sobre el horario de emisión, sin perjuicio de lo establecido en la normativa reguladora de las competiciones deportivas de carácter profesional.

2. El derecho de emisión en exclusiva no se ejercerá de tal modo que prive a una parte sustancial del público residente en otro Estado miembro de la posibilidad de seguir acontecimientos calificados de interés general para la sociedad.

3. El derecho de emisión en exclusiva no puede limitar el derecho a la información de los ciudadanos. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general para la sociedad deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias. Este servicio se

utilizará únicamente para programas de información general y sólo podrá utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido.

No será exigible contraprestación alguna cuando el resumen informativo sobre un acontecimiento, conjunto unitario de acontecimientos o competición deportiva se emita en un informativo, en diferido y con una duración inferior a tres minutos. La excepción de contraprestación no incluye, sin embargo, los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual pueden acceder, en la zona autorizada, a los espacios en los que se celebre tal acontecimiento.

4. En el supuesto de que el organizador del evento no esté establecido en España, la obligación de acceso recaerá sobre el titular de los derechos exclusivos que asuma la retransmisión en directo.

**Artículo 20.
La potestad para
excluir la emi-
sión codificada
de acontecimen-
tos de interés
general para la
sociedad**

1. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales debe fijar mediante decisión motivada un catálogo con vigencia bienal donde se recojan los acontecimientos de interés general para la sociedad que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal.

Al hacerlo, se determinará también si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo, o en caso necesario, por razones de interés público, total o parcialmente en diferido.

Los acontecimientos de interés general para la sociedad que pueden incluirse en el citado catálogo habrán de escogerse del siguiente elenco:

- a. Los juegos olímpicos de invierno y de verano.
- b. Los partidos oficiales de la selección española absoluta de fútbol y de baloncesto.
- c. Las semifinales y la final de la Eurocopa de fútbol y del Mundial de fútbol.
- d. La final de la Champions League de fútbol y de la Copa del Rey de fútbol.
- e. Un partido por jornada de la Liga Profesional de Fútbol de la Primera División, designado por ésta con una antelación mínima de 10 días.
- f. Grandes Premios de automovilismo que se celebren en España.

- g. Grandes Premios de motociclismo que se celebren en España.
- h. Participación de la Selección Española Absoluta en los Campeonatos de Europa y del Mundo de balonmano.
- i. La Vuelta Ciclista a España.
- j. El Campeonato del Mundo de ciclismo.
- k. La participación española en la Copa Davis de tenis.
- l. La participación de tenistas españoles en las semifinales y la final de Roland Garros.
- m. Participación española en los Campeonatos del Mundo y Europa de atletismo y natación.
- n. Grandes premios o competiciones nacionales e internacionales que se celebren en España y cuenten con subvención pública estatal o autonómica.

Excepcionalmente y por mayoría de dos tercios, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podrá incluir dentro del catálogo otros acontecimientos que considere de interés general para la sociedad.

El catálogo y las medidas para su ejecución han de ser notificados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Europea.

2. Cuando uno de esos acontecimientos esté contratado para su emisión en exclusiva por un prestador del servicio de comunicación audiovisual que emite toda su programación codificada, podrá elegir entre emitir en directo y en abierto el acontecimiento o venderlo a otro prestador para su emisión en abierto y al precio fijado mediante subasta entre los prestadores interesados. En caso de que no reciba ninguna oferta, el prestador titular de los derechos de emisión en exclusiva está obligado a emitir el acontecimiento en abierto, sea en directo o en diferido.

3. Cuando uno de esos acontecimientos esté contratado para su emisión en exclusiva por un prestador del servicio de comunicación audiovisual que emite en abierto en un ámbito de cobertura inferior al estatal, conservará el derecho de emisión en exclusiva para su ámbito de cobertura. No obstante, habrá de vender a un prestador de cobertura estatal o a una serie de prestadores que cubran todo el territorio, la emisión en abierto y directo para el resto del territorio estatal, a un precio fijado mediante subasta entre los interesados. En caso de que no existan ofertas conservará su derecho a emitir en exclusiva en su ámbito de cobertura.

4. Cuando uno de esos acontecimientos no esté contratado para su comunicación audiovisual televisiva, el titular de los derechos habrá de vender el derecho de emisión en abierto y directo con cobertura estatal a un precio fijado mediante subasta entre los interesados.

**Artículo 21.
Compraventa de
derechos exclu-
sivos de las com-
peticiones futbo-
lísticas españo-
las regulares**

1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia.

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización.

2. La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia.

Título III

Normas básicas para la regulación y coordinación del mercado de comunicación audiovisual

Capítulo I

Régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado transparente y plural

Sección I

Los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general

**Artículo 22.
Régimen jurídi-
co de los servi-
cios de comuni-
cación audio-
visual de interés
general**

1. Los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y

social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos.

2. La prestación del servicio requiere comunicación fehaciente ante la autoridad audiovisual competente y previa al inicio de la actividad.

3. Cuando dichos servicios se presten mediante ondas hertzianas terrestres necesitarán licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente.

En el ámbito de cobertura estatal la competencia para el otorgamiento de las licencias, incluidas las de radiodifusión digital terrenal y onda media corresponde al Gobierno, sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas.

A tal efecto, el Gobierno establecerá, de acuerdo con las Comunidades Autónomas, los mecanismos de colaboración y cooperación que aseguren la participación de las Comunidades Autónomas en la planificación de licencias audiovisuales en el ámbito estatal.

Para la prestación del servicio de comunicación televisiva las licencias de ámbito local podrán dar cobertura a uno o a varios municipios limítrofes y, en su caso, a un ámbito insular completo.

El otorgamiento de una licencia de televisión de ámbito local no faculta para la emisión en cadena con otras entidades autorizadas, durante más del 25% del tiempo total semanal, aunque sea en horario diferente. En ningún caso este porcentaje puede concentrarse en el horario de 21 a 24 horas.

No se considerará emisión en cadena la emisión de programas que hayan sido co-producidos o producidos de forma sindicada por los prestadores del servicio de comunicación televisiva de ámbito local. El porcentaje de sindicación mínima para la aplicación de este supuesto será del 12% del total del proyecto.

4. El derecho de emisión en cadena previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la plena competencia de las Comunidades Autónomas con relación a los prestadores que hayan obtenido licencias en sus respectivos ámbitos territoriales.

5. Se reconoce el derecho de los prestadores del servicio de comunicación radiofónica a emitir parte de su programación en cadena, cuando un mismo prestador haya obtenido licencias en diversos ámbitos territoriales o haya alcanzado acuerdos con otros titulares de licencias en una o varias Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las obligaciones legales o

concesionales a que puedan estar sujetos en las diversas Comunidades Autónomas.

Artículo 23.
La comunicación previa

1. El procedimiento regulador de comunicación previa será el que fije el Gobierno y las Comunidades Autónomas en el marco de su respectivo ámbito competencial.

2. La comunicación previa no producirá ningún efecto en los siguientes casos:

a. Cuando sea realizada por quien, habiendo efectuado ya una comunicación previa, u obtenido una licencia previa para cualquier ámbito de cobertura, haya sido sancionado con la privación de sus efectos o con su revocación en los dos años anteriores mediante resolución administrativa firme.

b. Cuando sea efectuada por aquellos que habiendo prestado servicios audiovisuales en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo hayan visto prohibidas sus actividades durante los dos últimos años por atentar contra los principios y valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos o lo dispuesto en la normativa europea en materia de protección de menores.

3. Cuando el servicio audiovisual prestado sea de pago, el sistema de codificación deberá estar homologado por la Autoridad Audiovisual.

Artículo 24.
Régimen jurídico de las licencias audiovisuales

1. La licencia deberá concretar el ámbito de cobertura territorial de la emisión, el número de canales, el múltiplex asignado y si éste será en abierto o en acceso condicional mediante pago.

Los sistemas y servicios de acceso condicional empleados para acceder al servicio de televisión digital terrestre en la modalidad de pago mediante acceso condicional deberán ser abiertos, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 24 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

2. La adjudicación de licencia lleva aparejada la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico de conformidad con la planificación establecida por el Estado. Las mejoras tecnológicas que permitan un mayor aprovechamiento del dominio público para la comunicación audiovisual, no habilitarán para rebasar las condiciones establecidas en la licencia, y en particular para disfrutar de un mayor número de canales de pago o en abierto cuya emisión se hubiera habilitado.

3. Será posible explotar canales con contenidos total o parcialmente de pago siempre que la ocupación de espectro radioeléctrico sea inferior o igual al 50% del conjunto del espectro asignado. En todo caso, el sistema de codificación deberá estar homologado por la Autoridad Audiovisual. Dicho sistema de homologación deberá ser reglado, claro, inequívoco, imparcial, transparente y proporcionado.

4. Si al amparo del artículo 22 de esta Ley uno o más titulares de licencias para la prestación de un servicio de comunicación audiovisual radiofónica de ámbito estatal decidieran emitir en cadena deberán comunicarlo a la Autoridad Audiovisual e inscribir dicha decisión en el Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22.3.

Artículo 25.
Requisitos para ser titular de una licencia de comunicación audiovisual.

Para ser titular de una licencia será necesario cumplir los siguientes requisitos:

1. En el caso de personas físicas, tener la nacionalidad de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o la de cualquier Estado que, de acuerdo con su normativa interna, reconozca este derecho a los ciudadanos españoles.

2. En el caso de personas jurídicas, tener establecido su domicilio social en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en cualquier Estado que, de acuerdo con su normativa interna, reconozca este derecho a las empresas españolas.

3. El titular debe tener un representante domiciliado en España a efectos de notificaciones.

4. En el caso de personas jurídicas, la participación en su capital social de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo deberá cumplir el principio de reciprocidad.

Además, la participación individual de una persona física o jurídica nacional de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo no podrá superar directa o indirectamente el 25% del capital social. Asimismo, el total de las participaciones en una misma persona jurídica de diversas personas físicas o jurídicas de nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo deberá ser inferior al 50% del capital social.

Artículo 26.
Limitaciones por razones de orden público audiovisual.

1. En ningún caso podrán ser titulares de una licencia las personas físicas o jurídicas que se encuentren en alguna de las circunstancias siguientes:

a. Aquellas que, habiendo sido titulares de una licencia o efectuado una comunicación previa para cualquier ámbito de cobertura, hayan sido sancionadas con su revocación o con la privación de sus efectos en los dos últimos años anteriores a la solicitud mediante resolución administrativa firme.

b. Aquellas sociedades en cuyo capital social tengan una participación significativa o, en su caso, de control, directo o indirecto, personas que se encuentren en la situación anterior.

c. Aquellas que habiendo prestado servicios audiovisuales en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo hayan visto prohibidas sus actividades durante los dos últimos años por atentar contra los principios y valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos o lo dispuesto en materia de protección de menores en la normativa europea y española.

d. Aquellas personas incurso en alguna de las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 49 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

2. No producirá ningún efecto la comunicación previa para la prestación de un servicio de comunicación audiovisual que haya sido presentada por una persona física o jurídica que se encuentre en alguna de las circunstancias expresadas en el apartado 1.

Artículo 27.
Concursos para la concesión de licencias de prestación de servicios audiovisuales.

1. Los concursos de otorgamiento de licencias para la prestación de servicios audiovisuales se regirán por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en lo no dispuesto por la presente Ley así como, en sus respectivos ámbitos de competencias, por lo previsto en la legislación autonómica de desarrollo.

2. Todas las licencias disponibles de la misma naturaleza e idéntico ámbito de cobertura deberán ofrecerse de forma simultánea, y previa confirmación de existencia de espacio radioeléctrico suficiente. No obstante, en el marco de lo dispuesto, en su caso, por el Plan Técnico Nacional de oferta de licencias, a desarrollar reglamentariamente, cuando haya quedado liberada una única licencia, la Administración competente deberá proceder a convocar el concurso para su adjudicación en un plazo máximo de tres meses sin esperar a que queden liberados más títulos habilitantes.

3. En la convocatoria del concurso se especificarán para cada licencia las condiciones de prestación del servicio. El acto de otorgamiento de la licencia precisará con toda exactitud las condiciones que tienen el carácter de esenciales.

4. Transcurridos como máximo seis meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la Administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o determinado su destinación al servicio de comunicación de interés general, cualquier interesado podrá proponer convocar el correspondiente concurso.

Transcurridos doce meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la Administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o convocado el correspondiente concurso, y sin que ningún interesado haya instado dicha convocatoria, dicha reserva decaerá y se excluirá automáticamente de la planificación radioeléctrica.

5. El órgano competente deberá convocar, en un plazo máximo de tres meses después del vencimiento de la licencia, el correspondiente concurso para la adjudicación de las licencias de idéntica naturaleza que, en su caso, hayan quedado vacantes. Transcurrido dicho plazo, cualquier interesado estará legitimado para instar la convocatoria, que deberá producirse antes del plazo que establezca la normativa de aplicación desde la presentación de la solicitud.

**Artículo 28.
Duración y renovación de las licencias audiovisuales.**

1. Las licencias audiovisuales serán otorgadas por un plazo de quince años.

2. Las sucesivas renovaciones de las licencias serán automáticas, y por el mismo plazo estipulado inicialmente para su disfrute, siempre que:

a. Se satisfagan las mismas condiciones exigidas que para ser titular de ella y se hayan cumplido las establecidas para la prestación del servicio.

b. No existan obstáculos técnicos sobrevenidos e insalvables en relación con el espectro de las licencias afectadas.

c. El titular del servicio se encuentre al corriente en el pago de las tasas por la reserva del dominio público radioeléctrico, y de las previstas en esta Ley.

3. Excepcionalmente la renovación automática de la licencia prevista en el apartado anterior no tendrá lugar y deberá

procederse a su adjudicación en régimen de libre concurrencia en el caso de que concurran los siguientes requisitos:

- a. Que el espectro radioeléctrico esté agotado.
- b. Que exista un tercero o terceros que pretendan la concesión de la licencia.
- c. Que lo hayan solicitado con un plazo de antelación de al menos 24 meses respecto de la fecha de vencimiento.
- d. Que el solicitante o los solicitantes cumplan los mismos requisitos que fueron tenidos en cuenta para la obtención de la licencia por parte del adjudicatario o adjudicatarios.

El concurso para la adjudicación de la licencia en régimen de concurrencia deberá ser resuelto en el plazo máximo de seis meses, y en las bases de la convocatoria se deberá incluir la experiencia de los concurrentes, su solvencia y los medios con que cuenten para la explotación de la licencia, como criterios que habrán de ser tenidos en cuenta en la adjudicación.

Artículo 29.
Negocios jurídicos sobre licencias de comunicación audiovisual

1. La celebración de negocios jurídicos cuyo objeto sea una licencia de comunicación audiovisual requerirá autorización previa de la autoridad audiovisual competente y estarán sujetos, en todo caso, al pago de una tasa que será determinada por el Gobierno, para las licencias de ámbito estatal, o por las Comunidades Autónomas, para el resto de los supuestos. Esta autorización sólo podrá ser denegada cuando el solicitante no acredite el cumplimiento de todas las condiciones legalmente establecidas para su obtención o no se subroge en las obligaciones del anterior titular.

2. La transmisión y arrendamiento estarán sujetos, además, a las siguientes condiciones:

a. Para la celebración de ambos negocios jurídicos deberán haber transcurrido al menos dos años desde la adjudicación inicial de la licencia.

b. Cuando se lleven a cabo con personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo estarán sometidos al principio de reciprocidad y devengarán el pago de la tasa establecida legalmente. En atención a lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales de los que España sea parte, y previo informe de la autoridad audiovisual competente, el Consejo de Ministros o el órgano competente de la Comunidad Autónoma podrán autorizar excepcionalmente y por razones de interés general una operación cuando dicho principio no sea satisfecho.

c. Cuando la licencia comporte la adjudicación de un múltiplex completo o de dos o más canales, no se podrá arrendar más del 50 % de la capacidad de la licencia. El arrendamiento deberá respetar las previsiones del artículo 24.3 referidas a la ocupación del espectro radioeléctrico del múltiplex y a la explotación de canales con contenidos total o parcialmente de pago.

En todos los casos, sólo se autorizará el arrendamiento de canales si el arrendatario acredita previamente el cumplimiento de todas las condiciones legalmente establecidas para la obtención de la licencia.

d. En todo caso, está prohibido el subarriendo.

e. Al cumplimiento de la oferta mediante la cual se obtuvo la adjudicación de la licencia.

**Artículo 30.
Extinción de las
licencias audio-
visuales.**

1. La licencia se extinguirá por el transcurso del plazo para el que fue otorgada sin que se produzca su renovación, por extinción de la personalidad jurídica de su titular salvo en los supuestos de fusiones o concentraciones empresariales, muerte o incapacidad sobrevenida del titular, por su revocación, por renuncia de su titular y por no haber pagado las tasas que gravan la prestación del servicio de comunicación audiovisual.

2. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, respecto de la revisión de oficio de actos administrativos, la licencia podrá ser revocada por no haber sido utilizada en un plazo de 12 meses desde que hubiera obligación legal de comenzar las emisiones, haberlo hecho con fines y modalidades distintos para los que fue otorgada, o por sanción administrativa firme de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

3. Cuando las sociedades incurran en el supuesto previsto en el artículo 26.1.b) de la presente Ley, no procederá la renovación de la licencia con motivo de la adquisición por un tercero de una participación significativa o, en su caso, de control, si dicha adquisición se ha realizado con intención de perjudicar a la sociedad concesionaria haciendo revocable su licencia.

Se presumirá en todo caso la intención perjudicial cuando la decisión de adquirir la participación no haya sido comunicada de forma inmediata y fehaciente al órgano de administración de la sociedad, del que no podrá formar parte el adquirente, por sí o por representante.

Una vez conocida la adquisición, la sociedad podrá ejercer, en el plazo de tres meses, derecho de retracto sobre la participación adquirida por el mismo precio en que lo hubiera sido.

Adquirida la participación, la sociedad dispondrá de un año para enajenarla o, en caso contrario, amortizarla reduciendo el capital social.

**Artículo 31.
Explotación de
redes de comu-
nicación electró-
nica y servicios
de comunica-
ción audiovisual**

1. Los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas garantizarán el derecho de acceso a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y productores independientes de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre telecomunicaciones y las capacidades técnicas de su red.

2. Igualmente, los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas garantizarán la posibilidad técnica de transmitir imagen y sonido en condiciones que permitan una interactividad efectiva.

3. Por su parte, y con el objeto de garantizar el mantenimiento del pluralismo informativo y audiovisual, la Corporación de Radio y Televisión Española garantizará la cesión de sus canales de radio y televisión a los prestadores de los servicios de difusión de televisión por cable, por satélite y por protocolo de Internet (IPTV), sin contraprestación económica entre las partes.

Asimismo, los licenciarios de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal facilitarán la cesión de sus canales principales de televisión en abierto, previa negociación para fijar la contraprestación económica acordada entre las partes.

4. Los prestadores del servicio de comunicación electrónica podrán serlo también de comunicaciones audiovisuales, estando sometidos a la presente Ley en cuanto prestadores de este servicio.

**Artículo 32.
Servicios de
comunicación
audiovisual
comunitarios sin
ánimo de lucro**

1. Las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro podrán prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como para fomentar la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo. En todo caso, dichos contenidos se emitirán en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial.

2. La Administración General del Estado debe garantizar en todo caso la disponibilidad del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios.

3. La prestación de este tipo de servicios requiere licencia previa. En dicho título se establecerán las condiciones que aseguren su naturaleza sin ánimo de lucro, pudiendo establecerse

el uso compartido de un mismo canal así como las condiciones de dicho uso.

4. La adjudicación de la licencia lleva aparejada la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico disponible para la prestación del servicio. La Administración General del Estado habilitará el dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios.

5. La licencia en ningún caso podrá perder su carácter original de servicio de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro y no podrá ser objeto de transmisión ni arrendamiento.

6. Las entidades prestadoras de estos servicios deberán justificar la procedencia de sus fondos, así como el desglose de gastos e ingresos, si los hubiere. La autoridad audiovisual establecerá un sistema de evaluación de gestión financiera y un registro específico para el depósito de su memoria económica. Salvo autorización expresa de la autoridad audiovisual sus gastos de explotación anuales no podrán ser superiores a 100.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica.

7. Las entidades titulares de los servicios de comunicación audiovisual sin ánimo de lucro deberán acreditar el pago de cuantos derechos, cánones o tasas, se deriven de su actividad.

**Artículo 33.
Registros de
prestadores del
servicio de
comunicación
audiovisual**

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual habrán de inscribirse en un Registro estatal o autonómico de carácter público, en atención al correspondiente ámbito de cobertura de la emisión.

2. En dicho Registro deberán igualmente inscribirse los titulares de participaciones significativas en los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, indicando el porcentaje de capital que ostenten.

A los efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entiende por participación significativa la que represente, directa o indirectamente:

- a. el 5% del capital social,
- b. el 30% de los derechos de voto o porcentaje inferior, si sirviera para designar en los 24 meses siguientes a la adquisición un número de consejeros que representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad.

De conformidad con la legislación mercantil, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica

las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades de forma concertada o formando una unidad de decisión, o por personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla.

3. Se crea el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual, dependiente del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Reglamentariamente se establecerá la organización y funcionamiento de dicho Registro.

4. Las autoridades audiovisuales competentes del Estado y de las Comunidades Autónomas deberán articular un cauce que asegure la necesaria coordinación entre el Registro estatal y los registros autonómicos, y facilite el acceso por medios telemáticos al conjunto de datos obrantes en los mismos.

Sección II

Nuevas formas de comunicación audiovisual

Artículo 34. Televisión en movilidad

1. La prestación del servicio de comunicación audiovisual de televisión en movilidad y servicios conexos requerirá licencia en los mismos términos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, en especial en lo referente al Título II, Capítulo I. Como criterio para la acreditación de la solvencia de los candidatos en los concursos de otorgamiento se tendrá en cuenta la experiencia acumulada como prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

2. La planificación del dominio público radioeléctrico para su atribución a los servicios de comunicación audiovisual televisiva en movilidad deberá asegurar que una parte de los recursos espectrales se reserve a los servicios públicos audiovisuales.

3. Se potenciará la presencia de canales con producción de contenidos específicos adaptados a las peculiaridades de la televisión en movilidad. Al menos un 10% de los contenidos deberán estar adaptados a las especificidades de la televisión en movilidad derivadas del tamaño de las pantallas de los terminales de recepción.

4. La emisión y la recepción deberá atenerse, en todo caso, a los estándares establecidos para el territorio de la Unión Europea.

Artículo 35. Televisión en Alta Definición

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual podrán emitir televisión en resolución de Alta definición. Dicha

emisión se podrá compatibilizar con los programas de resolución estándar dentro del límite de capacidad asignada.

2. La emisión y recepción deberá atenerse en todo caso a los estándares establecidos para el territorio de la Unión Europea.

Sección III

Reglas para el mantenimiento de un mercado audiovisual competitivo, transparente y plural

**Artículo 36.
Pluralismo en el
Mercado Audio-
visual Televisivo**

1. Las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares simultáneamente de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

2. No obstante ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal, cuando la audiencia media del conjunto de los canales de los prestadores de ámbito estatal considerados supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición.

3. La superación del 27% de la audiencia total con posterioridad a la adquisición de una nueva participación significativa no tendrá ningún efecto sobre el titular de la misma.

4. Las participaciones sociales o los derechos de voto de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo estarán sujetas al cumplimiento del principio de reciprocidad. De producirse un incremento en las participaciones que, a la entrada en vigor de esta Ley, ostenten las personas físicas y jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo, el porcentaje total que ostenten en el capital social del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva deberá ser, en todo momento, inferior al 50% del mismo.

5. Ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva:

a. Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiplex.

b. Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito autonómico acumulen derechos de uso

sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiple.

c. Ninguna persona física o jurídica titular o participe en el capital social de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en el capital de otro prestador del mismo servicio, cuando ello suponga impedir la existencia de, al menos, tres prestadores privados distintos del servicio de comunicación audiovisual televisiva en el ámbito estatal, asegurándose el respeto al pluralismo informativo.

**Artículo 37.
Pluralismo en el
Mercado Audio-
visual Radio-
fónico**

1. Una misma persona física o jurídica no podrá, en ningún caso, controlar directa o indirectamente más del cincuenta % de las licencias administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura. En todo caso, una misma persona física o jurídica, no podrá controlar más de cinco licencias en un mismo ámbito de cobertura.

2. En una misma Comunidad Autónoma ninguna persona física o jurídica podrá controlar más del cuarenta % de las licencias existentes en ámbitos en los que sólo tenga cobertura una única licencia.

3. Ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente más de un tercio del conjunto de las licencias del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado.

4. Con objeto de limitar el número de licencias cuyo control puede simultanearse, a la hora de contabilizar estos límites no se computarán las emisoras de radiodifusión sonoras gestionadas de forma directa por entidades públicas. A los efectos previstos en este artículo, se entenderá que existe control cuando se den los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio.

5. Los límites anteriores se aplicarán de forma independiente a las licencias para la emisión con tecnología digital y a las licencias para la emisión en tecnología analógica.

Capítulo II

La libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España

Artículo 38.
Libertad de recepción de los servicios prestados dentro del Espacio Económico Europeo

1. Se garantiza la libertad de recepción en todo el territorio español de los servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no interfieran técnicamente en las emisiones de los prestadores establecidos bajo jurisdicción española. En el ámbito del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza y para canalizar el derecho a la diversidad cultural y lingüística a nivel europeo, en todas las zonas limítrofes con un país de la Unión Europea se posibilitará la emisión y la recepción de programas difundidos mediante ondas hertzianas garantizando para ello una adecuada planificación del espectro radioeléctrico en las zonas transfronterizas.

La autoridad audiovisual competente estatal, con carácter excepcional y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 bis de la Directiva 89/552, podrá limitar dicha libertad de recepción cuando los servicios audiovisuales infrinjan de manera grave y reiterada lo dispuesto en la legislación española en materia de protección de menores. Además, si el servicio de comunicación audiovisual es a petición, la libertad de recepción podrá limitarse por razones de orden, seguridad o salud públicas, o para proteger a los consumidores.

2. La acreditación de tales medidas deberá efectuarse mediante la instrucción del correspondiente expediente por la autoridad audiovisual competente estatal.

No obstante, antes de adoptar dichas medidas, se notificará a la Comisión y al Estado a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios su intención de adoptar medidas. En caso de decisión negativa, se deberá poner fin urgentemente a las medidas de que se trate.

Artículo 39.
Servicio de Comunicación Audiovisual dirigido total o principalmente al territorio español.

La autoridad competente estatal podrá adoptar medidas de salvaguarda de la legislación española, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior, cuando el prestador de un servicio de comunicación audiovisual establecido en otro Estado de la Unión Europea dirija su servicio total o principalmente al territorio español.

Título IV

Los prestadores públicos del servicio de
Comunicación Audiovisual

Artículo 40.
Servicio público
de comunica-
ción audiovisual

1. El servicio público de comunicación audiovisual es un servicio esencial de interés económico general que tiene como misión difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España, y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual. Asimismo los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual atenderán a aquellos ciudadanos y grupos sociales que no son destinatarios de la programación mayoritaria.

En cumplimiento de las misiones establecidas en el párrafo anterior, el servicio público de comunicación audiovisual tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio, televisión y servicios de información en línea con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros, destinadas a satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad y a preservar el pluralismo en los medios de comunicación.

Los entes que presten el servicio público de comunicación audiovisual y sus sociedades prestadoras no podrán ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determinen los mandatos marco que para cada ente se aprueben en desarrollo del marco competencial correspondiente.

Igualmente, impulsarán la producción propia de su programación de forma que ésta abarque la mayoría de los programas difundidos en las cadenas generalistas.

2. El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos.

3. La emisión del servicio público de comunicación audiovisual por ondas hertzianas terrestres de una Comunidad o Ciudad Autónoma en otra limítrofe y con afinidades lingüísticas y culturales podrá ser efectuada siempre que así lo acuerden mediante convenio, y exista reciprocidad.

**Artículo 41.
La función de
servicio público
audiovisual y su
control**

1. Los objetivos generales de la función de servicio público se establecerán normativamente para un periodo de nueve años. Su desarrollo y concreción para todos y cada uno de sus canales, se llevará a cabo para plazos inferiores, mediante la suscripción por el Estado y las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos de competencia, de los correspondientes contratos programa, identificándose de manera expresa los contenidos de servicio público, en particular habrán de concretarse los porcentajes de géneros de programación, que deban emitirse en los canales gestionados por un mismo prestador.

A esos efectos, en el plazo máximo e improrrogable de 180 días desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno suscribirá con la Corporación RTVE el contrato programa correspondiente en el que se detallará la oferta de televisión. Dicha oferta tendrá en cuenta plenamente las obligaciones de servicio público previstas en los artículos 2 y 3 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal así como en el artículo 9 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y en las disposiciones vigentes del Mandato Marco a la Corporación RTVE aprobado por las Cortes Generales, los días 11 y 12 de diciembre de 2007.

En dicho contrato programa quedará especificada y singularizada la organización y programación de la 2 de RTVE que, en todo caso, dispondrá de un plan concreto para la creación del centro de producción de referencia en Sant Cugat.

Además de la oferta de televisión, en el contrato programa se incluirá también la de radio y de los servicios conexos e interactivos y de información en línea, la programación de la Orquesta y Coro y del Instituto de Radio y Televisión Española. Todo prestador del servicio público de comunicación audiovisual deberá contar con la organización y estructura suficiente y necesaria para asegurar el cumplimiento de la misión de servicio público que le haya sido encomendada.

2. Corresponde a las Cortes Generales, los Parlamentos autonómicos, las autoridades audiovisuales competentes y, en su caso, a los órganos de gobierno local, el control de la gestión y del cumplimiento de la función de servicio público.

3. En particular, las autoridades audiovisuales competentes deberán evaluar si los nuevos servicios significativos que se pretendan incluir se ajustan a la misión de servicio público encomendada y si alteran la competencia en el mercado

audiovisual. Durante la evaluación se deberá otorgar audiencia a los distintos interesados, y sus resultados deberán publicarse. Además, la autoridad audiovisual establecerá un procedimiento para que se pueda recabar su intervención en caso de incumplimiento de la función de servicio público.

4. La financiación pública no podrá sostener actividades ni contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público.

Al desarrollar los objetivos generales de la función de servicio público por cada autoridad competente, se determinarán las reglas para establecer el coste neto de su cumplimiento y para obtener la compensación a que haya lugar, así como su devolución cuando sea excesiva. Dichos criterios deberán ser concretados en el correspondiente acto de encomienda de la gestión del servicio público.

**Artículo 42.
Límites para los
prestadores de
servicio público
audiovisual de
titularidad
pública**

1. Los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de titularidad pública no podrán participar en el capital social de prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual.

2. La gestión de los prestadores de servicio público de comunicación audiovisual de titularidad pública deberá realizarse conforme a criterios de transparencia empresarial.

3. Los criterios rectores de la dirección editorial del prestador de servicio público de comunicación audiovisual se elaborarán por un órgano cuya composición refleje el pluralismo político y social del ámbito de su cobertura.

4. En el ámbito de cobertura estatal, el Estado no podrá reservar o adjudicar a los prestadores de titularidad pública más del 25 % del espacio radioeléctrico disponible para el servicio de televisión en el ámbito estatal, de acuerdo con el Plan Técnico Nacional correspondiente.

En el caso de las emisoras radiofónicas de ámbito estatal, el Estado no podrá reservar a los prestadores de titularidad pública estatal más del 35% del espacio radioeléctrico disponible para el servicio de radiodifusión, de acuerdo con el Plan Técnico Nacional correspondiente.

Artículo 43.
Regulación de la
financiación de
los prestadores
del servicio público de comunicación audiovisual.

1. El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales determinarán normativamente, para su ámbito de competencia, el sistema de financiación de su servicio público de comunicación audiovisual. Dicho sistema deberá ser compatible con la normativa vigente en materia de competencia.

2. Los servicios de interés económico general de comunicación audiovisual radiofónica, televisiva, conexos e interactivos de titularidad estatal no admitirán ninguna forma de comunicación comercial audiovisual, ni la emisión de contenidos audiovisual en sistemas de acceso condicional, sin perjuicio de las excepciones que su normativa específica de financiación establezca.

Para facilitar su operatividad interna y en aras a la eficiencia económica de su gestión, la Corporación RTVE se transformará en una única sociedad mercantil estatal de acuerdo a las previsiones contempladas en la Disposición Adicional Quinta de la presente Ley.

3. Los prestadores de televisión de titularidad pública no podrán dedicar canales exclusivamente a emitir comunicación comercial.

4. La financiación pública que exceda del coste neto del servicio habrá de reembolsarse o se minorará de la compensación presupuestada para el ejercicio siguiente.

5. Con el fin de cuantificar el coste neto del servicio público de comunicación audiovisual, los prestadores de este servicio deben disponer de separación de cuentas por actividades así como llevar un sistema de contabilidad analítica que separe la imputación de ingresos y costes de la actividad de servicio público, de los contenidos comerciales y de las restantes actividades. Igualmente, los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual deberán proceder progresivamente a la separación estructural de sus actividades para garantizar los precios de transferencia y el respeto a las condiciones de mercado. Todo ello conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia.

6. El coste neto será la diferencia entre los costes totales de cada sociedad prestadora de servicio público y sus otros ingresos distintos de las compensaciones.

En los ingresos, deberá constar información detallada de las fuentes y cuantía de los derivados de las actividades de servicio público y de los que no lo son.

En los costes, se considerarán sólo los gastos contraídos en la gestión del servicio público. Los costes derivados de

actividades que no son servicio público deberán identificarse claramente y contabilizarse por separado. Los costes destinados simultáneamente a desarrollar actividades de servicio público y las que no lo son se asignaran proporcionalmente. Los que sean atribuibles en su totalidad a actividades de servicio público, pero que beneficien a actividades que no lo son, se asignarán íntegramente a la actividad de servicio público.

7. En los términos establecidos por la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, los prestadores de servicios públicos de comunicación audiovisual no podrán subcotizar los precios de su oferta comercial y de servicios ni utilizar la compensación pública para sobrepajar frente a competidores privados por derechos de emisión sobre contenidos de gran valor en el mercado audiovisual.

8. Los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual podrán mantener reservas de hasta un 10% de la financiación anual presupuestada para el cumplimiento del servicio público. Las reservas superiores sólo podrán mantenerse, previa autorización, en casos debidamente justificados para cubrir las necesidades de servicio público. Estas reservas deberán ser utilizadas dentro de un plazo máximo de cuatro años. Las reservas no utilizadas al cabo de ese período se tendrán en cuenta para el cálculo de la compensación durante el siguiente período. En todo caso, al término de cada período de cuatro años deberá comprobarse si se ha mantenido un nivel de reservas anuales superior al 10%, en cuyo caso deberá ajustarse a la baja la compensación por el servicio público prestado.

9. La autoridad audiovisual competente determinará un procedimiento de control periódico de la financiación pública que reciban los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual, así como las medidas de reequilibrio necesarias para que su destino sea el establecido en la presente Ley.

Título V

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

Capítulo I

Naturaleza, fines y régimen jurídico

Artículo 44.
Naturaleza

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales es un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

Estará adscrito al Ministerio de la Presidencia.

Artículo 45.
Fines

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como autoridad independiente supervisora y reguladora de actividad de los medios de titularidad del Estado o que estén bajo su competencia, tiene por finalidad velar y garantizar el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- a. El libre ejercicio de la comunicación audiovisual en materia de radio, televisión y servicios conexos e interactivos en las condiciones previstas en la presente Ley.
- b. La plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley: en especial todo lo referente al menor.
- c. La transparencia y el pluralismo del sector de los medios de comunicación audiovisual.
- d. La independencia e imparcialidad del sector público estatal de radio, televisión y servicios conexos e interactivos, y el cumplimiento de la misión de servicio público que le sea encomendada.

Artículo 46.
Régimen jurídico

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se registrará además de por lo dispuesto en esta Ley:

- a. Por las disposiciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que le sean de aplicación. Anualmente elaborará un anteproyecto de presupuesto con la estructura que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda y lo remitirá al Ministerio de Presidencia, para su elevación al Gobierno y su posterior integración en los Presupuestos Generales del Estado, a través del Ministerio de Economía y Hacienda.
- b. Por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

- c. Por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y en lo no previsto en ella, por el Derecho privado en sus adquisiciones patrimoniales.
- d. Por las normas de Derecho laboral en materia de medios personales. La selección del personal, se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.
- e. Por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y por la normativa que le sea de aplicación en el ejercicio de sus funciones públicas.

Capítulo II Funciones

Artículo 47.
Funciones

1. Corresponde al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales en el ámbito de la actividad audiovisual de ámbito estatal el ejercicio de las siguientes funciones:
 - a. Adoptar las medidas precisas para la plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley, así como de la normativa europea exigible al sector audiovisual.
 - b. Aprobar el Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, previa consulta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y a los organizadores de las competiciones deportivas.
 - c. Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.
 - d. Informar el pliego de condiciones de los concursos de otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual que convoque el órgano competente del Gobierno, y las distintas ofertas presentadas; igualmente, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales es competente para decidir sobre la renovación de dichas licencias, según lo establecido en el artículo 28, autorizar la celebración de negocios jurídicos sobre ellas y declararlas extinguidas, de conformidad con el régimen establecido en esta Ley.
 - e. La llevanza del Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.
 - f. Verificar las condiciones de los artículos 36 y 37 de la Ley en materia de limitación de adquisición de participaciones entre operadores del servicio de comunicación audiovisual e informar dichas operaciones cuando, por constituir operaciones

de concentración, deban ser autorizadas por la Comisión Nacional de la Competencia.

g. Certificar la emisión en cadena por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica que así lo comunicasen, e instar su inscripción, cuando proceda, en el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

h. Velar por el mantenimiento de un mercado audiovisual competitivo, transparente y fiable en los sistemas de medición de audiencias, y plural.

i. Vigilar el cumplimiento de la misión de servicio de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual y la adecuación de los recursos públicos asignados para ello.

j. Evaluar el efecto de nuevos entrantes tecnológicos en el mercado audiovisual, y de nuevos servicios significativos en relación con posibles modificaciones en la definición y ampliación de la encomienda de servicio público.

k. Arbitrar, cuando así se hubiera acordado previamente por las partes, en los conflictos que puedan surgir entre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, así como en aquellos que se produzcan entre productores audiovisuales, proveedores de contenidos, titulares de canales y prestadores de servicios de comunicación audiovisual. A estos efectos, los laudos que dicte tendrán los efectos establecidos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje; su revisión, anulación y ejecución forzosa se acomodarán a lo dispuesto en la citada Ley.

l. Ejercer las competencias que esta Ley le confiere en relación con el cine.

m. El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en esta Ley.

n. Velar por el cumplimiento de todas las disposiciones de esta Ley y ejercer las facultades en ella previstas para garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en la misma.

o. Velar por la promoción de la alfabetización mediática en el ámbito audiovisual con la finalidad de fomentar la adquisición de la máxima competencia mediática por parte de la ciudadanía.

p. Ejercer cuantas atribuciones le atribuye esta Ley y cualesquiera otras que le sean encomendadas.

2. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales asesorará a las Cortes Generales, al Gobierno, a los organismos reguladores y, a petición de ellas, a las autoridades audiovisuales indepen-

dientes autonómicas en las materias relacionadas con el sector audiovisual.

En particular corresponde al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales:

a. Emitir un informe previo sobre los proyectos y disposiciones que puedan afectar al sector audiovisual.

b. Proponer al Gobierno la elaboración de disposiciones de carácter general relativas a la actividad audiovisual.

c. Remitir anualmente al Gobierno y a la Cortes Generales informe preceptivo sobre el sector audiovisual

d. Elaborar estudios, informes, balances estadísticos y dictámenes sobre materias de su competencia a instancia propia o a iniciativa de las Cortes Generales o el Gobierno sobre cualquiera de las materias de su competencia.

e. Informar preceptivamente en los procedimientos iniciados, por cualquier órgano regulador de ámbito estatal que afecten o puedan afectar al sector audiovisual.

f. Elaborar un informe anual sobre el nivel de alfabetización mediática, siguiendo los indicadores de medición utilizados por la Comisión Europea u otros indicadores que el propio Consejo Estatal de Medios Audiovisuales pueda considerar de interés.

3. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podrá coordinar su actividad con las autoridades audiovisuales europeas y autonómicas, con las que a tal fin suscribirá convenios de colaboración, con especial atención al principio de eficiencia y economía administrativa.

4. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales colaborará con las Administraciones responsables de las Telecomunicaciones y en particular con la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

**Artículo 48.
Potestades y
facultades**

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podrá:

1. Dictar las disposiciones y actos precisos para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley y para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Las disposiciones adoptarán la denominación de Instrucción cuando tengan carácter vinculante, y de Recomendación en caso contrario.

2. Requerir a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual los datos necesarios para comprobar el cumplimiento de sus obligaciones. La información obtenida será confi-

dencial y no podrá ser utilizada para fines distintos a los previstos en la legislación audiovisual.

3. Realizar inspecciones, a cuyo efecto, el personal dependiente del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales tiene la condición de autoridad pública.

4. Requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo.

5. Adoptar las medidas provisionales necesarias para garantizar la eficacia de sus resoluciones en los términos previstos en el artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

6. Instruir y sancionar las conductas tipificadas como infracciones en esta Ley cuando se produzcan en el mercado audiovisual estatal.

Capítulo III
Organización y garantías de
independencia

Artículo 49.
Órganos
directivos

1. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales estará formado por la Presidencia y seis consejerías cuyos titulares serán nombrados por el Gobierno mediante Real Decreto, a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el sector audiovisual en todas sus vertientes. No obstante lo anterior, en la primera designación de los consejeros si transcurridos dos meses desde la primera votación en el Congreso de los Diputados no se alcanzase la mayoría requerida de 3/5, esta Cámara procederá a su designación por mayoría absoluta.

El Consejo tomará sus decisiones por mayoría simple. El Presidente ostentará en caso de empate voto de calidad.

Las retribuciones de los miembros del Consejo se fijarán por el Ministerio de Economía y Hacienda, conforme al régimen de cargos directivos de entidades similares.

2. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales aprobará un Reglamento de Régimen Interior en el que se determinará la distribución de competencias entre los distintos órganos; los procedimientos internos de funcionamiento; los procedimientos de ingreso del personal, así como cuantas cuestiones relativas al funcionamiento y régimen de actuación resulten necesarias

conforme a las previsiones de esta Ley. Su estructura orgánica se determinará por el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, previo informe del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

3. Corresponde a la Presidencia del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales ejercer las siguientes funciones:

- a. La representación legal del Organismo.
- b. Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias del Consejo.
- c. Dirigir y coordinar las actividades de todos los órganos directivos.
- d. Disponer los gastos y ordenar los pagos que correspondan.
- e. Celebrar contratos y convenios.
- f. Desempeñar la jefatura superior del personal.
- g. Ejercer las facultades que el Consejo le delegue de forma expresa.
- h. Presidir el Comité Consultivo.
- i. Ejercer las demás funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico vigente.

4. Corresponde a la Vicepresidencia: sustituir a la Presidencia en los casos de vacante, ausencia o enfermedad y ejercer las funciones que le sean delegadas, así como en los casos de dimisión del Presidente hasta el nombramiento por el Congreso de los Diputados de su sustituto con la mayoría requerida por esta Ley.

En los casos de vacante, ausencia o enfermedad, será sustituido por el Consejero, con mayor antigüedad en el cargo y, a igualdad de antigüedad, por el de mayor edad.

**Artículo 50.
Estatuto
personal**

1. El mandato de los integrantes del Consejo tendrá una duración de seis años, no renovable. Si durante el período de duración de su mandato se produjera el cese, su sucesor será nombrado por el tiempo que reste.

2. El Consejo se renovará parcialmente cada tres años, por grupos de cuatro y cinco de sus integrantes, alternativamente.

3. Los miembros del Consejo Estatal Audiovisual cesarán en su cargo por las causas siguientes:

- a. Expiración del término de su mandato.
- b. Renuncia aceptada por el Consejo.
- c. Separación acordada por el Consejo de Ministros y ratificada por el Congreso de los Diputados por mayoría de 3/

5, previa instrucción del correspondiente expediente, por incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida e incumplimiento grave de sus obligaciones.

d. Por sentencia firme condenatoria por delito doloso.

4. Los miembros del Consejo ejercerán su cargo con dedicación exclusiva, absoluta independencia del Consejo del Gobierno y de los operadores del sector.

5. Los miembros del Consejo estarán sujetos al régimen de incompatibilidades de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

La condición de miembro del Consejo será además incompatible con el mantenimiento de intereses económicos, directos o indirectos, tanto en el sector específico de la comunicación audiovisual como en la industria productora o distribuidora de contenidos para el mismo y sus industrias auxiliares, así como en el sector de las telecomunicaciones o de servicios de sociedad de la información. Dichas incompatibilidades serán exigibles durante su mandato y hasta dos años después de la fecha de su cese.

6. El régimen de personal del Ente será el previsto en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

**Artículo 51.
Comité
Consultivo**

1. El Comité Consultivo es el órgano de participación ciudadana y de asesoramiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

2. El Comité Consultivo estará presidido por el Presidente del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales que no dispondrá de voto en relación con sus informes.

El número de miembros del Comité y la forma de su designación se determinará reglamentariamente. Los miembros serán designados en representación de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal, de las organizaciones representativas del sector de la producción audiovisual y de los anunciantes, de los sindicatos más representativos del sector a nivel estatal, de asociaciones de defensa de los usuarios de los servicios de comunicación audiovisual, con representación acreditada en ámbito estatal, así como del Consejo de Consumidores y Usuarios.

3. El Comité Consultivo del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales será convocado cada cuatro meses al objeto de ser informado periódicamente por el Consejo de las actuaciones

por él desarrolladas. En todo caso, el Comité Consultivo tendrá como facultades:

a. Informar con carácter general sobre las orientaciones de la política audiovisual, la situación del sector y la oferta de programación de los servicios de comunicación audiovisual;

b. Ser consultado respecto de las propuestas de disposiciones del Consejo y sobre los criterios de interpretaciones y aplicación del régimen de infracciones y sanciones previstas en esta Ley.

c. Informar y asesorar a petición del Consejo sobre todos aquellos asuntos que les sean sometidos a su consideración;

d. Elevar al Consejo cualesquiera informes y propuestas que estime oportuno relacionados con el funcionamiento del sector audiovisual.

4. La condición de miembro del Comité Consultivo no exigirá dedicación exclusiva ni dará derecho a remuneración.

**Artículo 52.
Garantía
patrimonial y
financiera**

1. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales contará con patrimonio propio e independiente del patrimonio de la Administración General del Estado, que será determinado reglamentariamente.

Los recursos del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales estarán integrados por:

a. Los bienes y valores que constituyen el patrimonio y los productos y rentas del mismo y las tasas proporcionadas y equitativas que perciba por la realización de sus actividades o la prestación de sus servicios.

b. Las transferencias que, con cargo al Presupuesto del Estado, efectúe el Ministerio de la Presidencia.

2. Los ingresos de cada ejercicio se destinarán a:

a. Cubrir pérdidas de ejercicios anteriores.

b. El mantenimiento de su actividad y de los bienes que integran su patrimonio.

3. El control económico y financiero del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se llevará a cabo mediante comprobaciones periódicas o procedimientos de auditoría, a cargo de la Intervención General de la Administración del Estado, sin perjuicio de las funciones que correspondan al Tribunal de Cuentas.

Capítulo IV
Responsabilidad del Consejo Estatal
de Medios Audiovisuales

Artículo 53.
Control parlamentario del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales elevará anualmente a las Cortes Generales un informe sobre el desarrollo de sus actividades y sobre la situación del mercado audiovisual. La Presidencia del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales comparecerá ante la Comisión parlamentaria competente para dar cuenta de tal informe, así como cuantas veces sea requerido para ello.

Artículo 54.
Agotamiento de la vía administrativa y control jurisdiccional

Las disposiciones y actos que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales en el ejercicio de las potestades administrativas que le confiere la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles en vía contencioso-administrativa.

Título VI
Régimen Sancionador Básico

Artículo 55.
Principios generales

El procedimiento sancionador en materia audiovisual se regirá por los principios generales previstos en el Capítulo II del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su desarrollo reglamentario.

Artículo 56.

Las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias de supervisión, control y protección activa para garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta Ley y, en su caso, la potestad sancionadora en relación con los servicios de comunicación audiovisual cuyo ámbito de cobertura, cualquiera que sea el medio de transmisión empleado, no sobrepase sus respectivos límites territoriales. También serán competentes en relación con los servicios audiovisuales cuya prestación se realice directamente por ellas o por entidades a las que hayan conferido su gestión dentro del correspondiente ámbito autonómico.

Artículo 57.
Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves:

1. La emisión de contenidos que de forma manifiesta fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimien-

to, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

2. La emisión de comunicaciones comerciales que vulneren la dignidad humana o utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

3. El incumplimiento en más de un diez % de los deberes de reservar el porcentaje de tiempo de emisión anual destinado a obras europeas y de financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación, establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 5.

4. La difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o en emisiones que discutan su tutela o filiación.

5. La comisión dos veces en un día y en un mismo canal de comunicación audiovisual de la infracción grave prevista en el artículo 58.6.

6. La prestación del servicio de comunicación audiovisual sin disponer de la correspondiente licencia o sin haber cumplido el deber de comunicación previa.

7. La alteración no autorizada de cualquiera de los parámetros técnicos de emisión que vengan definidos en la concesión de uso privativo del espectro radioeléctrico a que se hace referencia en el artículo 24.2 de esta Ley, así como de las características recogidas en el proyecto técnico que hubiere sido aprobado por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para la puesta en marcha de las emisiones.

8. La prestación del servicio de comunicación audiovisual basado en una comunicación previa carente de eficacia, por hallarse incurso en alguno de los supuestos previstos en el artículo 23.2.

9. La prestación del servicio de comunicación audiovisual basado en una solicitud cuyo titular esté incurso en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 26.

10. El incumplimiento de las condiciones esenciales de la licencia previstas en el artículo 24 de esta Ley, tres veces en seis meses.

11. El incumplimiento del deber de inscripción en el Registro previsto en esta Ley o la aportación al mismo de datos falsos.

12. La celebración de negocios jurídicos de transmisión o arrendamiento de la licencia de prestación del servicio, sin cumplir los requisitos requeridos en el artículo 29.

13.El incumplimiento de las resoluciones dictadas por la autoridad audiovisual competente para restablecer el pluralismo en el mercado audiovisual, en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 4, 36 y 37 de esta Ley.

14.La acumulación de cuatro infracciones graves en un mismo año natural.

Artículo 58.
Infracciones
graves

Son infracciones graves:

1. El incumplimiento del deber de identificación plena previsto en el artículo 6.1.

2. La vulneración durante más de tres días en un periodo de diez días consecutivos del deber previsto en el artículo 6.2 de dar a conocer con una antelación de tres días y mediante una guía electrónica la programación del canal de televisión.

3. La vulneración de la prohibición, y en su caso, de las condiciones de emisión de contenidos perjudiciales para el menor, previstas en el artículo 7.2.

4. El incumplimiento en un canal, durante más de cinco días en un periodo de diez días consecutivos, de los deberes de accesibilidad previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8.

5. El incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual.

6. El incumplimiento del límite de tiempo de emisión por hora de reloj dedicado a la publicidad y a la televenta, establecido en el artículo 14.1, cuando exceda en un 20 % de lo permitido.

7. El incumplimiento del resto de las condiciones establecidas en esta Ley para la realización de las distintas formas de comunicación comercial previstas en los artículos 14, 15, 16 y 17 que no estén incluidas en la tipificación del apartado anterior. El incumplimiento en la misma comunicación comercial de dos o más condiciones de las previstas en esos artículos sólo dará lugar a una sanción) Asimismo, el incumplimiento de una de las condiciones previstas en los citados artículos no podrá dar lugar además a la sanción por comunicación comercial encubierta.

8. La emisión de comunicaciones comerciales encubiertas, que utilicen técnicas subliminales, que fomenten comportamientos nocivos para la salud en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 18, que fomenten comportamientos nocivos para el medio ambiente o para la seguridad de las personas, o que sean de naturaleza política,

salvo los casos de excepción legal, o que incurran en las prohibiciones establecidas en la normativa de publicidad.

9. El incumplimiento del deber de permitir a los restantes prestadores, la emisión de un breve resumen informativo, en los términos y con las condiciones establecidas por el artículo 19 en su apartado 3.

10. El incumplimiento de las obligaciones de emisión en abierto y de venta de la emisión de los acontecimientos de interés general para la sociedad previstas, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del artículo 20.

11. La negativa, resistencia u obstrucción que impida, dificulte o retrase el ejercicio de facultades de inspección de la autoridad competente.

12. El incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley.

13. La acumulación de cuatro infracciones leves en un mismo año natural.

**Artículo 59.
Infracciones
leves.**

Son infracciones leves:

1. El incumplimiento del deber de atender un requerimiento de información dictado por la autoridad competente, así como retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. El incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves.

3. El incumplimiento de las condiciones no esenciales de la licencia.

**Artículo 60.
Sanciones.**

1. Las infracciones muy graves serán sancionadas:

a. En todo caso, con multa de 500.001 hasta 1.000.000 de euros para los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 100.001 a 200.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.

b. Podrán ser además sancionadas con la revocación de la licencia para prestar el servicio de comunicación audiovisual por ondas hertzianas terrestres y el consiguiente cese de la prestación del servicio en los siguientes supuestos:

Cuando el prestador haya cometido la infracción muy grave prevista en el artículo 57.13.

Cuando el prestador haya sido sancionado como mínimo en tres ocasiones, mediante resolución administrativa firme y en un plazo no superior a dos años, por la comisión de las infracciones muy graves previstas en los apartados 3, 9 y 12 del artículo 57.

En ningún caso se podrá proponer el cese de las actividades de los prestadores de servicio público audiovisual como prestadores de servicio que son y no licenciarios, aunque si incurren en algunos de los casos previstos en este punto, será causa de cese para sus responsables y podrá ser reclamado por la Autoridad Audiovisual competente ante los órganos que correspondan.

c. Podrán ser además sancionadas con la extinción de los efectos de la comunicación previa y el consiguiente cese de la prestación del servicio de comunicación audiovisual en los siguientes supuestos:

Cuando el prestador haya cometido la infracción muy grave prevista en el artículo 57.13.

Cuando el prestador haya cometido, como mínimo en tres ocasiones y en un plazo no superior a dos años, la infracción muy grave prevista en el apartado 3 del artículo 57.

En ningún caso se podrá proponer el cese de las actividades de los prestadores de servicio público audiovisual como prestadores de servicio que son y no licenciarios, aunque si incurren en algunos de los casos previstos en este punto, será causa de cese para sus responsables y podrá ser reclamado por la Autoridad audiovisual competente ante los órganos que correspondan.

d. En el caso de las infracciones previstas en los apartados 6, 7 y 8 del artículo 57, además de la multa se impondrá el cese de las emisiones, y se precintarán provisionalmente los equipos e instalaciones utilizados para realizar la emisión.

2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.001 a 100.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.

3. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 100.000 euros para los servicios de comunicación televisiva y hasta 50.000 para los radiofónicos, para los prestadores del servicio de comunicación electrónica y para los prestadores de servicio de catálogo de programas.

4. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los siguientes criterios:

a. La inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida.

b. Haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores.

c. La gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona.

d. La repercusión social de las infracciones.

e. El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

5. La autoridad competente para la imposición podrá acordar que la sanción lleve aparejada la obligación de difundir la parte resolutive de las mismas.

Las cuantías señaladas en este artículo serán actualizadas periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios de consumo.

**Artículo 61.
Responsabilidad
por la comisión
de infracciones**

1. La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador del servicio de comunicación audiovisual. También será aplicable, cuando proceda con arreglo a esta Ley, a los prestadores del servicio radiofónico y a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de catálogo de programas.

A los efectos de la correcta dilucidación de la responsabilidad administrativa, los prestadores del servicio deberán archivar durante un plazo de seis meses a contar desde la fecha de su primera emisión, todos los programas emitidos, incluidas las comunicaciones comerciales, y registrar los datos relativos a tales programas.

2. No incurrirá en responsabilidad administrativa el prestador del servicio de comunicación audiovisual, ni los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de servicio de catálogo de programas, cuando emitan comunicaciones comerciales elaboradas por personas ajenas al prestador y que supongan una infracción de acuerdo con la normativa vigente sobre publicidad.

No obstante, el prestador del servicio habrá de cesar en la emisión de tal comunicación comercial al primer requerimiento de la autoridad audiovisual o de cualquier organismo de autorregulación al que pertenezca.

3. El infractor habrá de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que técnicamente sea posible. La autoridad competente para la resolución del expediente sancionador puede imponer multas coercitivas de hasta 30.000 euros diarios para el cumplimiento de estas obligaciones.

Disposición Adicional Primera
*Constitución de la Agencia Estatal
de Radiocomunicaciones*

1. La constitución efectiva de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones tendrá lugar en el momento de la aprobación de su Estatuto conforme al régimen establecido en la Ley 28/2006 de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos.

2. Corresponde a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones la función de control del espacio radioeléctrico y de su protección activa ante la ocupación o el uso efectivo ilegal del mismo de acuerdo con los requisitos y conforme al procedimiento que se determinarán reglamentariamente. En su Estatuto y funciones se atenderá a lo previsto en los artículos 45 y 47 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

3. Para la aplicación del artículo 56 de esta Ley, la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones podrá encomendar la ejecución de algunas de sus funciones a las Comunidades Autónomas.

Disposición Adicional Segunda
*Participación de las Comunidades Autónomas
en la planificación estatal del espacio radioeléctrico*

La planificación del espacio radioeléctrico será elaborada con la participación de las Comunidades Autónomas a través de instrumentos de cooperación previstos en la legislación general.

A estos efectos, el Gobierno recabará informes de las Comunidades Autónomas a la hora de habilitar bandas, canales y frecuencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual que afecten al territorio de dichas Comunidades Autónomas.

Disposición Adicional Tercera

Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, los productores audiovisuales, los proveedores de contenidos y los titulares de canales, podrán someter sus controversias al conocimiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales o a los órganos que a tal fin creen las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, con sujeción a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Disposición Adicional Cuarta *Régimen especial aplicable a Canarias*

1. En atención a las especiales circunstancias de lejanía, insularidad y dispersión poblacional que concurren en Canarias como región ultraperiférica, así como a la necesidad que suponen las telecomunicaciones de banda ancha para la comunicación de contenidos audiovisuales, el Gobierno establecerá en el plazo máximo de seis meses las medidas compensatorias que por razones de cohesión territorial sean necesarias para compensar el sobre coste que afrontan los operadores para desplegar servicios de banda ancha en Canarias, debido a los tramos troncales de las redes de telecomunicaciones que interconectan las Islas Canarias entre sí y a éstas con el resto del territorio español, y, con ello, equiparar la disponibilidad y condiciones de acceso a todo tipo de servicios audiovisuales de banda ancha en todas las Islas Canarias con las del resto del Estado.

2. Estas medidas compensatorias serán financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Disposición Adicional Quinta *Gestión directa del servicio público de radio y televisión de titularidad estatal*

1. Se encomienda a la sociedad mercantil estatal Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. la gestión directa del servicio público de la Radio, televisión, servicios conexos e interactivos y de información en línea de titularidad estatal en los términos que se definen por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de Radio y Televisión de Titularidad Estatal y por la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

Al día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, se iniciarán todas las actuaciones y operaciones que al efecto se requieran, de conformidad con la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, procediéndose por el Consejo de Ministros a adoptar los acuerdos que, en su caso, sean necesarios para la extinción de la Sociedad Mercantil Estatal Radio Nacional de España, S.A. (SME RNE S.A.) y la Sociedad

Mercantil Estatal Televisión Española, S.A. (SME TVE S.A.) garantizando la subrogación de Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. (Corporación RTVE) en la posición jurídica de ambas sociedades.

La Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. comenzará a prestar directamente el servicio público de la radio, televisión, servicios conexos e interactivos y de información en línea de titularidad estatal, al día siguiente del otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de cesión global de activos y pasivos por parte de SME TVE, S.A. y SME RNE, S.A., en la que se determinarán las aportaciones no dinerarias, valorándose en euros, que al respecto se atribuyan.

Las aportaciones no requerirán el informe de experto independiente.

2. Hasta que se proceda a la autorización de las operaciones descritas en el apartado anterior, las sociedades mercantiles estatales Radio Nacional de España, S.A. (SME RNE S.A.) y Televisión Española S.A. (SME TVE S.A.) continuarán rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 17/2006, de 5 de junio.

3. El régimen especial previsto en el capítulo VIII del título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, será aplicable a la operación de cesión global de activos y pasivos de SME TVE, S.A. y SME RNE, S.A., a la Corporación de Radio y Televisión Española, S.A.

Todas las operaciones societarias, transmisiones patrimoniales y actos derivados directa o indirectamente de la aplicación de esta disposición estarán exentos de cualquier tributo estatal, autonómico o local, así como del pago de cualquier arancel u honorario profesional devengados por la intervención de fedatarios públicos y de registradores de la Propiedad y Mercantiles.

4. La Corporación RTVE sucederá a SME TVE, S.A. y SME RNE, S.A. en todos los bienes, contratos y, en general, derechos y obligaciones que deriven de la cesión global de activos y pasivos a la que se refieren los párrafos anteriores. A este fin la Corporación RTVE quedará subrogada en la misma posición jurídica que ostentaba SME TVE, S.A. y SME RNE, S.A., en todos sus bienes, derechos, obligaciones, relaciones jurídicas y procedimientos administrativos o judiciales en curso. La subrogación de la Corporación RTVE en los contratos de arrendamientos de inmuebles de los que fueran titulares SME RNE, S.A. y SME TVE, S.A. no dará lugar por sí sola a la extinción de los contratos de arrendamiento ni al aumento de la renta o a la percepción de cantidad alguna por el arrendador.

Igualmente, la Corporación RTVE se subrogará en la misma posición jurídica que ostentaban las citadas entidades en las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de naturaleza laboral y de seguridad social de todos los trabajadores que se incorporen a ella y se respetará la categoría profesional, antigüedad y derechos económicos y sociales adquiridos por el personal mencionado.

5. SME TVE, S.A. y SME RNE, S.A., quedarán extinguidas una vez inscritas en el Registro Mercantil las escrituras públicas de cesión global de activos y pasivos a Corporación RTVE.

Disposición Adicional Sexta

Los operadores de comunicación audiovisual, estarán obligados a preservar y a conservar el archivo de imágenes en movimiento y audio.

Disposición Adicional Séptima

Carácter no publicitario de anuncios de servicio público o de carácter benéfico

No tienen la consideración de publicidad los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de esta Ley. A los efectos del cómputo previsto en el apartado 1 del artículo 14, la autoridad audiovisual competente podrá resolver, a solicitud de los interesados y previamente a su emisión, sobre la no consideración como mensajes publicitarios de estas comunicaciones.

Disposición Transitoria Primera

Procedimiento aplicable en los concursos convocados de acuerdo con la legislación anterior

1. Los concursos de adjudicación de concesiones para la gestión indirecta del servicio de interés general de radio y televisión de ámbito estatal no resueltos antes de la entrada en vigor de esta Ley, continuarán su tramitación de acuerdo con el procedimiento previsto en la normativa vigente al momento de la convocatoria del concurso.

2. Una vez resuelto el concurso la autoridad competente transformará la concesión en licencia.

La vigencia de las nuevas licencias será la prevista en la Ley.

Disposición Transitoria Segunda

Derechos reconocidos y títulos otorgados antes de la entrada en vigor de esta Ley

1. Las concesiones para la gestión indirecta del servicio público de radio o televisión por ondas hertzianas terrestres de ámbito estatal, autonómico o local, que no hayan sido declaradas extinguidas a la entrada en vigor de la presente Ley, se deben transformar en licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual.

La vigencia de las nuevas licencias será de quince años a contar desde la fecha de transformación de las concesiones.

2. Los titulares de las concesiones deben solicitar a la autoridad competente la correspondiente transformación del título habilitante, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

La autoridad competente, una vez recibida la solicitud, procederá a dictar resolución expresa transformando la concesión en licencia y a realizar su inscripción en el registro correspondiente.

Transcurrido el plazo de dos meses sin que se haya solicitado la transformación, las concesiones quedarán extinguidas.

3. Quedan extinguidas desde la entrada en vigor de esta Ley, las autorizaciones para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisiva por satélite y las autorizaciones para la prestación del servicio de comunicación audiovisual por cable.

La autoridad audiovisual competente procederá de oficio a la inscripción en el registro que corresponda de los antiguos titulares de autorizaciones.

4. El artículo 25.4 no será de aplicación a las participaciones en el capital social de personas jurídicas titulares de una concesión convertible en licencia, pertenecientes a personas físicas y jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo que rebasen, a la entrada en vigor de esta Ley, las limitaciones previstas en el citado artículo.

5. Los prestadores de titularidad pública del servicio de interés económico general de comunicación audiovisual de ámbito autonómico mantendrán su actividad de acuerdo con el régimen previsto en las correspondientes normas de concesión.

Disposición Transitoria Tercera

Conversión de los actuales Registros de Sociedades Concesionarias para la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión; de Empresas Radiodifusoras, Especial de Operadores de Cable y creación del Registro Estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual

1. La creación del Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual extinguirá los actuales Registros de Sociedades Concesionarias para la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, de Empresas Radiodifusoras y el Especial de Operadores de Cable.

2. Tras la entrada en vigor de esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procederá a transferir al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el Registro de Sociedades Concesionarias para la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, el Registro de Empresas Radiodifusoras y las inscripciones contenidas en el Registro creado en aplicación

de lo dispuesto en la disposición adicional décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como todos los expedientes que contengan las autorizaciones administrativas para el servicio de difusión de televisión por satélite y sus modificaciones, otorgadas para la prestación de este servicio de difusión.

3. Los órganos competentes inscribirán en los nuevos registros a los anteriores titulares, una vez transformado su título habilitante según lo previsto en la disposición transitoria segunda.

Disposición Transitoria Cuarta

Régimen transitorio de incompatibilidades de licencias

Hasta la fecha del cese efectivo de las emisiones de televisión con tecnología analógica, la limitación de titularidad de licencias no será de aplicación en el caso de que se simultanee una licencia para emitir en analógico y otra que emplee exclusivamente tecnología digital.

Disposición Transitoria Quinta

Servicios de apoyo para las personas con discapacidad

1. Los servicios de accesibilidad de las personas con discapacidad en la programación de los canales a que se refiere el artículo 8 deberán haber alcanzado a 31 de diciembre de cada año los siguientes porcentajes y valores:

	2010	2011	2012	2013
Subtitulación	25%	45%	65%	75%
Horas lengua signos	0,5	1	1,5	2
Horas audiodescripción	0,5	1	1,5	2

2. Los servicios de accesibilidad de las personas con discapacidad en la programación de los canales de servicio público deberán haber alcanzado a 31 de diciembre de cada año los siguientes porcentajes y valores:

	2010	2011	2012	2013
Subtitulación	25%	50%	70%	90%
Horas lengua signos	1	3	7	10
Horas audiodescripción	1	3	7	10

3. Se autoriza al Gobierno para ampliar reglamentariamente los plazos del apartado anterior de acuerdo con la evolución del mercado audiovisual, el proceso

de implantación de la tecnología digital y el desarrollo de los medios técnicos disponibles en cada momento.

4. Hasta el final definitivo de las emisiones de televisión con tecnología analógica, las obligaciones de interpretación de la lengua de signos y de audiodescripción no serán exigibles a las emisiones en analógico.

5. Los canales de televisión de nueva emisión deben alcanzar los tiempos y porcentajes fijados en el artículo 8 en el plazo de cuatro años, extrapolarlo la escala del apartado 1.

Disposición Transitoria Sexta

Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad

Hasta tanto no se apruebe por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, se emitirá en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado, un encuentro de fútbol por cada jornada de la Liga de primera división, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de fútbol, siempre que haya algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo.

Disposición Transitoria Séptima

El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

Hasta la efectiva constitución del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales sus funciones serán ejercidas por el órgano administrativo competente.

Para el caso de la obligación de financiación establecida en el artículo 5 de esta Ley, seguirá en vigor lo dispuesto en el Real Decreto 1652/2004, de 8 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de películas cinematográficas y películas para televisión, europeas y españolas, en todo lo relativo a autoridades competentes y procedimiento aplicable.

Disposición Transitoria Octava

Primer mandato de los miembros del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales

No obstante lo dispuesto en el artículo 50 de esta Ley, el primer mandato de cuatro de los integrantes del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales durará tres años.

En la primera sesión del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se determinará por sorteo, o de forma voluntaria, qué cuatro consejeros cesarán transcurrido el plazo de tres años desde su nombramiento.

Disposición Transitoria Novena

Mejora tecnológica y aprovechamiento del dominio público radioeléctrico para la prestación del servicio de comunicación audiovisual

Las mejoras tecnológicas que permitan un mayor aprovechamiento del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de comunicación audiovisual, no ampliarán, sin embargo, el disfrute del número de canales individuales o dentro de un múltiplex cuya emisión por ondas hertzianas terrestres se hubiera habilitado mediante concesión o licencia antes o después de la entrada en vigor de esta Ley.

Disposición Transitoria Décima

Revisión de la planificación y de las concesiones para la gestión de las televisiones locales por ondas hertzianas

1. Las concesiones para la gestión de televisiones locales por ondas hertzianas, tanto las atribuidas a las administraciones locales como a particulares, que no hubieran iniciado sus emisiones dentro del plazo establecido en la normativa vigente en el momento de su otorgamiento, quedarán automáticamente extinguidas seis meses después de la entrada en vigor de esta Ley.

2. Asimismo, quedarán automáticamente extinguidas cuatro meses después de la entrada en vigor de esta Ley las concesiones para la gestión de televisiones locales por ondas hertzianas, tanto las atribuidas a las administraciones locales como a particulares, que hubieran interrumpido sus emisiones y se hallaran en dicha situación al tiempo de la publicación de la presente norma.

En el plazo de dieciocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, conjuntamente con las Comunidades Autónomas, procederá durante seis meses a la revisión del Plan Técnico Nacional de la Televisión Local con la finalidad de racionalizar su contenido.

3. Mientras se procede a la revisión que se establece en el apartado anterior, las autoridades audiovisuales competentes se abstendrán de convocar y de resolver concursos públicos para el otorgamiento de títulos habilitantes para la gestión de televisiones locales.

Disposición Transitoria Undécima

Cobertura de la televisión digital terrestre en Canarias

En el proceso de extensión de cobertura de la televisión digital terrestre se tendrán en consideración las especiales circunstancias que concurren en Canarias como región ultra periférica, de modo que las coberturas alcanzadas por el servicio de televisión digital terrestre de cobertura estatal sean equivalentes a

las de las restantes Comunidades Autónomas españolas, asegurando asimismo un nivel equivalente de cobertura para cada una de las islas.

Disposición Transitoria Duodécima
Vigencia de los contratos de adquisición de los
derechos de las competiciones futbolísticas

Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor. En caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 años desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirarán forzosamente.

Disposición Transitoria Decimotercera
Emisión de comunicación comercial audiovisual

La Sección II del Capítulo II del Título II de la Ley será de aplicación transcurridos tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

Disposición Transitoria Decimocuarta
*Servicios de comunicación comunitarios
sin ánimo de lucro existentes*

1. Los servicios de comunicación comunitarios sin ánimo de lucro que estuvieran en funcionamiento con anterioridad al 1 de enero de 2009, al amparo de la disposición adicional decimooctava de la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (LISI), optarán a licencias o autorizaciones en el ámbito de cobertura en el que venían prestando su actividad.

2. Respetando los ámbitos competenciales existentes, tanto el procedimiento de concesión de la licencia como la concreción del marco de actuación de los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro se desarrollarán reglamentariamente en un plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición Transitoria Decimoquinta
Digitalización del servicio de radiodifusión sonora terrestre

1. En el plazo de dieciocho meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará el plan técnico de digitalización integral del servicio de radiodifusión sonora terrestre. Este plan se elaborará respetando las actuales concesiones para la gestión de los servicios de radiodifusión sonora por ondas medias (hectométricas), de radiodifusión sonora en ondas métricas

con modulación de frecuencia, de radiodifusión sonora digital terrenal, que se adaptarán y transformarán dentro de la nueva tecnología digital.

2. El Gobierno promoverá, para la confección y desarrollo del Plan de digitalización de la radiodifusión sonora terrestre, la mejor concertación con los sectores empresariales, públicos y privados, de la radiodifusión sonora terrestre, de las empresas de telecomunicaciones que presten servicios soporte del servicio de difusión, de las empresas del sector de la electrónica y de las empresas del sector automovilístico, entre otras.

Dentro del plazo de doce meses, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno presentará a la Comisión y al Consejo Europeos, según corresponda, una propuesta de coordinación de los Estados de la Unión para la digitalización global y conjunta de los servicios de radiodifusión terrestre.

Disposición Derogatoria

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley. Y en concreto, quedan expresamente derogadas:

1. La Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión.
2. La Ley 46/1983, de 26 de diciembre, del Tercer Canal de Televisión.
3. La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.
4. La Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.
5. La Ley 11/1991, de 8 de abril, de Organización y Control de las Emisoras Municipales de Radio.
6. La Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.
7. La Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, en lo referido a los servicios de comunicación audiovisual por satélite.
8. La Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres.
9. La Ley 21/1997, de 3 de julio, Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos.
10. La disposición adicional cuadragésimo cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
11. La disposición adicional cuadragésimo cuarta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
12. La disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y el Sector Audiovisual.
13. Las disposiciones adicionales décima y transitorias sexta, octava y décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

14. La disposición adicional trigésima de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

15. La Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, salvo el artículo 5 que modifica el Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, y salvo la disposición adicional segunda, relativa a la garantía de accesibilidad para personas con discapacidad y la disposición adicional séptima, relativa a la cobertura por satélite del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal.

16. Ley 7/2009, de 3 de julio, de medidas urgentes en materia de Telecomunicaciones.

17. Real Decreto-Ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regula para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional.

18. El punto 6 de la letra a) del anexo (definiciones) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Disposición Final Primera

Modificación de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

Se modifica el apartado 1 de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que quedará redactado en los siguientes términos:

1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Corporación RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional del Sector Postal y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley.

El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía.

Disposición Final Segunda

Modificación de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal

La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y Televisión de Titularidad Estatal, queda modificada en los siguientes términos:

Uno. El apartado 1 del artículo 3 queda redactado como sigue:

1. Se atribuye a la Corporación de Radio y Televisión Española, S. A., Corporación RTVE, la gestión del servicio público de radio y televisión en los términos que se definen en esta Ley.

Dos. El apartado 4 del artículo 3 queda redactado como sigue:

4. El conjunto de las producciones y emisiones de radio y televisión efectuadas por la Corporación RTVE deberá cumplir con las obligaciones integradas en la función de servicio público definida en la presente Ley.

Tres. El apartado 1 del artículo 7 queda sin contenido.

Cuatro. El apartado 2 del artículo 7 queda redactado como sigue:

2. La Corporación RTVE podrá constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten la forma de sociedad mercantil y cuyo objeto social esté vinculado con las actividades y funciones de aquélla, incluidas las de servicio público. La adquisición o pérdida de la participación mayoritaria, directa o indirecta, de la Corporación RTVE en el capital social de dichas sociedades requerirá la previa autorización del Consejo de Ministros.

Cinco. El párrafo segundo del apartado 3 del artículo 7 queda suprimido.

Seis. El apartado 5 del artículo 7 queda redactado como sigue:

5. La Corporación RTVE no podrá ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determine el mandato marco.

Siete. El apartado 2 del artículo 11 queda redactado como sigue:

2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, dos de los miembros del Consejo a elegir por el Congreso, lo serán a propuesta de los dos sindicatos más representativos a nivel estatal con implantación en la Corporación.

Ocho. La letra d) del apartado 4 del artículo 16 queda redactada como sigue:

d) Supervisar la labor de la dirección de la Corporación RTVE y de sus sociedades filiales.

Nueve. La letra o) del apartado 4 del artículo 16 queda redactada como sigue:

o) Determinar el procedimiento interno aplicable por la Corporación RTVE para el ejercicio del derecho de acceso reconocido en el artículo 20.3 de la Constitución.

Diez. El apartado 1 del artículo 24 queda redactado como sigue:

1. Los Consejos de Informativos son los órganos internos de participación de los profesionales de la información de la Corporación RTVE para velar por su independencia y la objetividad y veracidad de los contenidos informativos difundidos.

Once. La letra d) del apartado 2 del artículo 24 queda redactada como sigue:

d) Informar con carácter no vinculante las propuestas de nombramiento de los directores de los servicios informativos de la Corporación RTVE.

Doce. El apartado 1 del artículo 25 queda redactado como sigue:

1. La producción y programación de la Corporación RTVE deberá ajustarse al cumplimiento de sus funciones de servicio público.

Trece. El apartado 3 del artículo 28 queda redactado como sigue:

3. La Corporación RTVE garantizará la disponibilidad de los medios técnicos y humanos necesarios para la realización de los espacios para el ejercicio del derecho de acceso.

Catorce. El artículo 29 queda redactado como sigue:

Artículo 29. Patrimonio.

1. La Corporación RTVE tendrá un patrimonio propio. Los bienes y derechos de la Corporación RTVE serán en todo caso de dominio privado o patrimoniales.

2. La gestión, administración, explotación y disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Corporación RTVE se regirá por lo dispuesto en esta Ley sobre el mismo y, en su defecto, por el ordenamiento privado.

Quince. Los apartados 2 y 3 del artículo 30 quedan redactados como sigue:

2. Sin perjuicio de lo anterior, la actividad contractual de la Corporación RTVE se regirá por el ordenamiento jurídico privado.

3. Los servicios prestados, en su caso, por la Corporación RTVE a sus sociedades filiales estarán remunerados de forma adecuada según criterios de mercado, debiendo la Corporación RTVE establecer cuentas separadas a tal efecto.

Dieciséis. El párrafo primero del artículo 31 queda redactado como sigue:

La Corporación RTVE, y cualesquiera otras sociedades en las que posea, directa o indirectamente, la mayoría del capital social sólo podrán recurrir al endeudamiento para la financiación de sus inversiones en inmovilizado material e inmaterial y para atender desfases temporales de tesorería.

Diecisiete. El párrafo primero del artículo 33 queda redactado como sigue:

Las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público se consignarán en los Presupuestos Generales del Estado. Estas compensaciones tendrán carácter anual y no podrán superar el coste neto del servicio público prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario. A estos efectos, se considera coste neto la diferencia entre los costes totales y sus otros ingresos distintos de las compensaciones.

Dieciocho. El apartado 2 del artículo 35 queda redactado como sigue:

2. El programa de actuación plurianual estará integrado por los estados financieros y documentación exigida por la Ley General Presupuestaria y reflejará los datos económico-financieros previstos para el ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado y a los dos ejercicios inmediatamente siguientes, según el contrato-programa conforme a las líneas estratégicas y objetivos definidos para la Corporación RTVE.

Diecinueve. El apartado 5 del artículo 37 queda redactado como sigue:

5. La Corporación RTVE deberá llevar un sistema de contabilidad analítica que permita presentar cuentas separadas de las actividades de servicio público y del resto de actividades que realice, con objeto de determinar el coste neto a que se refiere el artículo 33 de esta Ley.

Veinte. El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 38 queda redactado como sigue:

Estará sujeto a una relación laboral especial aquel personal directivo de la Corporación cuyas funciones reúnan los requisitos exigidos por el ordenamiento para que su contrato sea calificado como de alta dirección.

Veintiuno. El apartado 2 del artículo 38 queda redactado como sigue:

2. El personal de alta dirección a que se refiere el apartado anterior estará sujeto al mismo régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 15 de esta Ley, para los consejeros de la Corporación RTVE.

Veintidós. El artículo 42 queda redactado como sigue:

Artículo 42. Operaciones de fusión, escisión y extinción.

Las operaciones de fusión, escisión o extinción de la Corporación RTVE y cada una de las sociedades participadas, directa o indirectamente, de forma mayoritaria requerirán la previa autorización del Consejo de Ministros. Asimismo se requerirá dicha autorización previa para la disolución de las mismas por las causas enumeradas en los apartados 1, 3, 6 y 7 del artículo 260.1 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Disposición Final Tercera
*Modificación de la Ley 8/2009, de 28 de agosto,
de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.*

La Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, queda modificada en los siguientes términos:

Uno. El encabezamiento del apartado 1 del artículo 2 queda redactado como sigue:

1. La Corporación RTVE se financiará con los siguientes recursos:

Dos. El apartado 3 del artículo 4 queda redactado así:

3. La Agencia Estatal de Radiocomunicaciones gestionará la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico y la Dirección General del Tesoro y Política Financiera ordenará el pago del importe del porcentaje sobre el rendimiento de la aludida tasa a la Corporación de Radio y Televisión Española, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen.

Tres. El apartado 1 del artículo 7 queda redactado como sigue:

1. La Corporación RTVE podrá obtener ingresos, sin subcotizar los precios de su actividad mercantil, por los servicios que preste y, en general, por el ejercicio de sus actividades, incluyendo la comercialización de sus contenidos, tanto de producción propia como de producción mixta o coproducción, siempre que los ingresos no procedan de actividades de publicidad o de televenta en cualquiera de sus formas, incluido el patrocinio y el intercambio publicitario de productos o programas, ni se trate de ingresos derivados del acceso condicional que no estén autorizados conforme a la presente Ley. No obstante, se permitirán los patrocinios y el intercambio publicitario de eventos deportivos y culturales, que se enmarquen dentro de la misión de servicio público de la Corporación, sin valor comercial y siempre que tengan este sistema como única posibilidad de difusión y producción.

Excepcionalmente podrán emitirse competiciones deportivas con contrato de patrocinio u otras formas comerciales cuando éstas formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.

Asimismo, y en función de lo establecido en el artículo 9.1.k) de la presente Ley, la Corporación RTVE podrá aceptar patrocinios, siempre que éstos sólo sean difundidos a través de los canales internacionales de televisión.

Los ingresos derivados de lo establecido en los dos párrafos anteriores se minorarán de las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.

Cuatro. La disposición transitoria primera queda redactada como sigue:

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Emisiones de publicidad, televenta y programas de acceso condicional.

1. A partir de la entrada en vigor de esta Ley la Corporación RTVE no podrá emitir publicidad, televenta y, en su caso, programas de acceso condicional, excepto en los supuestos a los que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 7 de esta Ley.

2. Sin embargo, cuando las emisiones de publicidad, televenta y programas de acceso condicional tengan su origen en contratos celebrados por la Corporación RTVE que se hayan perfeccionado con terceros en una fecha fehaciente anterior a la entrada en vigor de esta Ley, las actividades de publicidad, televenta y programación de acceso condicional se desarrollarán en los términos establecidos en los respectivos contratos, aunque sin que éstos puedan ser prorrogados en ningún caso.

3. Los ingresos derivados de lo establecido en el apartado anterior se minorarán de las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.

Disposición Final Cuarta

Mandato marco a la Corporación RTVE

La aprobación de las modificaciones legales contempladas en las disposiciones finales segunda y tercera de esta Ley implica la adaptación o supresión de los artículos que se opongan a ellas del Mandato-marco a la Corporación RTVE aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del 11 de diciembre de 2007 y por el Pleno del Senado en su sesión del 12 de diciembre de 2007.

Disposición Final Quinta

Incorporación de derecho de la Unión Europea

Mediante esta Ley se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Disposición Final Sexta

Título competencial

La presente Ley se dicta al amparo de la competencia del Estado para dictar legislación básica del régimen de prensa, radio y televisión recogida en el artículo 149.1.27 de la Constitución, salvo los artículos 5.3, párrafo noveno, 11, 31 y el apartado 5 de la disposición transitoria segunda que se dictan al amparo de la competencia estatal exclusiva en materia de telecomunicaciones, prevista por el artículo 149.1.21 de la Constitución.

Las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando, en todo caso, las competencias exclusivas y compartidas en materia de medios de comunicación y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía.

Disposición Final Séptima
Habilitación normativa

Se faculta al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de la presente Ley.

Disposición Final Octava
Entrada en vigor

La presente Ley entrará en vigor en el plazo de un mes desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

JURISPRUDENCIA

De nuevo sobre el valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano

Mariliana Rico Carrillo*

En el número 10 de Derecho y Tecnología publicamos un artículo sobre las consideraciones expuestas por la Sala de Casación Civil y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en relación con el valor probatorio de los correos electrónicos incorporados a las actuaciones procesales en formato impreso. Nuevamente hemos encontrado en la jurisprudencia de este Máximo Tribunal una decisión donde se discute el valor probatorio de este tipo de documentos. En esta oportunidad, la decisión proviene de la Sala de Casación Social y merece que nos detengamos de nuevo en el análisis de este tipo de pruebas.

El caso que se plantea tiene su origen en una demanda laboral donde se denuncia la infracción a los artículos 4 y 8 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (en adelante LMDFE), entre otras normas de carácter procesal y laboral. Antes de pasar al análisis de los argumentos expresados por esta Sala en relación con las supuestas infracciones denunciadas respecto del valor probatorio de los correos electrónicos como medios de prueba, estimamos necesario recordar que de acuerdo con los principios de la LMDFE, los correos electrónicos en su consideración de mensajes de datos gozan de valor probatorio y eficacia jurídica en las mismas condiciones de los documentos tradicionalmente soportados en papel. Como lo pusimos de manifiesto en nuestro comentario anterior, a la hora de establecer el valor probatorio de estos documentos habrá que tomar en consideración los aspectos que rodean su emisión, así como la forma de incorporación de los correos al proceso¹. Para que el principio de equivalencia funcional entre el documento electrónico y el documento escrito pueda aplicarse en toda su extensión, es necesario que los correos electrónicos se aporten al proceso en su formato original (el soporte electrónico), ya que por

* Doctora en Derecho mención "Cum Laude" por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad de Carabobo. Profesor Asociado 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

¹ Vid. RICO CARRILLO, Mariliana: "La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano", en *Derecho y Tecnología*, No. 10, 2009, pp. 329.

disposición expresa del artículo 4 de la LMDFE: "*La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en forma impresa, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas...*"

En esta oportunidad, la recurrente denuncia infracción a la LMDFE alegando que el Juez de Alzada otorgó indebidamente valor probatorio a unos correos electrónicos que se incorporaron al proceso en forma impresa, con la finalidad de acreditar la relación laboral objeto del litigio y probar que el demandante cumplía funciones de vendedor y asesor técnico de la demandada. El caso es que los documentos en cuestión fueron impugnados por la demandada en cuanto a su legitimidad, legalidad y confiabilidad, y pese a esta impugnación, fueron considerados como pruebas con valor pleno por el sentenciador de Alzada. Entre las razones expresadas por la recurrente en sus alegatos para desvirtuar el valor probatorio de estos documentos se indica que los correos electrónicos incorporados al proceso en formato impreso:

...no reúnen los requisitos para que puedan ser catalogados como documentos, pues no consta que se haya utilizado la firma electrónica del destinatario, especialmente el sistema de doble llave certificada o no, que garantiza la identidad de los sujetos intervinientes en el proceso de comunicación electrónica, por lo cual no se puede determinar la validez absoluta del documento.

En nuestra opinión, y si bien es cierto que el Juez de Alzada incurrió en error en la valoración del correo electrónico, no es éste el argumento de mayor peso para desacreditar el valor probatorio de ese instrumento en el caso en cuestión, ya que por aplicación de los principios establecidos en la LMDFE, los mensajes de datos no requieren de este tipo de firma para tener valor jurídico. Si bien es cierto que para que la firma incorporada al documento electrónico tenga el mismo valor de la firma manuscrita se deben cumplir unos requisitos específicos, no es menos que los mensajes de datos que no cumplan estos los requisitos no dejan de tener valor como elementos de prueba, ya que por disposición de la propia LMDFE podrán ser valorados por el juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica².

La razón fundamental para desvirtuar la prueba en el litigio planteado, se encuentra en el hecho que el correo fue incorporado al proceso en forma impresa y en estos casos, el legislador le atribuye el valor de copia fotostática. Sobre las copias es de recordar que tanto la ley procesal general venezolana aplicable a la materia probatoria (Código de Procedimiento Civil) como la ley especial

² En el marco de la LMDFE, los requisitos para que la firma electrónica tenga la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa están establecidos en el artículo 16. De acuerdo el artículo 17, la firma que no reúna los requisitos del citado artículo no tendrá los efectos jurídicos equivalentes a la firma autógrafa, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

aplicable a este litigio en concreto (Ley Orgánica Procesal del Trabajo) establecen que en el caso de las fotocopias éstas se tendrán como fidedignas siempre que no sean impugnadas por el adversario, hecho que ocurrió en el caso objeto de análisis. La simple impugnación de los correos electrónicos por la demandada les resta todo el valor probatorio que se les habría podido atribuir y así debió decidir la Alzada, máxime cuando para la fecha de la decisión ya existía jurisprudencia del propio TSJ en la materia³.

En sus consideraciones sobre el valor probatorio de los correos electrónicos en cuestión, la Sala de Casación Social del TSJ acertadamente se remite al análisis del artículo 4 de la LMDFE que dispone que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, y que su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres; norma que también dispone 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.

Con suficiente claridad y acierto, el TSJ en la valoración del correo electrónico incorporado al proceso en forma impresa declara que:

...con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática.

En relación con la eficacia probatoria de las copias fotostáticas, el propio Tribunal aplica correctamente el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que establece que éstas carecerán de valor probatorio, si la parte contra quien obran las impugnase y su certeza no pudiese constatarse con la presentación de los originales o con el auxilio de otro medio de prueba que demuestre su existencia.

Es de destacar el error en que incurre la Alzada en la valoración de las pruebas electrónicas al no aplicar la norma procesal en cuestión y atribuir valor probatorio a los correos electrónicos, aun cuando estos fueron impugnados por la parte contraria. Estos correos, en su consideración de copias fotostáticas, hubieran podido hacerse valer con el auxilio de otro medio de prueba, pero lo cierto es que en el caso no se aportó ninguna prueba adicional, es por ello que el propio TSJ declara que hubo error en la valoración de las pruebas por parte de la Alzada, toda vez que "*...la Sentenciadora debió desecharlos del proceso y no lo hizo, infringiendo así el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*".

El criterio sobre el valor probatorio de los correos electrónicos en formato impreso y la desestimación como elemento probatorio en caso de impugnación

³ Vid. Sentencia de la Casación Civil de 5 de marzo de 2007 del TSJ. El texto íntegro de esta sentencia se encuentra publicada en el número 10 de *Derecho y Tecnología*, pp. 331-354.

es conforme con la jurisprudencia previa del TSJ que se ha encargado de analizar este tipo de documentos, así se observa en las sentencias de la Sala de Casación Civil de 5 de marzo de 2007 (Exp. No. 06-1657) y de la Sala Político Administrativo de 12 de febrero de 2008 (Exp. 2004-0183). Es de destacar que aunque en este último caso los correos electrónicos impresos no fueron impugnados, tampoco se pudo acreditar su valor probatorio por cuanto el emisor y el destinatario eran terceros ajenos al juicio y no se produjo la ratificación testimonial para acreditar su valor, tal como lo dispone el Código de Procedimiento Civil.

Con estas consideraciones queremos poner de manifiesto una vez más la importancia del tratamiento de la prueba documental electrónica y su encuadramiento dentro de las normas procesales. Sobre este aspecto estimamos necesario recordar que la LMDFE dispone que la promoción, control y evacuación de los mensajes de datos se realizará conforme a lo previsto en las normas procesales para las pruebas libres, y que en el caso de las pruebas libres, por disposición del propio Código de Procedimiento Civil se deben aplicar las reglas relativas a medios semejantes; por lo tanto, es correcto aplicar a los mensajes de datos las reglas de valoración de la prueba documental.

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Exp. N° 08-1985
Ponencia del Magistrado Doctor JUAN RAFAEL PERDOMO

En el juicio que, por cobro de prestaciones sociales, sigue el ciudadano **ELEUDORAMÓN PEREDAURDAETA**, representado por los abogados Luis Enrique Ferreira Molero, David José Fernández Bohórquez, Carlos Alfonso Malavé González, Joanders José Hernández Velásquez, Nancy Chiquinquirá Ferrer Romero, Alejandro Enrique Ferreira Rodríguez y María Soledad Herrera, contra la sociedad mercantil **SUPLIDORA VENEZOLANA C.A. (SUPLIVENCA)**, representada por los abogados Diego Pardi Arconada, Rolando Hernández Crespo, Rafael Díaz Oquendo, Célida Zuleta Nery, Mercedes Ugarte Caldera y Sonsiree Meza Leal, el Juzgado Cuarto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, conociendo por apelación de la parte actora, en sentencia publicada en fecha 16 de

octubre de 2008, declaró parcialmente con lugar la demanda, revocando la decisión proferida por el *a quo* de fecha 11 de agosto de 2008, que declaró sin lugar la demanda.

Contra esta decisión de Alzada, la parte demandada anunció y formalizó oportunamente recurso de casación. No hubo contestación.

Cumplidas las formalidades legales con el nombramiento de ponente en la persona del Magistrado quien con tal carácter suscribe, la celebración de la audiencia oral, pública y contradictoria y la emisión de la decisión inmediata contemplada en el encabezamiento del artículo 174 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, pasa en esta oportunidad la Sala a reproducir y publicar la sentencia en los términos siguientes:

PUNTO PREVIO

Antes de proceder al examen de la formalización del recurso de casación, es menester realizar el pronunciamiento siguiente:

La Sala observa que ambas partes anunciaron recurso de casación, empero, el Juzgado de alzada, al pronunciarse sobre la admisión de los recursos, admitió sólo el anunciado por la actora, omitiendo pronunciamiento sobre el ejercido por la demandada, razón por la cual debe la Sala resolver sobre la admisibilidad de éste, no sin antes llamar la atención del Sentenciador de la recurrida, apercibiéndolo para que sea más diligente

en el ejercicio de sus funciones, y así evitar incurrir en este tipo de omisiones en casos futuros.

En este sentido, visto que la sentencia recurrida pone fin al proceso; que la recurrente tiene interés para recurrir; que el recurso fue anunciado tempestivamente, es decir, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la publicación de la sentencia recurrida; y que el interés principal en esta causa excede la cuantía exigida para recurrir en casación; se admite el recurso de casación anunciado por la parte demandada.

RECURSO DE CASACIÓN

I

Con fundamento en el ordinal 2° del Artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, denuncia el formalizante la infracción de los artículos 4° y 8° del Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, todos por falta de aplicación.

Alega la recurrente que la Alzada otorgó valor probatorio a correos electrónicos impresos para dar por demostrado que el demandante cumplía funciones de vendedor y asesor técnico, siendo que tales documentos fueron impugnados por la demandada en cuanto a su legitimidad, legalidad y confiabilidad; que, al no demostrar

el presentante de dichos documentos su certeza, la Sentenciadora debió desecharlos del proceso y no lo hizo, infringiendo así el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Aduce que los cuestionados documentos, que consisten en un supuesto mensaje de datos impreso, no reúnen los requisitos para que puedan ser catalogados como documentos, pues no consta que se haya utilizado la firma electrónica del destinatario, especialmente el sistema de doble llave certificada o no, que garantiza la identidad de los sujetos intervinientes en el proceso de comunicación electrónica, por lo cual no se puede determinar la validez absoluta del documento.

Acusa la influencia de terminante de la valoración de esta prueba, ale-

gando que con fundamento en ella la Alzada dio por demostrado que el demandante cumplía funciones de asesor técnico y vendedor, así como la existencia de la relación de trabajo.

Para decidir la Sala observa:

Los documentos aquí cuestionados son mensajes de datos, reproducidos en formato impreso.

Sobre los mensajes de datos el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 4º, dispone que tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, y que su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres.

Asimismo, la citada norma dispone 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.

De manera que, con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática.

Con respecto a la eficacia probatoria de las copias fotostáticas, el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que

carecerán de valor probatorio, si la parte contra quien obran los impugnare y su certeza no pudiese constatare con la presentación de los originales o con auxilio de otro medio de prueba que demuestre su existencia.

En el caso concreto, del texto de la recurrida se desprende que las reproducciones en formato impreso cuestionadas fueron impugnadas por la parte demandada, y que la actora insistió en hacerlas valer, sin embargo, no consta que haya aportado prueba alguna para demostrar su existencia.

No obstante, la Alzada no aplicó el artículo 78 de la Ley Adjetiva Laboral y las desechó, sino que les otorgó pleno valor probatorio, incurriendo en un error en la valoración de dichas pruebas.

Empero, considera la Sala que tal error no tiene influencia determinante en el dispositivo del fallo recurrido, pues no es al demandante a quien correspondía demostrar que era vendedor dependiente de la demandada, sino que es a ésta a quien correspondía desvirtuar la presunción de laboralidad que amparaba a aquel, y en ese sentido, la Sentenciadora, en ejercicio de su soberana apreciación, conforme a lo alegado y probado en autos, estableció que la demandada no logró desvirtuarla.

Por las razones expuestas, la denuncia se declara improcedente. Así se decide.

II

Con fundamento en el ordinal 2° del Artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denunció el formalizante el vicio de inmotivación por silencio de prueba.

Alega la recurrente que la Alzada silenció parcialmente la declaración de parte rendida por la demandada, con la cual -según su decir- se reafirma el argumento explanado en la contestación de la demanda, relativo al acuerdo inicial entre las partes de no vincularse en una relación de naturaleza laboral; que de la mencionada declaración se extraen los siguientes hechos: 1) que el demandante planteó la posibilidad a la demandada de tener ingresos adicionales porque, con lo que recibió por prestaciones sociales en Polar, iba a montar su negocio; 2) que el demandante tenía a la Polar como cliente porque la conocía, por ello la pidió y se le permitió; 3) que posteriormente los clientes o empresas lo trataban de ubicar y no se comunicaban con él; y 4) que si no habían pedidos bajaban sus comisiones o no las ganaba.

Aduce que la Sentenciadora silenció la prueba de testigos promovida por la demandada; que la Alzada desechó los testigos por ser empleados de la empresa demandada; que es un hecho incontestable que los trabajadores o empleados de una empresa son los únicos que pueden apreciar observar o escuchar todo cuanto acontece en el sitio de trabajo; que desechar los testigos sobre la única premisa de ser empleados de la empresa, implica un razonar falso en

el silogismo que viola la base para su valoración.

Para decidir la Sala observa:

La inmotivación por silencio de pruebas se configura cuando el Juez omite cualquier mención sobre una prueba promovida y evacuada por las partes, y cuando, a pesar de haber mencionado su promoción y evacuación se abstiene de analizar su contenido y señalar el valor que le confiere o las razones para desestimarla, siendo necesario, además, que las pruebas silenciadas sean determinantes para la resolución de la controversia, pues por aplicación del principio finalista y para evitar reposiciones inútiles, no se declarará la nulidad de la sentencia recurrida si la deficiencia concreta que la afecta no impide determinar el alcance subjetivo u objetivo de la cosa juzgada, o no hace imposible su eventual ejecución.

En el caso concreto, el formalizante fundamenta la denuncia en la disposición contenida en el ordinal 2° del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Ahora, el vicio de silencio de prueba configura uno de los supuestos de inmotivación, y como tal debe denunciarse con fundamento en el ordinal 3° del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

De allí que, la técnica de formalización de una denuncia por este motivo exige que: 1) la denuncia se fundamente en la disposición de la Ley Adjetiva señalada; 2) se señale con precisión la o las pruebas silenciadas

por la sentencia recurrida; y 3) se acuse la influencia determinante que el defecto formal tenga en el dispositivo de la sentencia.

No obstante la deficiencia técnica que presenta la formalización, la Sala procederá al examen de la denuncia.

En relación con la declaración de parte de la demandada, se observa que la recurrida no sólo analizó íntegramente la mencionada prueba, sino que la confrontó con la declaración de la actora, para concluir que *"la parte demandada, con las pruebas evacuadas en el presente procedimiento, no logró desvirtuar la naturaleza laboral de la relación sostenida con la parte actora"*.

En relación con la prueba de testigos, se observa que la recurrente, más que fundamentar una denuncia por silencio de prueba, lo que hace es cuestionar la valoración que hace la Alzada de la prueba en cuestión. En todo caso, como paradójicamente señala la propia formalización, la

recurrida sí analizó dicha prueba y desechó los testimonios al no merecerles fe, por ser los deponentes trabajadores de la demandada.

Además, la apreciación en cuanto a la credibilidad que le merece el testigo y a la existencia de razones para desechar su testimonio, es de la soberana y libre apreciación de los jueces de instancia, por lo que lo establecido por éstos al respecto, sólo podrá ser revisado por la Sala cuando se haya formalizado adecuadamente una denuncia de casación sobre los hechos, lo que permitirá a la Sala descender a examinar las actas y censurar la apreciación y valoración de la prueba de testigos que realice el Sentenciador, de ser procedente. En todo caso, debe el formalizante en su denuncia especificar la influencia determinante que tenga el error denunciado en el dispositivo del fallo.

Por todo lo expuesto, esta denuncia se declara improcedente. Así se decide.

III

Con fundamento en el ordinal 2º del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, denunció el formalizante la infracción de los artículos 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y 1.363 del Código Civil, ambos por falta de aplicación.

Alega la recurrente que la Sentenciadora de alzada le otorga pleno valor probatorio a documentos producidos por la demandada, y reconocidos y aceptados por la actora,

pero no establece de qué manera los valora; que de dichos documentos se evidencia el pago de honorarios profesionales, realizado por la demandada al demandante, por asesoría técnica.

Para decidir la Sala observa:

Vistas las normas delatadas, la Sala entiende que el formalizante ha querido denunciar la infracción de las reglas para la valoración de la prueba de instrumento privado, empero, no señala cuál es el documento erróneamente valorado por la recurrida, ni

cuál es el error en que incurrió la Sentenciadora, lo cual imposibilita que la Sala examine la denuncia. No puede admitirse la denuncia de que el juez no valoró adecuadamente algunas pruebas, sin precisar cuáles, ni señalar

cuál fue el error cometido, pues ello estaría abriendo la casación al examen general de las pruebas, lo cual le está vedado.

Por las razones que anteceden, la denuncia se desecha. Así se decide.

IV

Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, denunció el formalizante la infracción de los artículos 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, y 1.160 del Código Civil, por falsa aplicación el primero y por falta de aplicación el último.

Alega la recurrente que la demandada aportó los elementos probatorios destinados a desvirtuar la presunción de laboralidad, sin embargo, la Sentenciadora concluyó en la existencia de la relación de trabajo basada en la declaración de parte de la actora; que no existen pruebas de que el actor estuviera bajo el control, supervisión, horario o dependencia de la demandada; que los instrumentos denominados autorización de salida de materiales, manejo, retiro y entrega de materiales son demostrativos de los controles que la empresa impone a todo aquel que pretenda extraer o ingresar material, bienes o equipos de sus instalaciones.

Aduce que la remuneración pagada al demandante por los servicios de asesoría técnica no reúne las características del salario; que dicha remuneración es proporcional con la labor ejecutada, pero no se corresponde, por ser muy elevada, con las comisiones pagadas a un vendedor; que el demandante no facturaba ni realizaba las

cobranzas; que su asesoría se limitaba a satisfacer las necesidades del cliente; que lo expresado por la actora en el libelo no se corresponde con lo declarado en la audiencia en relación con el horario de trabajo.

Señala que demostrado en autos que el demandante había estado vinculado a las empresas Polar, lo que lo califica como una persona preparada para la negociación, resulta imposible pensar que hubiese aceptado o convenido vincularse en una relación que vulnerara sus derechos.

Para decidir la Sala observa.

Del análisis de la formalización se desprende que la recurrente, lejos de plantear argumentos concretos que fundamenten las infracciones delatadas, lo que pretende es un examen general de la causa por parte de esta Sala, lo cual le está vedado, razón suficiente para desechar la denuncia.

No obstante, es pertinente señalar que el Sentenciador de alzada en uso de su soberana apreciación de los hechos y aplicando el test de laboralidad, concluyó que la parte demandada no logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo a favor de la actora.

Por consiguiente, la denuncia se desecha. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara **SIN LUGAR** el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandada contra la sentencia publicada el 16 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado Cuarto Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

Se condena en las costas del recurso a la parte demandada recurrente.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen, antes identificado, todo de conformidad con el artículo 176 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los dos (2) días del mes de julio de dos mil diez. Años: 200° de la Independencia y 151° de la Federación.

El Presidente de la Sala,
Omar Alfredo Mora Díaz

El Vicepresidente Ponente,
Juan Rafael Perdomo

Magistrado,
Alfonso Valbuena Cordero

Magistrado,
Luis E. Franceschi Gutiérrez

Magistrada,
Carmen Elvigia Porras de Roa

El Secretario,
José E. Rodríguez Noguera

R.C. N° AA60-S-2008-1985
Nota: Publicada en su fecha
El Secretario,



ÍNDICE ACUMULADO

ARTÍCULOS

CONFERENCIAS

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

RESEÑA LEGISLATIVA

CRÓNICA JURÍDICA

LEGISLACIÓN

NACIONAL
INTERNACIONAL

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS
SENTENCIAS

RECENSIÓN

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA
ESPECIALIZADA

ARTÍCULOS

- 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.
- 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.
- 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
- 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.
- 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.
- 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 REMOLINA ANGARITA.
- 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.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquivar 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
- IRIARTE AHON, 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
- 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 GOMILA, 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 “popurri” 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/Junio 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
- SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.
- La Directiva europea sobre comercio electrónico. **1**, (2002), 73-91.
- SALGUEIRO A., 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.
- 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.
- VARGASLEAL, Luis.
- Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. **4**, (Enero/Julio 2004), 23-62.
- 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– electrificación 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.
- 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.

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

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 prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la Repú-

blica 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 Admi-

- nistrativas 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.
- 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 telecomunicaciones. **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

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 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

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 entida-

des 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.

JURISPRUDENCIA

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.

PALAZZI, Pablo A.

- Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 339-349.

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

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, Marcial Pons, 2006. 9, Enero/Diciembre 2007), 321-324.

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 TachireNSE 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 WindowsTM 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (ExcelTM, Corel DrawTM, 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	12/2011
---	---------

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2011,
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó
de imprimir en el mes de **octubre de 2011**, en los talleres de
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de **250** ejemplares.
San Cristóbal - Venezuela

