DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TACHIRA

6-7/2005

Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado

Número 6-7
Enero - Diciembre 2005
Depósito Legal: p.p 200202TA1209
ISSN: 1317-9306

Universidad Católica del Táchira
San Cristóbal - Venezuela

Derecho y Tecnología

Revista arbitrada de Derecho y Nuevas Tecnologías
Editada por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas
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: Semestral

Revista Derecho y Tecnología
Número 6-7
Enero / Diciembre 2005

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

Universidad Católica del Táchira

Revista Derecho y Tecnología **6-7/2005**
Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas

ÍNDICE

Artículos

Paula LÓPEZ ZAMORA: Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información 11
Julián VALERO TORRIJOS: El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración (Análisis desde la perspectiva del Derecho español) 27
María Inés ARIAS DE RINCÓN: La protección al consumidor en el comercio electrónico 53
Nuria CUADRADO GAMARRA: Los Códigos tipo en la legislación española 73
Antonia PANIZA FULLANA: Análisis jurídico de los *spyware*, *web bugs* y *mail bugs*. (*Su problemática utilización en la protección de los derechos de autor*) 91
León David YAYA NARVÁEZ y Jeimy J. CANO M.: Consideraciones legales y comerciales sobre VoIP en Colombia 115
Mª José SENENT VIDAL: La protección jurídica del denominado "conocimiento libre" 141
Henar ÁLVAREZ CUESTA: El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español 171
José Gustavo QUIRÓS HIDALGO: "El régimen de propiedad intelectual del profesorado universitario en España y su relación con los sistemas Open Access" 183
Juan Pablo APARICIO VAQUERO: Derecho y tecnología de protección de las obras en formato electrónico 203
Víctor VÁZQUEZ: La propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales 229

Legislación

Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión de fecha 7 de diciembre de 2004 249
Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología y Innovación de fecha 3 de agosto de 2005 299
Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de fecha 12 de diciembre de 2004 331
Decreto N° 3.390 Sobre el uso del software libre en la Administración Pública de fecha 23 de diciembre de 2004 345

Jurisprudencia

José Ovidio SALGUEIRO: 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 353
Miguel ARRIETA ZINGÜER: 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 357
Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano de 8 de noviembre de 2005 365

Recensión

Mariliana RICO CARRILLO: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada 377
- BATUECAS CALETRIO, Alfredo. *Pago con tarjeta de crédito: Naturaleza y régimen jurídico*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Nº 15 (monográfico), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs. 377

Índice acumulado 379

EDITORIAL

En esta nueva publicación de *Derecho y Tecnología* presentamos a nuestros lectores una edición especial, que reúne los aportes doctrinarios y jurisprudenciales suministrados por nuestros colaboradores para su inclusión en los números 6 y 7, correspondientes al primer y segundo semestre de 2005.

En nuestra labor de participación en grupos de trabajo y eventos relacionados con *Derecho y Tecnología,* durante el año 2005 tuvimos la oportunidad de asistir a las Jornadas sobre Conocimiento Libre, organizadas por el Centro de Educación y Nuevas Tecnologías y el Grupo de Investigación Género y Tercer Sector, de la Universidad Jaume I de Castellón.

Aprovechamos la oportunidad para agradecer a la Prof. María José Senent Vidal, la invitación a las mencionadas jornadas, donde una vez más tuvimos la oportunidad de intercambiar conocimientos y experiencias prácticas en el área de Derecho y Nuevas Tecnologías. Igualmente a los profesores Gustavo Quirós Hidalgo y Henar Álvarez Cuesta, de la Universidad de León, por su amabilidad en facilitarnos el resultado de sus investigaciones para ser publicadas en *Derecho y Tecnología.*

Hacemos extensivas nuestras palabras de agradecimiento a todos los autores de esta edición, que marca el inicio de una nueva etapa en la publicación y difusión del conocimiento en el área de *Derecho y Tecnología.*

Mariliana Rico Carrillo

DOCTRINA

Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información

Paula López Zamora*

SUMARIO: 1. El derecho a la información: aproximación teórica. 2. Sociedad de la Información. 3. Internet como motor básico de la Sociedad de la Información. 4. Revisiones del derecho a la información desde el contexto de la Sociedad de la Información.

Resumen

El derecho a la información arrastra, desde siempre, una trascendente problemática centrada, básicamente, en la delimitación de su alcance y contenido. El advenimiento de la sociedad de la información, cuyo motor de desarrollo básico es Internet, lejos de paliar estos inconvenientes, ha generado nuevas objeciones a la par que ha agudizado las ya existentes. La bidireccionalidad de la información y la facilidad con la que ésta puede ser tratada han de reconfigurar necesariamente el contorno del derecho a la información, el cual habrá de incluir el acceso a las tecnologías informacionales de todos los individuos como un componente más del elenco de derechos subjetivos que lo forman.

Palabras clave: Derecho a la información. Sociedad de la Información. Internet.

Abstract

The right of information drags, from the beginning, an essential problem centered, basically, in the scope of its reach and content. The arrival of the Information Society, the engine of which is Internet, far from helping solve these issues, has produced new objections at the same time it has made the existing worst. The bi-directionality of information and the ease of its processing will have to reconfigure forcefully the boundaries of the right of information, which must include access to Technology information for all individuals as another element of the set of subjective rights that make it up.

Keywords: Right of information. Information Society. Internet

Recibido: 20/12/2005 •Aceptado: 15/01/2006

* Filosofía del Derecho, Moral y Política I. Universidad Complutense de Madrid.

La casi totalidad de las legislaciones de los diferentes países del mundo, y sobre todo las de nuestro entorno, consideran esencial la protección del derecho a la información, por lo que tienden a establecer mecanismos jurídicos que lo consoliden de manera efectiva. Aparte de los ya de por sí numerosos inconvenientes que presenta la delimitación concreta del mencionado derecho el desarrollo de las tecnologías de la información, básicamente Internet, y el advenimiento de la Sociedad de la Información exigen un replanteamiento del alcance y contenido de este derecho. La información, como objeto de protección de este derecho, así como la capacidad social de procesarla, almacenarla, transmitirla y valorarla han cambiado sustancialmente en los últimos años; es por ello por lo que se hace necesario un estudio pormenorizado del derecho a la información en el nuevo contexto social y tecnológico en el que nos encontramos actualmente.

La naturaleza, el contenido, el alcance y el amparo normativo del derecho a la información contextualizado en la Sociedad de la Información, ocuparán las líneas básicas de investigación del presente estudio.

1. El derecho a la información: aproximación teórica

El derecho a la información es un derecho comprensible en su totalidad desde el conjunto político-jurídico que sostiene las actuales formas de Estados democráticos de Derecho. En la actualidad, los límites y contenido de este derecho están sufriendo grandes convulsiones debido al advenimiento de la Sociedad de la Información y, sobre todo, en base a su elemento más determinante, Internet. No obstante, antes de adentrarnos en las consecuencias que el nuevo contexto social ha generado en el derecho a la información, se hace imprescindible un análisis, si bien sucinto, del aspecto dogmático de este derecho.

En primer lugar, hay que dejar sentado que cuando hoy hablamos de derecho a la información no estamos hablando simplemente de libertad de expresión, sino de un derecho complejo que reúne el derecho a investigar, el derecho a informar y, sobre todo, el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya sea oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro medio. El derecho a la información constituye pues un complejo de derechos que tienen relación y afectan tanto a los que emiten la información (informadores) como a los que reciben dicha información (receptores), nos encontramos ante un derecho de doble vía pues atañe al que emite y al que recibe la información.

La confluencia de estas dos vertientes en el derecho a la información es esencial, pues no puede ser protegido únicamente el que emite informaciones,

sino asimismo el que eventualmente pueda recibirlas. Desde la perspectiva del emisor de la información, el derecho a la información incluiría[1]:

- derecho a investigar y a buscar informaciones y opiniones
- derecho de acceso a las fuentes de información
- derecho a difundir informaciones por cualquier medio
- derecho a emitir informaciones y opiniones
- derecho a no ser censurado ni objeto de restricciones preventivas en forma implícita o explícita
- derecho al secreto profesional
- derecho a la libertad de expresión
- derecho a la objeción de conciencia
- derecho al acceso y utilización de los medios o instrumentos naturales o tecnológicos necesarios para emitir las informaciones u opiniones

En relación con el receptor, el elenco de derechos incluidos en la estructura del derecho a la información es también amplio y complejo:

- derecho a recibir opiniones e informaciones
- derecho a seleccionar la información que reciba y los medios a través de los cuales la reciba
- derecho a ser informado veraz y oportunamente
- derecho a rectificación y respuesta

La Declaración Universal de derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 considera este derecho como uno de los merecedores de máxima protección.

> Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Por su parte, la Constitución española de 1978 también lo incluye en su elenco de derechos fundamentales.

> Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:
> a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
> b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
> c) A la libertad de cátedra.

1 El estudio de los derechos contenidos en el derecho a la información en NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos*.

> d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
>
> 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
>
> 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
>
> 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

La, de momento fallida, Constitución Europea, recoge asimismo el reconocimiento de este derecho, si bien haciendo una referencia concreta al derecho a la información de los medios de comunicación.

> Artículo II-71:
> Libertad de expresión y de información
>
> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
>
> 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

No obstante, cualquier intento de referencia a la información exige previamente una delimitación, pues el término en sí es muy extenso y los diversos empleos que de él se hacen pueden dar lugar a confusiones. Información, en sentido amplio, puede serlo cualquier manifestación o comentario, cualquier conversación, cualquier dato, independientemente de si potencialmente puede generar conocimiento. Sin embargo, la información que defiende este derecho implica algo más, la información ha de emitir o transmitir un conocimiento genuino, algo que no se conocía anteriormente. La información es un medio de influencia sobre las personas, por ello la información a la que todos tenemos derecho ha de reunir unas determinadas cualidades para que sea fructífera. Estas cualidades son variadas pero podemos resumirlas en que la información ha de ser libre, completa, objetiva, auténtica y veraz.

Es interesante destacar como casi todas las legislaciones actuales protegen de manera clara el derecho a la información. La razón hay que buscarla en la propia importancia intrínseca que tiene el mantenimiento y la defensa eficaz de este derecho para el sustento, desarrollo e integración de las sociedades. Sabemos que la información es susceptible de producir el conocimiento en los hombres, pero lo que es más determinante desde el punto de vista socio-político es que la

información es susceptible de producir la comunicación entre ellos, entre los miembros de la sociedad. Respecto a la comunicación, su importancia y necesidad para el desarrollo tanto de la dignidad humana de las relaciones sociales es obvia. La información es una consecuencia inmediata de la sociabilidad humana, una realidad palpable en nuestra sociedad, es un medio de educación.

Asimismo, a nadie le pasa inadvertido que un presupuesto ineludible de la creación y configuración de la opinión pública de una sociedad concreta pasa por una necesaria información suficiente. De este modo, la conexión entre el derecho a la información y la opinión pública se muestra evidente. La información se halla en un primer momento en el proceso de formación de la opinión, ésta no puede existir sin previa información. Los medios de difusión de la información, y ya veremos como Internet se ha convertido en uno de los más utilizados, son los representantes de los pareceres, de las opiniones del tejido social, de cada una de las sociedades. Pues bien, parece claro que no hay opinión pública si no hay un derecho a la información, si no hay una información veraz sobre lo que ocurre.

2. Sociedad de la Información

La expresión Sociedad de la Información es una de las expresiones más usadas en la actualidad[2], pero ¿realmente sabemos lo que dicha expresión significa? No cabe duda de que, básicamente, con esta expresión aludimos a un nuevo tipo de sociedad, una nueva era en el proceso evolutivo del hombre, donde la información constituye el elemento determinante en el desarrollo y desenvolvimiento social y humano. El problema del desconocimiento de este nuevo contexto va más allá puesto que la denominación Sociedad de la Información es una más de las múltiples que pueden encontrarse para referirse a este nuevo tipos de sociedad que está emergiendo y la que las tecnologías de la información y comunicación juegan un papel esencial. Podemos afirmar que se han contabilizado hasta 76 denominaciones diferentes para referirse al mismo proceso de transformación de la sociedad[3]

En este reciente y dinámico contexto conocido como Sociedad de la Información localizamos como caracteres esenciales la bidireccionalidad de la información y la generalizada expansión de las tecnologías que permiten su tratamiento. De este modo, nos enfrentamos a un mundo donde todo interactúa y se retroalimenta, en el que la información cada vez emana de un número mayor de fuentes y se dirige a un público más amplio y diverso. Naturalmente, la difusión de la información contenida en este caudaloso flujo va a provocar innumerables

2 Según una búsqueda reciente en Google, la búsqueda "Sociedad de la Información" arroja como resultado 2.080.000 millones de resultados, mientras que la búsqueda "Information Society" nos muestra como resultado 540.000.000 de páginas (14-Diciembre-2005)

3 BALLESTERO, F. *La brecha digital. El riesgo de exclusión en la sociedad de la información*, Fundación Retevisión, Madrid, 2002.

consecuencias en el ámbito de los derechos, libertades, actitudes y relaciones sociales. En concreto, y dado que le afecta de manera directa, no es de extrañar que las tecnologías informacionales y la sociedad que han creado afecten al alcance y contenido del derecho a la información.

Muchas son las definiciones que se pueden encontrar de Sociedad de la Información. Son clásicas las expresiones propuestas por diversos analistas para dar nombre a esta nueva sociedad, como la de *Mundo digital* de NEGROPONTE[4], *Sociedad en red* de CASTELLS[5], *Era digital* de CEBRIAN[6] y *Sociedad digital* (*el paso de Homo sapiens al homo digitalis*) de TERCEIRO[7]. Asimismo, de un modo más amplio se ha definido esta nueva Sociedad de la Información como la *sociedad globalizada a partir de modernos sistemas de comunicación*[8] (TREJO) o *como el paso del átomo al bit*[9] (NEGROPONTE) No obstante, una de las expresiones más gráficas, originales y contundentes ha sido la acuñada por el profesor y periodista G. MATÍAS, que ha bautizado esta nueva era de la información como *Infolítico,* es decir una etapa comparable al paso del Paleolítico al Neolítico, y cuyo motor de cambio ha sido la información. Según la opinión de TERCEIRO y MATÍAS el hecho de que existan diversas denominaciones para nombrar la misma realidad es un indicio del escaso conocimiento que tenemos de ella. *Persiste una gran falta de comprensión, como lo demuestran los balbuceos conceptuales de los primeros intentos de denominar la creciente importancia económica y social de la información y el conocimiento (...)* Muchas de estas denominaciones *van siendo asimiladas a medida que la realidad desborda muchos de esos primeros conceptos y confirma la validez de otros términos que, en principio, parecían exagerados o futuristas*[10].

La Exposición de Motivos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico del ordenamiento jurídico Español (*Ley que tiene como objeto la incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del consejo, de 08 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular , el comercio electrónico en el mercado interior*), establece que *lo que la Directiva 2000/31/CE denomina SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información*.

4 NEGROPONTE, M. *El mundo digital*, Ediciones B, Barcelona, 1995.

5 CASTELLS, M., *La galaxia Internet*, Areté, Barcelona, 2001.

6 CEBRIAN, J. L. *La red*, Taurus, Madrid, 1998.

7 TERCEIRO, J. B*., Socied@d digit@l*, Alianza, Madrid, 1996.

8 TREJO DELARBRE, R., *La nueva alfombra mágica: usos y mitos de Internet, la red de redes*, Fundesco, Madrid, 1996, p. 25.

9 NEGROPONTE, M. *El mundo digital,* op. cit., p. 18.

10 TERCEIRO, J. B y MATÍAS, G., *Digitalismo*, *el nuevo horizonte sociocultural*, Taurus digital, Madrid, 2001, p. 53.

Asimismo, la Sociedad de la Información se caracteriza por su naturaleza global, por su carácter mundial. Las nuevas relaciones sociales por excelencia que establecen las nuevas redes de información, son relaciones de carácter global. Relaciones que alcanzan a cualquier lugar y a cualquier tiempo, por lo que éstas se ven afectadas más que ningún otro tipo de relación social en la historia. Hoy conformamos una única sociedad mundial, con muchísimas diferencias culturales, costumbres, hábitos, dioses, valores y concepciones dispares, pero con un único sistema mundial informacional y una única estructuración de las formas de vida. Un sistema que necesita, precisamente para constituirse como tal, esta disparidad.

Estamos en la era de la información, la cual circula alrededor del mundo sin límites aparentes. Esta información que transita a través de este nuevo contexto social, y especialmente a través de Internet, aumenta el conocimiento de las personas que acceden a él, provocando un cambio en el grado de control sobre sus propios actos, incluido los de carácter político, social, e incluso económico. A pesar de ello, las esperanzas sobre las ventajas de Internet como instrumento para diseminar información con el fin de propagar conocimiento y otorgar poder y comprensión a los particulares ampliándoles su capacidad de comunicación merecen muchas reservas. No obstante, estas reservas van a ser atemperadas por la idea de que los límites que Internet genera intrínsecamente son mucho menos restrictivos que los que el control externo ha impuesto históricamente sobre todos los medios de comunicación y el contenido de los mismos.

Verdaderamente hay una evidente ingenuidad en las posturas entusiastas sobre Internet como panacea del desarrollo educativo, informativo y pacifista de la mayoría de los miembros de la sociedad actual. Los argumentos que respaldan esta consideración son variados, aunque el más llamativo y determinante es el que nos muestra que nos enfrentamos a un desigual acceso a los medios de información. A través de Internet y el resto de tecnologías de la información no se ha producido la tan proclamada democratización de la información, ya que el acceso a la misma sigue estando, en la mayoría de los casos, en las mismas manos en las que se encontraban con anterioridad a la Sociedad de la Información y el desarrollo tecnológico que ha traído consigo esta nueva era.

Como desarrollaremos más adelante, el derecho a la información de todos los ciudadanos sigue estando vigente en este nuevo contexto social, pero su ejercicio efectivo dependerá de la capacidad de acceso tecnológico que posea cada individuo. Parece que las nuevas tecnologías han venido a provocar graves cambios en el ejercicio efectivo del derecho a la información, pues la discriminación en el acceso a la información de la Red implica la discriminación en el uso de este derecho.

3. Internet como motor básico de la Sociedad de la Información

Internet triunfa como la nueva puerta de acceso a la información, y no podemos desconocer el hecho de que, si bien la Sociedad de la Información no se sustenta

exclusivamente en la tecnología de Internet, ésta es y ha sido el sustrato fáctico principal del sustento y desarrollo de este nuevo contexto social. Hoy no hay ninguna duda acerca de que la Red se ha convertido en el paradigma de la Sociedad de la Información. Algunas tecnologías, como por ejemplo la tecnología móvil, juegan también un papel muy importante al haber facilitado, gracias a su ubicuidad, las comunicaciones interpersonales e interempresariales[11]. Pero en buena medida, sus desarrollos se han orientado a facilitar el acceso a Internet desde cualquier lugar, lo que corrobora la afirmación antes efectuada.

Internet ha sido denominado de formas muy diversas, desde *autopista de información* a *infraestructura de información*, *Ciberespacio* o *World Wide Web*[12]. Con semejantes denominaciones es fácil olvidar lo que es realmente Internet, simple y llanamente un medio para transmitir bloques de información. Y ello se realiza de forma admirable, ya que Internet permite a cualquier abonado transmitir ingentes cantidades de datos alrededor del mundo en cuestión de segundos. Y aquí radica la importancia de la red de redes, en la posibilidad que ha aportado a cada ciudadano del mundo con acceso esta tecnología de diseminar o recabar información de todo tipo. Internet es el medio o soporte de información en el que reside y se ejecuta el software de computadora y dentro del cual fluyen las comunicaciones electrónicas. Es un espacio de información virtual en red, accesible desde cualquier nodo, desde cualquier ordenador, lo que permite, a su vez, la ínteractuación e intercambio de información de todos los nodos conectados a la misma red.

Es una red de ámbito mundial formada por la interconexión de miles de redes. En la actualidad se desconoce su tamaño real, aunque está estimado en varios millones de redes. Las aplicaciones de Internet están basadas en una arquitectura cliente-servidor. Un ordenador, que actúa como cliente, puede prestar servicios (búsqueda de información, transferencia de ficheros, servicios de correo, entre otros) a uno u otros ordenadores que actúan como servidores que resuelven la petición del cliente y le devuelven el resultado.

Una definición más técnica y exacta es la dada por el Consejo Federal de Redes de los Estados Unidos en octubre de 1995[13], que lo definió como *un sistema de información global que*:

11 BALLESTERO, F. *La brecha digital*, op. Cit., p. 38

12 En realidad, esta denominación es incorrecta ya que la *World Wide Web* es solamente uno de los servicios de Internet que, aunque el más importante, no es el único. La WWW es el más ambicioso proyecto de presentación y catalogación de información en línea basado en un documento. La información, en lugar de estar organizada linealmente, lo está como un conjunto de objetos multimedia, cada uno de los cuales remite a otros objetos relevantes. Se trata de un sistema de navegación hipertextual con enlaces entre los diversos ordenadores conectados a Internet. De este modo, el servicio WWW proporciona un método eficiente de recuperación de información ubicada en servidores dispersos por todo el mundo.

13 BALLESTERO, F. *La brecha digital*, op. Cit., p.39.

- *está lógicamente enlazado entre sí mediante un espacio de direcciones globalmente único basado en el protocolo TCP/IP*[14].
- *es capaz de atender comunicaciones utilizando dicho protocolo*
- *proporciona, utiliza o hace accesible, bien por vía pública o privada, servicios de nivel superior basados en la infraestructura de comunicaciones y relacionados con ésta*.

Internet aparece indudablemente como un nuevo medio al servicio de una extendida difusión de información, de cualquier tipo que ésta sea. En esta lógica, Internet parece favorecer la información de los ciudadanos, fomentando su difusión y su acceso. En este sentido afirma el famoso magnate informático B. GATES, *históricamente hablando, la prensa y la televisión sí han sido controladas por unas pocas personas. La destrucción de ese control total de las personas sobre la información es lo que realmente podemos llamar revolución de Internet. La información ya no es patrimonio de unos pocos en ninguna sociedad*[15].

4. Revisiones del derecho a la información desde el contexto de la Sociedad de la Información

Desde el punto de vista de nuestro análisis, lo determinante de Internet y de la Sociedad de la Información es que el desarrollo de las tecnologías informacionales y de comunicación que han traído consigo, así como la extensión de la globalización, hacen que los ciudadanos del siglo XXI, por primera vez en la historia, tengan la oportunidad de poder emitir y acceder a un volumen importantísimo y casi ilimitado de información[16]. Todas las personas con acceso a la Red pueden ser simultáneamente informadores, es decir emisores de información, e informados, receptores de información. No hay límite ni control para estos procesos de información, el único requisito es tener acceso a Internet y al resto de tecnologías de la información. Estas posibilidades, hasta ahora impensables, han redefinido los contornos y contenidos del derecho clásico a la información.

Vimos como uno de los derechos incluidos en el genérico derecho a la información es *el derecho al acceso y utilización de los medios o instrumentos naturales o tecnológicos necesarios para emitir las informaciones u opiniones*,

14 El protocolo TCP/IP es un protocolo DARPA que proporciona transmisión fiable de paquetes de datos sobre redes. El nombre TCP / IP proviene de dos protocolos importantes de la familia, el Transmission Control Protocol (TCP) y el Internet Protocol (IP). El TCP / IP es la base del Internet que sirve para enlazar computadoras que utilizan diferentes sistemas operativos, siendo desarrollado y probado por primera vez en 1972 por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos.

15 GATES, B., entrevista en *Nueva Economía*, *El Mundo*, 21 de Noviembre de 2004, p. 38.

16 BALLESTERO, F. *La brecha digital*, op. Cit., p. 53.

así como a recibir información de cualquier tipo. Pues bien, por un lado, dentro de la Sociedad de la Información la mayoría de los medios de transmisión informacional se basan en una tecnología digital, lo cual implica que, hoy por hoy, el derecho a la información ha de constituirse de manera que garantice el derecho de todos los individuos a transmitir información a través de medios digitales e Internet. Por otra parte, la recepción de la mayor parte de la información que circula en este nuevo contexto social ha de realizarse a través de Internet y demás tecnologías. En definitiva el derecho a la información ha de reconfigurarse en la actualidad de manera que garantice el acceso a las tecnologías informacionales de todos los individuos como un verdadero derecho fundamental.

El elenco de derechos contenidos en el genérico derecho a la información ha de ampliarse para incorporar uno más exigido por los avances tecnológicos y sociales. El derecho a acceder a Internet, tanto para emitir información como para recabarla, ha de incluirse como contenido esencial del derecho de información, al cual le serán aplicados los mismos mecanismos de defensa y garantías de cumplimiento efectivo que los estructurados para el derecho a la información.

No obstante, la situación social y fáctica actual dista mucho de reconocer el derecho al acceso a Internet como un derecho más contenido dentro del derecho a la información. Variadas son las causas que explican la no inclusión del acceso a Internet como derecho digno de protección. Entre ellas destacan las grandes diferencias sociales de acceso a la Red alrededor del mundo, así como el no reconocimiento de la categoría de información a los datos que circulan por la red de redes.

Entender por información, cuya emisión y recepción haya de ser protegida por los Estados, a los datos que circulan por Internet no parece lo más adecuado desde el momento en que no podemos reconocer como información a toda la infinidad de datos que encontramos en la Red sin orden ni control. El anonimato, así como la libertad adicional que supone en la Red la ausencia de producción de consecuencias prácticas por nuestros actos, implica que cualquiera pueda introducir datos e imágenes de cualquier tipo, sin temor a ser descubierto ni a ser sancionado. La Sociedad de la Información ha multiplicado hasta cifras impensables la posibilidad de introducir y recoger datos de la Red. De este modo, en el contexto de la Sociedad de la Información el elemento esencial de desarrollo es la información digital. No obstante, la palabra información digital está siendo utilizada en el sentido más simple, haciendo referencia al conjunto de impulsos electrónicos capaces de producir texto e imágenes en una pantalla. La información en este sentido carece de cualquier implicación epistemológica, en virtud de la cual la información es algo que transmite un conocimiento genuino, es adquirir conocimiento de algo que no sabíamos antes. La información digital, puede almacenar desinformación, desde el momento que el texto o las imágenes que se nos presentan pueden producir creencias erróneas en vez de conocimiento. La identificación de saber e información es un grave desatino fácil de superar en

teoría, pero de largos e imprevisibles alcances cuando se comete, ya que se pierde de manera definitiva el poder regulador de la idea de verdad, la capacidad de distinguir lo que informa de lo que desinforma.

Por todo ello, no podemos pensar que Internet posee una autoridad informativa similar y supletoria de la que poseen las bibliotecas y los servicios clásicos de información. Tenemos que tener cuidado en no confundir el poder de Internet como medio de comunicación con su valor como transportador de información, en el sentido epistemológico de la palabra. Todo el poder de Internet hace de el un instrumento tanto de información y conocimiento como de mentira y desinformación. La información que encontramos en Internet, solo tendrá valor desde el punto de vista de la información y el conocimiento que seamos capaces de verificar con lo que ya sabemos en base a otros medios.

Por ello, gran parte de la doctrina afirma que, al igual que Internet y el resto de tecnologías de la información son un vehículo oportuno para la diseminación de información a todos los niveles, también han sido los causantes de la situación contraria. La Sociedad de la Información, e Internet como motor básico en el desarrollo y generalización de esta información, nos ha conducido a la situación directamente opuesta pues nos encontramos simultáneamente en lo que muchos autores han denominado como sociedad de la desinformación[17]. Como asegura TREJO *Internet se ha convertido en una especie de océano de información enorme y creciente (...) y puedes quedarte con un chorrito de información, empaparte o incluso ahogarte*[18]. Los efectos provocados por Internet y otras tecnologías de la información nos han enseñado a desconfiar de la utopía positivista: la abundancia de información, o mejor dicho de datos, en sí misma, no eleva el nivel de desarrollo, de democracia o de paz en las diversas sociedades. Esta información es solamente útil en la medida en que la sociedad esté capacitada para gestionarla, procesarla e integrarla[19]. Mientras tanto, la información multiplicada y esparcida no aportará nada a la sociedad.

Asimismo, la saturación de información, multiplicada por las nuevas tecnologías, no garantiza el conocimiento de la verdad ni el descubrimiento de las informaciones censuradas. Es más, conviene preguntarse sí existe un límite para la expansión de la información. De qué sirve tener más posibilidades para la comunicación interpersonal cuando no sabemos ni siquiera qué comunicar. Más información no nos otorga más libertad en la toma de decisiones, sino que se produce una asfixia comunicacional, una sobreabundancia que degenera en la supresión de la opinión. En ningún caso se producirá un incremento de su conocimiento, entendido éste último más en el sentido de inteligencia y sentido

17 Idea desarrollada por GRAHAM, G, *Internet, una indagación filosófica,* Frónesis, Valencia, 2001, pp. 95-99.

18 TREJO DELARBRE, R., *La nueva alfombra mágica: usos y mitos de Internet, la red de redes*, op. cit., p. 54.

19 NORA, D*., La conquista del ciberespacio*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1995, p. 320.

común, que como capacidad para el almacenamiento de datos. Los millones y millones de datos que circulan a través de las diferentes páginas webs o de los diferentes servicios Internet en muchas ocasiones dificultan más que facilitan la obtención de un conocimiento sobre el tema que nos interesa. Tan mala es la falta de datos como el exceso de los mismos, sobre todo cuando no podemos confiar en la infalibilidad de los mismos. Tan ingente es la cantidad de información que circula por la Red que se ha llegado a acuñar el lema, si bien bastante exagerado, de que *lo que no está en Internet no está en el mundo*, en clara alusión a la megalómana cantidad de contenidos existentes. En Internet podemos encontrar de todo, lo que implica que no todo lo que encontremos es deseable encontrar.

Esta es la primera razón por la que se pone en tela de juicio que el acceso a Internet pueda ser considerado como un aspecto más al derecho a la información, precisamente porque gran cantidad de los datos e imágenes que circulan por Internet no pueden considerarse información desde el punto de vista epistemológico. Es más la saturación de estos datos está provocando un proceso paulatino de desinformación a los que tienen acceso a ella.

Por otra parte, en el seno de la Sociedad de la Información, el derecho a la información no puede garantizarse para todas las personas ni sociedades, ni en el mismo nivel. La capacidad de acceder a gran parte de la información contenida en la red depende, obviamente de la capacidad de utilizar y emplear las tecnologías informacionales y, desgraciadamente, ésta varía enormemente de unos individuos a otros, de unas sociedades a otras, de unos países a otros. Este problema presenta una doble vertiente que refleja la naturaleza dual del derecho a la información: por una parte los que diseminan la información en la red son ciudadanos de los países con acceso a Internet, generalmente los países más ricos y poderosos; y por otra, los que acceden a esta información son igualmente miembros de comunidades solventes, cuyas necesidades básicas se encuentran ampliamente cubiertas.

Desde esta perspectiva se muestra claro cómo la Sociedad de la Información arrastra un viejo problema: la mayor parte de la información disponible ha sido elaborada, procesada y puesta en el ciberespacio desde las naciones en donde hay una mayor capacidad tecnológica. Así se reproduce, pero sobre todo se multiplica, el añejo problema de la unilateralidad de las fuentes informativas en toda clase de medios de comunicación. A través de Internet, los países tecnológicamente más avanzados están llevando a cabo una nueva y moderna colonización[20]. Esta realidad se conoce como teoría de la colonización cultural. La preocupación de esta teoría se centra en saber si a través de Internet y de los demás medios de transmisión de información, el país que mantiene su hegemonía sobre el resto del mundo, o al menos lo pretende, Estados Unidos, está llevando

20 TREJO DELARBRE, R., *La nueva alfombra mágica: usos y mitos de internet, la red de redes*, op. cit., p. 117.

a cabo una nueva forma de colonización cultural. Reconocen algunos autores que quienes geopolíticamente se encuentra en el sur, únicamente son considerados como destinatarios de ofertas, mensajes y equipos diseñados para otras realidades, es decir como consumidores pasivos. Los Estados y las culturas con capacidad de acceso a las tecnologías de la información, básicamente Internet están llevando a cabo una nueva forma de colonización, la colonización cultural.

Estados Unidos produce prácticamente la mitad de la información en soporte digital que se genera anualmente en el mundo. El enorme peso de Estados Unidos en la producción de contenidos digitalizados indica que no todas las sociedades están en el mismo grado de desarrollo en este aspecto, puesto que las diferencias, incluso entre los países industrializados, son enormes. Como ya sucede en muchos otros ámbitos de la comunicación, en Internet el peso de los contenidos elaborados en Estados Unidos y la presencia del inglés en la red son enormes. Estados Unidos y Canadá suman, entre los dos, casi un 46% de los sitios web que funcionaban a principios de 2001 en Internet[21]. En el otro extremo, China e India, que casi suman la mitad de la población mundial, poseen sólo el 2% de todos los dominios de Internet. De todos modos, en la actualidad, las diferencias tienden a reducirse. Esta concentración de los contenidos causa desequilibrios llamativos, como la falta de correspondencia entre el idioma de los sitios web y la lengua que hablan sus usuarios, lo que puede llevar a frenar aún más la presencia de usuarios de importantes zonas del planeta en la red.

A pesar de ello, Internet puede ser también un instrumento paliativo de esta situación ya que en la Red de redes el intercambio de información es multidireccional. De este modo, Internet puede emplearse para aumentar la presencia de información cuyos remitentes sean países menos desarrollados.

Por último, la vertiente del derecho a la información como acceso a la misma presenta grandes desigualdades en la Sociedad de la Información. Cómo ya hemos visto anteriormente, la capacidad de recibir información a través Internet presenta como claro y obvio requisito la posibilidad de utilizar un ordenador y acceder, a través de él, al ciberespacio. Las desigualdades del mundo real son las mismas, sino mayores, en el mundo virtual. En la medida en que todos los países, todas las capas sociales y todos los grupos no tengan acceso en las mismas condiciones a las nuevas tecnologías y a Internet, se estará creando lo que numerosos sociólogos han llamado la brecha digital, es decir, el conjunto de diferencias entre colectivos que el acceso o no a la red puede contribuir a ampliar. La Sociedad de la Información y sus herramientas tecnológicas no sólo no han provocado el fin de las desigualdades sociales existentes, sino que conjuntamente ha generado nuevas diferencias.

Ya en 1995, ORTIZ CHAPARRO, en las conclusiones de su estudio publicado por la Fundación para el Desarrollo Social de las Comunicaciones -FUNDESCO- entendió el peligro que se escondía detrás del desarrollo de la Sociedad de la

21 BADÍA, F., *Internet: situación actual y perspectivas*, La Ciaxa, Barcelona, 2002, p. 41.

Información en lo referente a la tan soñada igualdad social obtenida a través de los nuevos modos de comunicación. A este respecto afirmaba que l*a Sociedad de la Información ha triunfado, en el sentido de que ya nadie discute que la información sea el factor dominante en nuestra sociedad. Es la materia prima, el bien esencial, la que en el futuro va a diferenciar a ricos y pobres y marcar las pautas de la evolución social y cultural. Pero, reconocido este hecho, nadie sabe con certeza cómo va a contribuir la información, per se, a la solución de los problemas de la sociedad actual: explosión demográfica, caída del empleo, ensanchamiento de las fronteras entre pobre y ricos, etc*.[22]

Para muchos es cierto que la Sociedad de la Información no ha resuelto los problemas preexistentes, pero no podemos afirmar que haya creado un nuevo tipo de pobres- los desinformados-. En realidad ha contribuido a mantener la pobreza allí donde existía y a desarrollar la riqueza de aquellos que ya la poseían. Las pobrezas no son el resultado de la disparidad de acceso a las fuentes de información: unas van con otras[23]. Parece evidente que los pobres, de todos modos, pobres son y que sus problemas no se atenúan con el hecho de tener o no acceso a las superautopistas de la información. Los países pobres no pueden permitirse el acceso a Internet, entre otras cosas, porque ellos carecen de la capacidad para explotarlo efectivamente. Estos países tienen otros problemas cuya resolución es prioritaria. Una vez que consigan la completa alfabetización de la sociedad, una vez que todos tengan de qué alimentarse, puede ser que se preocupen por el acceso a Internet, pero de momento encuentran más importante otra serie de problemas. Desde luego la capacidad para asomarse a cualquiera de los medios de comunicación es un indicador del desarrollo de una sociedad, pero no el único y dista de ser el principal.

Respecto al problema de la brecha digital que amenaza con dejar descolgados a los países del Tercer Mundo, B. GATES considera, desde una visión francamente optimista, *que sin ninguna duda la tecnología es un elemento clave en la mejora de las condiciones globales. Si pensamos en lo que está pasando hoy mismo en India y en China, vemos que los avances en la alfabetización y la mejora de las condiciones humanas, se están consiguiendo con la intervención de la tecnología. Como humanos deberíamos querer que todo el mundo tenga lo que nosotros tenemos (...) Está clarísimo que de aquí a 20 años más de la mitad de la población del planeta estará participando de las ventajas de la economía mundial. No es suficiente, hay que llegar al 100%. Personalmente he invertido mucha energía en intentar entender cómo lograrlo. El valor de la vida debería tratarse de igual manera en todos los países y la esperanza que tenemos está en los avances del mundo de la investigación y de la medicina y lo que*

22 ORTIZ CHAPARRO, F., *Autopistas inteligentes*, Fundesco, Madrid, 1995, p. 149.

23 TREJO DELARBRE, R., *La nueva alfombra mágica: usos y mitos de Internet, la red de redes*, op. cit., p. 33.

tenemos es que ganar la batalla contra las enfermedades que existen en el mundo[24].

24 GATES, B., entrevista en *Nueva Economía*, *El Mundo*, 21 de Noviembre de 2004, p. 37.

El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración
(Análisis desde la perspectiva del Derecho español)

Julián Valero Torrijos*

SUMARIO: 1. La modernización tecnológica de la Administración Pública como nuevo paradigma. Su proyección sobre el régimen jurídico de la información administrativa. Transparencia, derecho de acceso a la información administrativa y protección de datos personales: ¿una ecuación irresoluble? 3. La protección de los datos de carácter personal desde la perspectiva del derecho de acceso a la información administrativa: necesidad de una reinterpretación armonizadora. A. Un imprescindible análisis previo: supuestos, condiciones y límites del acceso a la Información Administrativa. B. La necesaria armonización del derecho a la protección de los datos personales con el derecho de acceso como exigencia de la tutela de los derechos e intereses legítimos. 4. La nueva dimensión del derecho de acceso a la información administrativa en la Sociedad de la Información. A. Internet como medio privilegiado para difusión de la información administrativa. B. El derecho de acceso telemático a la información administrativa: ¿realidad o utopía? C. La necesidad de la publicidad de determinadas actuaciones administrativas. Especial referencia publicidad de la información administrativa en Internet desde la perspectiva de la protección de los datos de carácter personal. D. El uso de datos personales para fines distintos de los que justificaron su recogida. Especial referencia a las cesiones de datos y a su transmisión telemática.

Resumen

Una de las exigencias elementales para el desarrollo de la e-Administración consiste en que tanto los ciudadanos como los órganos y unidades administrativas puedan acceder por medios telemáticos a la información administrativa. En el primer caso, sólo partiendo

Recibido: 12/01/2006 •Aceptado: 28/02/2006

* Departamento de Derecho Administrativo. Universidad de Murcia (España). http://www.um.es/dereadmv

de este presupuesto es posible concebir que las relaciones con las Administraciones Públicas ¾presentación de solicitudes, ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones¾ puedan entablarse sin necesidad de presencia física en la oficina administrativa. Precisamente, las tecnologías de la información y la comunicación ofrecen mayores posibilidades en orden a facilitar el acceso a la información administrativa si bien, al mismo tiempo, constituyen un peligro adicional para la protección de los datos de carácter personal en la medida que fomentan su difusión a un mayor número de de destinatarios potenciales y permiten poner a disposición de los ciudadanos un volumen informativo cuantitativamente superior. Asimismo, desde una perspectiva interna, la utilización de la informática para la gestión documental y el acceso telemático a la misma por parte de los órganos y unidades administrativa constituye sin duda un gran avance para la eficacia reclamada constitucionalmente, pero tal posibilidad debe articularse a partir del pleno respeto a la normativa sobre protección de los datos personales y, en especial, del principio de finalidad.

Teniendo en cuenta estas circunstancias y las singularidades de los medios informáticos y telemáticos en la actividad administrativa, en el presente trabajo se aborda una reformulación de los criterios que deben tenerse en cuenta para armonizar los diversos bienes jurídicos implicados. En última instancia, se trata de una operación imprescindible para que la e-Administración se desarrolle a partir del pleno respeto a los derechos de los ciudadanos.

Palabras clave: Protección de datos. Información administrativa. e-Administración

Abstract

Information and Communication Technologies offer greater possibilities to make easier the access to administrative information although, at the same time, become an additional threat for the protection of personal data as it enables its availability to a larger number of potential recipients and also make a quantitatively superior volume of information available for citizens. From an internal perspective, the use of computers for document management and the remote access to the information by organizations and administrative units is, no doubt, a great advancement towards the efficiency constitutionally demanded; however, that possibility must be performed obeying the personal data protection legislation and, especially, the principle of finality.

Having this circunstances in mind and also the singularity of computer and remote access means in the administrative activity, this work reformulated the criteria to pay attention to harmonize the different legal aspects involved. Ultimately, it is an essential task so that e-administration develops based in the full respect of citizen's rights.

Keywords: Data protection. Administrative information. e-administration.

1. La modernización tecnológica de la Administración Pública como nuevo paradigma. Su proyección sobre el régimen jurídico de la información administrativa

Tradicionalmente los ciudadanos han reclamado de forma constante una mejora y simplificación de sus relaciones con las Administraciones Públicas junto con la modernización de los servicios públicos que se le prestan, objetivos cuya consecución pasa necesariamente en la actualidad por la utilización generalizada de las nuevas tecnologías tanto en la relación de las Administraciones Públicas con los ciudadanos como en la informatización de los procedimientos administrativos internos. Se trata, por tanto, de una exigencia ineludible como garantía de la potencial eficacia de la actividad administrativa en la sociedad actual, fuertemente condicionada por la tecnología y, en especial, por la utilización de medios telemáticos, hasta el punto de que cabe considerar que no puede obligarse al ciudadano, sin mayores justificaciones, a utilizar pautas de comunicación distintas que las empleadas en el resto de sus relaciones sociales. Como afirma PALOMAR, mientras esto ocurra será difícil que las Administraciones Públicas ganen mayores cotas de legitimidad y, en última instancia, esa falta de adaptación puede llegar a convertirse en una pesada rémora en la percepción que tengan los ciudadanos del funcionamiento de lo público[1].

Una de las principales líneas de actuación que se han puesto en marcha para afrontar este decisivo reto ha consistido en el desarrollo de lo que se ha venido en denominar *e-Administración* o Administración electrónica, expresión que, más allá de polémicas doctrinales, se refiere "al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas"[2]. Para ello ha sido necesario emprender un complejo proceso de modernización de las estructuras organizativas y los medios materiales, de los hábitos e inercias en el trabajo sobre todo a través de la formación y, por lo que se refiere a la perspectiva que nos interesa, del marco jurídico en que tal proceso había de desenvolverse. Aun cuando es preciso reconocer que se ha producido un avance considerable en la tarea de consolidar el uso de medios informáticos y telemáticos tanto a nivel interno como en las relaciones con los ciudadanos, lo cierto es que todavía quedan pendientes importantes retos a los que dar una respuesta definitiva para que no se termine construyendo un "gigante con los pies de barro".

1 PALOMAR OLMEDA, A., "Un paso más en la aplicación de la tecnología en el procedimiento administrativo: hacia u procedimiento administrativo común de base tecnológica", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 3, 2003, pág. 91.

2 *Comunicación de la Comisión al Consejo, al PSSI Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa*, accesible en <http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2003/com2003_0567es01.pdf>.

Si bien en los últimos años han tenido lugar importantes reformas tendentes a consolidar un régimen jurídico que tenga en cuenta las singularidades que conlleva el uso de instrumentos informáticos y telemáticos en la actividad administrativa, no por ello puede afirmarse que el proceso de modernización se haya culminado y, antes bien, surgen nuevos retos y problemas que abordar. Así, aunque estas reformas hayan solventado una de las principales insuficiencias de que adolecía el marco normativo de la e-Administración —las relaciones telemáticas con los ciudadanos[3], fundamentalmente a través de la reforma de la LRJAP[4] operada a través de la Ley 24/2001—, quedan todavía importantes retos a los que hacer frente. Precisamente, uno de los ámbitos materiales donde esta insuficiencia normativa cobra una especial trascendencia es el relativo a la información administrativa, tanto por lo que se refiere a la inexistencia de una regulación básica más allá de las limitaciones impuestas en el artículo 37 LRJAP como, especialmente, a la falta de adaptación de la regulación vigente a la realidad tecnológica actual.

En efecto, por una parte debe constatarse que los principios constitucionales en que se concreta nuestro Estado democrático de Derecho y, en especial, la participación, encuentran condicionada su efectividad en función de las posibilidades informativas que se reconozcan a los ciudadanos[5]. Así pues, una configuración restrictiva del acceso a la información pública resulta contraproducente desde la posición de los ciudadanos, si bien es preciso admitir que, por otra parte, las limitaciones subjetivas y objetivas en su definición legal constituyen una exigencia esencial para la protección de otros bienes jurídicos cuya vulneración puede conllevar mayores perjuicios para el interés público que la fijación de restricciones en la transparencia administrativa[6]. Teniendo en cuenta las posibilidades informativas que ofrece la tecnología propia de la Sociedad de la Información en que ha de enmarcarse el Estado democrático de Derecho del siglo XXI[7], parece adecuado reclamar una intensificación de los deberes

3 Debemos coincidir, por tanto, con PALOMAR cuando afirma que se percibe una tendencia al abandono de la actuación no formalizada en tanto que ámbito exclusivo de actuación de la Administración Pública, introduciéndose estas técnicas en la producción y comunicación de los actos administrativos (PALOMAR OLMEDA, A.,"Un paso más...", ob. cit., pág. 91).

4 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5 En todo caso, como destaca ARENA, la comunicación con los ciudadanos constituye una elemental exigencia para llevar a cabo con eficacia la actividad administrativa más allá de una visión democrática (ARENA, G., "Introducción a la Administración compartida", en TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A. (Coords.), *Comunicación pública. La información administrativa al ciudadano*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 154 a 156).

6 Por lo que se refiere a los secretos oficiales y sus limitaciones, DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *Razones de estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. En relación con las condiciones en que resultan accesibles los documentos clasificados, LOZANO CUTANDA, B., *La desclasificación de los secretos de Estado*, Civitas, Madrid, 1998.

7 Cfr. COTINO HUESO, L., "Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.

informativos por parte de las Administraciones Públicas hacia los ciudadanos ya que gran parte de los inconvenientes que normalmente se aducen —elevado coste, dificultades organizativas, incidencia sobre el servicio...— quedan sustancialmente desvirtuados y, lo que resulta más importante, el potencial ámbito subjetivo de los destinatarios se amplía notablemente. No obstante, como tendremos ocasión de analizar más adelante, los problemas para la adecuada garantía de ciertos derechos fundamentales también se incrementan y resulta necesario adoptar medidas de protección que contemplen la singularidad de la publicidad de la información administrativa a través de los medios telemáticos, especialmente por lo que se refiere a los datos personales. En definitiva, como ha señalado con acierto BARNÉS, "la transparencia y el acceso contribuyen, por tanto, a limitar el poder, y a la consecución de un mayor consenso con los ciudadanos y la sociedad, con el individuo y los grupos en que se inserta", de manera que "habrá de ser mayor cuando la Ley le atribuya a la Administración amplias potestades discrecionales o utilice conceptos incompletos o altamente indeterminados"[8].

Precisamente, el establecimiento de obligaciones normativas claras y expresas tendentes a garantizar el acceso a la información adquiere una singular relevancia desde la perspectiva de las tecnologías de la información y la comunicación. Como han destacado CRIADO y RAMILO con carácter general, aunque la tecnología constituye una herramienta con un enorme potencial para racionalizar el funcionamiento de las Administraciones Públicas, es necesaria una decidida apuesta al más alto nivel político y directivo para superar los problemas y barreras que dificultan su desarrollo[9], compromiso que desde una perspectiva jurídica ha de reflejarse fundamentalmente en el establecimiento de deberes informativos que expresamente contemplen la vía telemática. Así, aunque con carácter general pudiera pensarse que el principal problema que plantea el desarrollo de la e-

68, págs. 130 a 137, donde se destaca la potencialidad de la Administración electrónica en relación con los derechos de contenido informativo reconocidos a los ciudadanos.

8 BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, pág. 59.

9 CRIADO GRANDE, I. y RAMILO ARAUJO, M.C., "e-Administración: ¿Un reto o una nueva moda? Problemas y perspectivas de futuro en torno a Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en las Administraciones públicas del siglo XXI", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. (61)I, 2001, págs. 21 y 22. En el mismo sentido, SANZ LARRUGA, F.J., "Las bases jurídicas de la Administración electrónica en España: el uso de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas en las Administraciones Públicas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* núm. 6, 2002, pág. 758, quien matiza no, obstante, que también nos encontramos ante un problema de mejora de los medios tecnológicos en la organización administrativa. En definitiva, como advierte OCHOA, el problema acaba reconduciéndose muchas veces a la disponibilidad de medios económicos suficientes (OCHOA MONZÓ, J., "¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?", en SOSA WAGNER, F. (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 170).

Administración desde el punto de vista jurídico consiste en asegurar cuando menos el mismo nivel de garantía que ofrecen la actuación administrativa basada en el contacto personal y directo ¾presencial¾ entre la Administración Pública y los ciudadanos, esta prioridad debe ser sustancialmente matizada por lo que se refiere a la publicación y el acceso telemático a la información administrativa. En efecto, con esta medida no sólo se solventan un buen número de las dificultades prácticas que plantea su articulación presencial sino que, sobre todo, se abren posibilidades hasta ahora inusitadas para garantizar una mayor difusión de la información ¾tanto cuantitativa como cualitativamente¾, se permite su continua actualización y, en definitiva, se facilita el ejercicio de otros derechos y el cumplimiento de las obligaciones ante la Administración Pública sin tener que realizar múltiples desplazamientos a las oficinas administrativas[10]. Sin embargo, con carácter previo resulta necesario llevar a cabo una delimitación del alcance de los distintos bienes jurídicos que pueden entrar en conflicto como consecuencia de la aplicación de medios telemáticos sobre la utilización y difusión de la información administrativa.

2. Transparencia, derecho de acceso a la información administrativa y protección de datos personales: ¿una ecuación irresoluble?

Uno de los principales retos a que han de enfrentarse las modernas organizaciones públicas al trasluz de las posibilidades que ofrece la tecnología consiste en superar las inercias oscurantistas que con demasiada frecuencia inspiran la práctica administrativa[11]. La apertura hacia los ciudadanos en tanto que cualificada manifestación de la vocación de servicio con eficacia preceptuada constitucionalmente constituye una exigencia no sólo para paliar las deficiencias de legitimidad propias del modelo organizativo *weberiano* al facilitar la participación activa de aquellos en el sentido antes referido[12] sino que, por lo

10 No obstante, debe tenerse en cuenta que la utilización exclusiva de medios telemáticos para difundir la información administrativa se encuentra sometida al respeto de los límites impuestos por la prohibición de limitaciones y discriminaciones en el acceso a los servicios públicos. Con carácter general, en relación a esta problemática, cfr. COTINO HUESO, L., "Derechos del ciudadano...", ob. cit., págs. 139 a 147, así como VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2004, págs. 32 a 47.

11 Por lo que se refiere al sentido y el alcance de la transparencia y publicidad de la acción administrativa en el Estado democrático de Derecho, FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 19 a 24, donde se mantiene que "la disciplina del derecho de acceso a los documentos oficiales representa un parámetro muy significativo del nivel efectivo de transparencia de un determinado ordenamiento jurídico", concluyendo que "difícilmente puede hablarse de transparencia de la actividad administrativa si no se garantiza un derecho del público a la comunicación de la documentación en poder de la Administración" (ibídem, pág. 19).

12 En palabras de la Directiva europea 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, "la publicidad de todos los documentos de libre disposición que obran en poder del sector público

que aquí interesa, simplifica el ejercicio de sus derechos al poner a su disposición la información necesaria para conocer con exactitud los datos que requieren al efecto y, asimismo, permite acercar a sus destinatarios decisiones administrativas sustancialmente unilaterales y las razones en base a las que se adoptan, contribuyendo a reducir —al menos potencialmente— el nivel de litigiosidad en sede judicial[13]. Este planteamiento adquiere una relevancia mayor en relación con la Sociedad de la Información en que han de desenvolverse las Administraciones Públicas a comienzos del siglo XXI, tanto por la mayor fluidez en la gestión de la información que permite la utilización de potentes equipos informáticos como por la simplificación en las relaciones con los ciudadanos que ofrece la vía telemática; de manera que en ambos casos los referidos instrumentos tecnológicos permiten lograr simultáneamente una menor dedicación del personal administrativo a tareas informativas y, al mismo tiempo, una mejor y más rápida satisfacción de las peticiones de los ciudadanos que, en muchos casos, podrán acceder directamente a la información solicitada sin necesidad de intermediarios.

En la difícil consagración de un modelo de Administración Pública abierta y transparente existe un elemento de gran trascendencia que, sin embargo, no ha alcanzado en nuestro país el desarrollo que reclama el carácter democrático que, según el Texto Constitucional, se predica del Estado y, en consecuencia, de las entidades administrativas[14]: el acceso a la información sin mayores limitaciones que las exigidas por la concurrencia de otros bienes jurídicos más dignos de protección en caso de conflicto, así como una tutela judicial adecuada que permita, de una parte, ejercer las acciones oportunas en defensa de este derecho de forma autónoma y, de otra, garantice la rápida ejecución de las resoluciones que amparen su ejercicio[15]. A este respecto, el legislador español ha consagrado con carácter

[...] es un instrumento esencial para el desarrollo del derecho al conocimiento, que constituye un principio básico de la democracia" (Considerando 16).

13 A tal efecto, como ha destacado SOUVIRÓN, resulta fundamental el sometimiento a reglas jurídicas del poder informativo que corresponde a la Administración Pública, expresión que no sólo conlleva la necesidad de regular jurídicamente dicho poder sino, asimismo, que las potestades atribuidas a los poderes públicos resulten proporcionadas a los fines que los justifiquen y que estos últimos se encuentren debidamente justificados (SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., "En torno a la juridificación del poder informativo del Estado y el control de datos por la Administración", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 40, 1994, pág. 124).

14 Incluso, como ha resaltado MESTRE, a pesar de que del propio Texto Constitucional puede extraerse el principio de transparencia administrativa, la incorporación de España a las Comunidades Europeas ha constituido un elemento decisivo para su progresivo reconocimiento normativos (MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998, págs. 55 y ss.).

15 En opinión de FERNÁNDEZ RAMOS, para que un sistema de acceso a los documentos administrativos sea efectivo se requiere la concurrencia de al menos tres exigencias: una regulación clara que delimite los confines de la publicidad y el secreto, la adecuación de las estructuras administrativas para su satisfacción y, en última instancia, la sensibilización del personal al servicio de la Administración ya que la transparencia supone "una innovación radical en las relaciones

básico el derecho de los ciudadanos a acceder a la información administrativa, reconocimiento legal que, a pesar de las apariencias, se encuentra ciertamente cercenado en base a las limitaciones —algunas de ellas bastante confusas— expresamente fijadas en la regulación básica y en las disposiciones de desarrollo, así como por una aplicación reduccionista de las mismas basada en una interpretación más que discutible[16].

Uno de los mayores problemas con que se encuentra el derecho analizado es el relativo a su pretendida colisión con otro derecho, en este caso de carácter fundamental al estar constitucionalizado en el artículo 18.4 CE, el relativo a la protección de los datos de carácter personal, de manera que en última instancia se trata de hacer una valoración sobre cuál de ellos resulta preferente en su protección. Para llevar a cabo adecuadamente esta ponderación es necesario partir de la regulación legal de ambos derechos a fin de detectar con precisión las zonas de conflicto que realmente se presentan y, por otra parte, desechar aquellas que sólo lo sean en apariencia. En efecto, la normativa que contiene la legislación española en la materia parte de un concepto amplio de *dato personal* a fin de garantizar una protección máxima, tal y como se desprende de la definición legal contenida en el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal[17]: "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". Así, desde una consideración objetiva, la delimitación legal es ciertamente amplia ya que no es necesario que se trate de una información cualificada en base a los riesgos que supone el conocimiento por un tercero sin la debida autorización, si bien es cierto que determinados tipos de datos son objeto de una protección reforzada en base a esta circunstancia[18]. Por lo que se refiere al elemento subjetivo, el legislador ha optado por considerar que la vinculación de los datos con su titular ha de ser simplemente relativa, de manera que no sólo tienen la consideración de datos personales los que se encuentren vinculados a una persona física plenamente identificada sino, además, aquellos referidos a un sujeto cuya identidad pueda conocerse en base a una operación de conexión lógica[19].

entre la Administración y los ciudadanos" (Fernández Ramos, S., *El derecho de acceso*..., ob. cit., pág. 25).

16 En todo caso, debe destacarse con Pomed que el principio de transparencia administrativa se encuentra garantizado al máximo nivel normativo por el artículo 105 del Texto Constitucional y, por relación, en el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Norma Fundamental. Para una profundización en las consecuencias de este reconocimiento, véase Pomed Sánchez, L.A., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, págs. 109 a 117.

17 En adelante, LOPDP.

18 Es el caso, singularmente, de los datos especialmente protegidos a que se refiere el artículo 7 LOPDP, esto es, aquellos que versen sobre las siguientes materias: ideología, creencias, religión, afiliación sindical, origen racial, salud y vida sexual.

19 Por lo que se refiere a los denominados datos disociados, es decir, aquellos que no pueden ser vinculados a una persona física ni siquiera indentificable, véase Aparicio Salom, J., *Estudio*

Partiendo de esta constatación, ha de advertirse igualmente que el derecho de acceso a la información administrativa tendrá como objeto normalmente datos de carácter personal en la medida que se encontrará referido a una persona física perfectamente determinada o, cuando menos, cuya identificación resulte posible. De ahí que, con cierta frecuencia, la Administración Pública venga negando el acceso a los documentos administrativos amparándose en que existe una prohibición que limita este derecho en aras a la protección de los datos personales de terceros que constan en el documento, especialmente en los denominados procedimientos competitivos[20]. Ahora bien, en la medida que el acceso a los datos de terceros constituya un presupuesto para el posterior ejercicio de un derecho o interés legítimo, ya en sede administrativa ya judicial, difícilmente puede negarse el acceso sin mayores matizaciones pues, de lo contrario, se podrían vulnerar estos últimos de forma indebida, de ahí la necesidad de delimitar las condiciones y requisitos en base a los cuales el intérprete habrá de tomar la oportuna decisión.

En otras ocasiones, el acceso a los documentos o registros administrativos que contengan información de carácter personal constituye una exigencia no ya para el ejercicio de un derecho por parte de los ciudadanos sino, antes bien, para el cumplimiento de una función por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas en cuyo poder se encuentran los datos[21]. En este caso, como advierte FERNÁNDEZ RAMOS, el conflicto no se produce con un genérico deber de transparencia administrativa frente a los ciudadanos sino que, antes bien, se trata de permitir que la actividad administrativa se lleve a cabo de forma adecuada, lo que en modo alguno conlleva la inexistencia de garantías tales como el deber de secreto que pesa sobre quien conoce la información y el carácter relativo del acceso en la medida que, en última instancia, sólo cabe admitirlo en relación con aquellos datos que sean necesarios para el ejercicio de su función[22].

sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 53 y ss.

20 Para un análisis en profundidad sobre esta dialéctica, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Civitas-APDM, Madrid, 2003, págs. 178 y ss., donde se refieren algunas resoluciones judiciales en la materia.

21 Un ejemplo paradigmático y especialmente conflictivo por sus connotaciones políticas es el de los Concejales ya que, en ciertos casos, el reconocimiento de este derecho presupone la autorización del acceso por parte del Alcalde. En relación con esta problemática, FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Los concejales y el acceso a la información*, 2ª ed., Comares, Granada, 2003, *in totum*, así como VALERO TORRIJOS, J., *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública y régimen jurídico-administrativo vigente*, Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 651 a 653, por lo que se refiere en concreto al derecho de acceso a la información necesaria para el ejercicio de sus funciones en el seno de los órganos colegiados de los que formen parte.

22 FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Los concejales*..., ob. cit., pág. 95, puntualizando en relación con el derecho de acceso por parte de los representantes municipales respecto de los asuntos que no se encuentren incluidos en el orden del día que puede afirmarse la existencia de una presunción de

En última instancia, el deber legal de establecer las medidas de seguridad adecuadas que contempla el artículo 9 LOPDP requiere que se adopten aquellas de carácter técnico y organizativo que impidan el acceso no autorizado, configuración que habrá de realizarse teniendo en cuenta "el estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural"[23].

3. La protección de los datos de carácter personal desde la perspectiva del derecho de acceso a la información administrativa: necesidad de una reinterpretación armonizadora

A) Un imprescindible análisis previo: supuestos, condiciones y límites del acceso a la información administrativa

La mayor parte de los problemas antes descritos vienen determinados por la existencia de sendas regulaciones legales —la relativa al acceso a la información administrativa y la que protege el derecho a la protección de los datos personales— que en gran medida se desconocen a pesar de su indudable conexión material y de que, al menos por lo que se refiere a la primitiva regulación en materia de protección de datos contenida en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, fueron dictadas con en un intervalo ¡inferior a un mes!, tramitación prácticamente simultánea que hubiera exigido al menos una mínima coordinación. Resulta imprescindible, por tanto, partir del examen de las disposiciones reguladoras del derecho de acceso a la información administrativa por los particulares a fin de precisar en qué medida puede resultar contradictoria con la normativa sobre protección de datos y, en su caso, proponer los criterios que permitan solventar la eventual colisión.

En primer lugar, la regulación básica analizada parte de una elemental distinción con importantes consecuencias jurídicas ya que, por una parte, se establece un régimen de acceso para quienes ostenten la condición de interesados en relación con los documentos que obren en el expediente que se esté tramitando y, por otro, se fija una disciplina específica, más restrictiva, respecto de la información que obre en documentos pertenecientes a procedimientos ya finalizados o en registros administrativos. Así, por lo que se refiere al primero de los supuestos referidos, el artículo 35.a) LRJPAC consagra el derecho de cualquier interesado en el procedimiento administrativo para conocer su estado de tramitación y "obtener copia de documentos contenidos en ellos", previsión

que existe una necesidad de conocer la información para ejercer sus funciones a pesar de que los datos afecten a la intimidad, salvo que la falta de relación sea manifiesta (ibídem, pág. 97).

23 Por lo que se refiere a las concretas medidas que deben adoptarse, el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, distingue tres niveles de seguridad —básico, medio y alto—, si bien en todos los casos se ha de garantizar, con mayor o menor sofisticación, que no se produzcan acceso indebidos a la información.

legal que, si bien no limita expresamente el ejercicio de este derecho en los supuestos de colisión con otros bienes jurídicos —intimidad, secretos oficiales...—, tampoco se encuentra redactada en términos absolutos desde el punto de vista de su objeto en la medida que no reconoce expresamente el derecho a obtener copia de *todos* los documentos que obren en el expediente. Por su parte, el acceso reconocido en el artículo 37 LRJAP se encuentra más restringido ya que se refiere, de un lado, a los registros administrativos y, de otro, a los documentos que obren en procedimientos ya terminados y, de otra, en la medida que se supedita a la prevalencia de otros bienes jurídicos como la intimidad[24], se subordina a la existencia de intereses públicos o de terceros más dignos de protección y, en definitiva, ha de ser ejercido en tales condiciones que "no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias".

Así pues, en ninguno de los dos preceptos que la LRJAP dedica a la regulación del derecho de acceso a la información administrativa se ha incluido referencia alguna a la protección de los datos de carácter personal como causa obstativa ya que, según ha declarado el Tribunal Constitucional, nos encontramos ante un derecho fundamental autónomo que no puede ser equiparado sin más a la intimidad que, por su parte, es aludida como una limitación para el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 37 LRJAP[25]. Sin embargo, ello no impide que las normas deban ser interpretadas sistemáticamente teniendo en cuenta otras disposiciones que puedan incidir sobre el mismo ámbito objetivo —en este caso la información—, tal y como sucede singularmente con la relativa a la protección de los datos personales en poder de las Administraciones Públicas. En última instancia, siempre que la misma se refiera a personas físicas identificadas o identificables resultarán de aplicación las previsiones de la LOPDP y, en consecuencia, dichos datos habrán de protegerse conforme a su disciplina, especialmente por lo que se refiere a las cesiones de datos.

Ahora bien, no puede dejar de advertirse que cuando los datos personales —afecten o no a la intimidad— se incorporan a un documento administrativo lo

24 Asimismo, según dispone el apartado 5, no podrá ser ejercido respecto de aquellos expedientes que contengan información referida a la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, al ejercicio de las competencias gubernamentales no sometidas al Derecho Administrativo, los tramitados para la persecución de los delitos cuando pudieran ponerse en peligro la protección de derechos y libertades ajenas o las necesidades de la investigación, los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial, así como los que se refieran a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

25 En este sentido, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, puede considerarse el punto final de una tendencia jurisprudencial ya iniciada, aunque tímidamente eso sí, con la STC 254/1993, de 20 de julio. En relación con este proceso evolutivo, véase SERRANO PÉREZ, M.M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas-APDM, Madrid, 2003, págs. 156 y ss.

hacen en razón de una función pública que ha de satisfacer el órgano o autoridad responsable, quien precisa de dicha información para el ejercicio de sus propias competencias; de ahí que necesariamente el régimen de protección de dicha información deba condicionarse a la primacía de este elemento. Esto no significa en modo alguno que la garantía de la intimidad o, en su caso, de los datos personales quede absolutamente desprotegida sino que, como medida para cohonestar ambos bienes jurídicos, el legislador ha optado por establecer un régimen jurídico basado, por un lado, en la debilitación de algunos de los derechos de los titulares y, por otra, en el reforzamiento de las obligaciones impuestas a las Administraciones Públicas cuando manejan datos personales[26].

B) La necesaria armonización del derecho a la protección de los datos personales con el derecho de acceso como exigencia de la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos

Tal y como se razonó con anterioridad, el derecho de acceso a la información administrativa adquiere una de sus principales funcionalidades como instrumento para el ejercicio de otros derechos o la defensa de intereses legítimos de quien lo solicita, de manera que sólo conociendo la información en poder de la Administración Pública podría llevarse a cabo dicha actuación o, al menos, hacerlo en las condiciones más óptimas[27]. En última instancia, dado que la tutela de la posición jurídica de los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos se encuentra garantizada en sede judicial en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Norma Fundamental, la vulneración del derecho de acceso puede conllevar por extensión la de dicho valor jurídico constitucional al menos en la vía administrativa. En consecuencia, cuando la negativa al acceso se fundamente en la necesidad de proteger datos de carácter personal, nos encontraremos ante un conflicto entre sendos bienes jurídicos con idéntica configuración constitucional como derechos fundamentales, si bien es preciso concluir la primacía de la tutela judicial efectiva en la medida que constituye una garantía para la adecuada protección de cualquier otro derecho o interés legítimo que, en definitiva, es el que justifica el acceso.

Sin embargo, la ponderación que debe realizarse no puede considerarse en modo alguno sencilla. Tanto en el caso del derecho garantizado por el artículo

26 Con carácter general, por lo que se refiere a la modulación del contenido del derecho a la protección de los datos personales en relación con las Administraciones Públicas, véase FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos*..., ob. cit., págs. 100 a 106.

27 Cfr. MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso*..., ob. cit., págs. 107 y 111, quien distingue el alcance de la relación entre ambos derechos fundamentales en función de que se pretenda acceder a documentos integrados en un expediente en el que se tenga la condición de interesado o no, en cuyo caso sólo cabría admitir la vulneración de la tutela judicial efectiva cuando la Administración niegue el acceso al no remitir el expediente al órgano judicial que así lo solicite en el seno de un proceso jurisdiccional.

35 a) LRJAP en relación con los expedientes todavía en curso, como en el del artículo 37 LRJAP se parte como presupuesto inexcusable de que el solicitante habrá de fundamentar su petición en un su condición de interesado, requisito de naturaleza subjetiva que debe completarse con una exigencia objetiva adicional: que el acceso no implique la vulneración del derecho a la protección de los datos personales de las personas físicas que figuren en la documentación administrativa y, en definitiva, el respeto a la normativa que contiene la LOPDP. Teniendo en cuenta que, en estos casos, el ejercicio del derecho de acceso constituye en puridad una cesión de datos personales siempre que se refieran a personas físicas identificadas o identificables, el artículo 11 LOPDP únicamente permite que tal operación tenga lugar cuando medie consentimiento del afectado o, en su caso, cuando así lo establezca una disposición legal. Bien podría considerarse que los dos preceptos reguladores del derecho de acceso constituyen precisamente una habilitación en este sentido[28], de modo que en dichos supuestos no existiría conflicto alguno al menos en términos jurídicos, a no ser que se trate de datos relativos a la intimidad: mientras que en el caso del artículo 35 LRJAP ni siquiera este extremo sería relevante, no sucede lo mismo en el caso de acceso a registros y documentos que obren en procedimientos ya terminados, ya que en este segundo supuesto el propio legislador ha optado por la primacía de la intimidad frente al conocimiento de los hechos. En efecto, según el artículo 37.2 LRJAP, sólo los titulares de los datos podrán acceder a los documentos que contengan información relativa a su intimidad, salvo que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero, se trate de "documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos", en cuyo caso los terceros que pretendan acceder deberán acreditar "un interés legítimo y directo".

La salida a esta aparente colisión entre derechos ha de resolverse de la misma forma que la anteriormente analizada entre el derecho de acceso como manifestación instrumental de la tutela judicial efectiva y el derecho a la protección de los datos personales. En efecto, por mucha consideración que merezca la salvaguardia de la intimidad —de ahí su configuración como derecho fundamental—, no puede obviarse la superioridad del bien jurídico consistente en que los ciudadanos puedan defender adecuadamente sus derechos en base a la información que tenga en su poder la Administración Pública[29], si bien es

28 Por lo que se refiere a los requisitos y condiciones de la autorización legal como excepción a la regla del consentimiento, véase MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Civitas-APDM, Madrid, 2003, págs. 110 a 112. En relación con las peculiaridades de esta habilitación en el ámbito administrativo, cfr. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos*..., ob. cit., págs. 163 y ss.

29 En relación con la tutela de la intimidad y de los datos personales como límite frente al acceso a la información administrativa, véase FERNÁNEZ SALMERÓN, M., *La protección*..., ob. cit.,

preciso realizar algunas matizaciones a este respecto. No se trata de que el afectado se vea obligado a comunicar a otro particular información relativa a su intimidad sino, antes bien, de que este último tenga acceso o no a datos cuyo nivel de protección ha de ser necesariamente menor al constar en documentos públicos, lo que en modo alguno supone que baste con alegar un derecho o interés legítimo para conocerlos. En efecto, a la hora de valorar si se permite el acceso debe tenerse en cuenta por una parte si el conocimiento de la información resulta determinante para la defensa de los derechos o intereses legítimos de quien pretende conocerla ya que, de no ser así, no estaría justificado sacrificar la tutela de la privacidad, para lo cual deberá ponderarse igualmente el tipo de datos íntimos de que se trate dada la diversidad de categorías existentes[30]. Por otra parte, dada su necesaria consideración como datos personales, habrán de respetarse los principios generales existentes en la materia y, en concreto, el referido a la calidad que consagra el artículo 4 LOPDP, de manera que en ningún caso cabría el acceso cuando el uso pretendido por el solicitante sea incompatible con la finalidad que justificó la recogida de los datos por parte de la Administración Pública.

Teniendo en cuenta estas precisiones, podemos concluir que nos encontramos ante un derecho que, si bien, se encuentra plenamente reconocido en la letra escrita del texto legal, no ha sido suficientemente amparado en la práctica administrativa con las negativas consecuencias que ello conlleva en orden a la plena y efectiva garantía de la cláusula Estado de Derecho. En concreto, sucede con cierta frecuencia que la negativa infundada a su reconocimiento por parte de la Administración Pública puede conducir a la indefensión material —que no jurídica, pues siempre queda la vía judicial— de quien pretende utilizar el derecho de acceso a la información administrativa como elemento de juicio para valorar si procede o no ejercer las correspondientes acciones en sede jurisdiccional, de manera que, ante la imposibilidad de conocer los datos oportunos, sólo resta obtener su reconocimiento judicial[31]. Desde una perspectiva económica esta

págs. 177 a 190, quien mantiene tajantemente que la solución legal del artículo 37 LRJAP no es de recibo ya que, de una parte, no puede mantenerse la prevalencia absoluta de un derecho frente a otro y, en segundo lugar, ante la ausencia de soluciones imaginativas para cohonestar ambos (ibídem, pág. 178).

30 En relación con los diversos tipos de intimidad protegidos constitucionalmente y sus implicaciones, REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 152 y ss.

31 Y como ha destacado certeramente POMED, no nos encontramos precisamente ante un derecho que disponga de un sistema de garantías efectivo ya que no se contemplan medidas disciplinarias ante su vulneración por parte de los funcionarios, la solicitud ha de formularse ante el órgano que custodia el documento que, al menos cuando la solicitud se ampare en el artículo 37 LRJPAC, normalmente será distinto del autor del mismo, el plazo de resolución y notificación de la resolución es excesivamente amplio y, en definitiva, el diseño del proceso judicial no ayuda precisamente a la tutela del derecho (POMED SÁNCHEZ, L.A., "El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa", *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, págs. 473 a 476).

solución resulta desproporcionada en la medida que, a pesar de los gastos de defensa letrada y representación procesal que supone, sólo se obtendrá en el mejor de los casos el reconocimiento del acceso a la información y, en modo alguno, la tutela del derecho principal para cuya satisfacción era necesario solicitar el acceso. En idénticos términos, no parece razonable forzar al ciudadano a interponer directamente las acciones judiciales en defensa del derecho material para conocer los datos en cuestión, ya a través del expediente administrativo remitido ya mediante la práctica de las pruebas documentales oportunas, puesto que en estos casos las posibilidades de una condena en costas serían realmente elevadas dada la imposibilidad de sopesar previamente la viabilidad de acudir a la vía judicial.

Así pues, es necesario reclamar una revitalización de las soluciones en sede administrativa a fin de garantizar debidamente el respeto de todos los bienes jurídicos afectados: la protección de los datos personales, la intimidad y el derecho de los terceros que solicitan el acceso. Por ello coincidimos con MESTRE DELGADO en la oportunidad de crear un órgano encargado específicamente de resolver los conflictos que surjan en materia de derecho de acceso[32], para lo cual sería de gran utilidad articular una vía de recurso administrativo basado en la previsión del artículo 107.2 LRJAP[33], esto es, creando en cada nivel territorial —al menos estatal para la Administración General del Estado y autonómico para las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales— un órgano colegiado no sometido a instrucciones jerárquicas en el que se integre un representante de la autoridad de control competente en materia de protección de datos, si bien esta medida precisaría que se generalizaran las Agencias autonómicas.

4. La nueva dimensión del derecho de acceso a la información administrativa en la Sociedad de la Información

A) Internet como medio privilegiado para la difusión de la información administrativa

Una de las principales dificultades con que suele encontrarse en la práctica el ejercicio del derecho de acceso a la información en poder de las Administraciones Públicas consiste precisamente en que —con carácter general y salvo que se trate de información de libre disposición—, es necesaria la presentación de una solicitud formal en la que se identifique al peticionario y se especifiquen con exactitud los documentos a los que se pretende acceder, ya que de lo contrario,

32 En relación con los términos exactos de su propuesta, MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso*..., ob. cit., págs. 213 a 217.

33 Como hemos destacado en otro lugar, la planta colegiada resulta especialmente apropiada para las funciones de control especialmente cuando versen sobre decisiones discrecionales (VALERO TORRIJOS, J., *Los órganos colegiados*..., ob. cit., págs. 372 a 374).

tal y como establece el artículo 37 LRJAP, no existiría una obligación en términos jurídicos de permitir el acceso. Se trata, en última instancia de una elemental exigencia que garantice el normal funcionamiento de la actividad administrativa ya que, de no adoptarse esta mínima precaución, el personal al servicio de las Administraciones Públicas podría verse compelido a dedicar la mayor parte de su tiempo de trabajo a satisfacer este tipo de demandas genéricas. No nos encontramos, por tanto, ante una exclusión legal del derecho analizado basada en la naturaleza protegida de la información que se pretende conocer sino, por el contrario, en una medida impuesta para impedir su ejercicio abusivo. Más aún, este mismo problema puede plantearse incluso en aquellos casos en que fueran directamente los interesados o personas legitimadas quienes pretendieran conocer la información en poder de la Administración que les afecta, de manera que, en ocasiones, pueden desechar la opción de ejercer su derecho ante la carga que supone tener que desplazarse, formular una solicitud en regla y esperar que el órgano competente adopte una decisión al respecto[34].

Pues bien, ante esta realidad, Internet se ha revelado como una herramienta decisiva en orden a permitir una mayor transparencia de los poderes públicos[35] y, al mismo tiempo, evitar los inconvenientes de los que tradicionalmente adolece la actividad informativa de las Administraciones Públicas. Teniendo en cuenta que los avances tecnológicos se encuentran implementados en la práctica en la totalidad de los sistemas informativos de que aquellas disponen, los obstáculos de esta naturaleza desaparecen en gran medida a la hora de apostar por una mayor accesibilidad informativa de manera que, en última instancia, se trata de una decisión condicionada en gran medida por criterios políticos tal y como puede concluirse a la vista de la escasa y escasamente útil información que ofrecen la mayor parte de las Administraciones Públicas a través de su sitio *web*. Resulta, por tanto, de gran importancia apostar por el reconocimiento a nivel normativo de un amplio derecho de acceso a la información administrativa por medios telemáticos, tanto desde el punto de vista de la regulación básica como específicamente en cada ámbito administrativo[36].

34 No obstante, es preciso reconocer que en la práctica la cuestión se simplifica enormemente por cuanto es el propio personal administrativo encargado de la custodia de los documentos quien autoriza su consulta para simplificar el ejercicio del derecho, de manera que los riesgos de que se produzcan accesos indebidos son todavía mayores al no tramitarse el correspondiente procedimiento y, en definitiva, adoptarse la decisión por quien carece de atribución competencial por no ser titular de órgano administrativo alguno.

35 Por lo que se refiere a las condiciones, límites y requisitos a que ha de someterse la información administrativa publicada en Internet, véase BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Una reflexión introductoria...", ob. cit., págs. 61 a 65, destacando la exigencia de que "la información que la misma Administración ofrece, sea propia o de terceros, debe poseer un mínimo de calidad, universalidad, neutralidad, integridad, exactitud y relevancia" (ibídem, pág. 64).

36 Por lo que se refiere a las condiciones en que debe estar ofrecida la información, VALERO TORRIJOS, J., "Los desafíos jurídicos de la Administración Pública electrónica: a propósito del Plan Info XXI", en la obra coordinada por DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Quince años de encuentros*

Ahora bien, aún reconociendo las ventajas del acceso telemático a la información administrativa, no pueden obviarse los relevantes problemas que desde el punto de vista jurídico se plantean. En efecto, por una parte, es necesario resaltar la necesidad de asegurar las exigencias técnicas a que se refiere el artículo 45 LRJAP al requerir que se garantice la "autenticidad, integridad y conservación" de la información, aspecto de gran relevancia en el caso que nos ocupa dada la inseguridad que presenta una red abierta como Internet; requerimientos que en definitiva suponen la utilización de certificados de servidor y la adopción de medidas de seguridad tendentes a evitar la modificación indebida de la información difundida. Más aún, en la medida que la misma se refiera a personas físicas identificadas o identificables nos encontraremos ante datos de carácter personal, de manera que tales medidas serán específicamente las que se contemplan en el artículo 9 LOPDP así como en el R.D. 994/1999, de 11 de junio en función de la naturaleza de los datos; sin que puedan olvidarse las limitaciones exigidas por la proporcionalidad en la difusión de la información en aplicación del principio de calidad de los datos garantizado en el artículo 4 LOPDP. Por otra parte, más allá de esta problemática, aunque íntimamente relacionada con ella, en ocasiones el acceso a la información se encuentra limitado a quien ocupe una determinada posición jurídica, tal y como se ha analizado con anterioridad en relación con los interesados en el procedimiento o, más ampliamente, con los legitimados para acceder a los archivos y registros administrativos[37]. En estos casos, la articulación del ejercicio de este derecho por vía telemática necesariamente requerirá implantar mecanismos de control que impidan tanto el acceso por terceros no autorizados —fundamentalmente a través de la firma electrónica— como la interceptación de la información transmitida, inconveniente que requiere la utilización de técnicas de encriptación.

B) El derecho de acceso telemático a la información administrativa: ¿realidad o utopía?

Así pues, tal y como advierte FERNÁNDEZ SALMERÓN, "el derecho de acceso, configurado de modo tradicional por nuestra normativa como de ejercicio presencial o físico, requiere un replanteamiento de su alcance y modalidades de actuación en el momento actual, caracterizado por la eclosión masiva y el

sobre Informática y Derecho, tomo II, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002, pág. 920 a 922.

37 En relación con las medidas a adoptar en relación con la información cuya consultar debe restringirse en función de la posición jurídica de quien solicita el acceso telemático, véase FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., "El acceso a los archivos y registros administrativos: perspectiva telemática de un derecho contemporáneo", en DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (Coord.), *Quince años*..., ob. cit., tomo II, págs. 618 y 619, así como VALERO TORRIJOS, J., "El derecho de acceso a la información administrativa mediante sistemas informáticos y telemáticos", en *Cuadernos de Archivos Técnicos del Archivo General de la Región de Murcia*, núm. 1, 2001, págs. 73 a 76.

perfeccionamiento de los medios informáticos y telemáticos"[38]. A este respecto es necesario resaltar que en los últimos años se ha avanzado intensamente en esta dirección y ya son numerosos los ejemplos de sistemas administrativos de información que permiten su consulta telemática, tanto de carácter abierto como de consulta selectiva previa la oportuna identificación del internauta[39]. Sin embargo, es preciso constatar que esta última modalidad todavía constituye una excepción debido en gran medida a la mayor complejidad técnica y jurídica que conlleva, mientras que el acceso a la denominada información "no cualificada" se está generalizando a pasos agigantados a través de los sitios web de las Administraciones Públicas, si bien es preciso reconocer que no en la medida que permitirían las herramientas tecnológicas[40].

Conscientes de las enormes posibilidades que permite este medio de difusión informativa, las autoridades europeas han apostado decididamente y de forma generalizada por difundir telemáticamente la información que, por carecer de implicaciones desde la perspectiva de la intimidad o la protección de los datos personales, puede ser accesible por cualquier sujeto[41]. En este sentido hay que destacar la Directiva europea 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 que, con carácter general y por ello con demasiadas prevenciones, obliga a que los organismos del sector público faciliten "sus documentos en cualquier formato o lengua en que existan previamente, *por medios electrónicos cuando resulte posible y oportuno*". Más contundentes resultan otras regulaciones europeas anteriores que, sin duda, han constituido una referencia para las autoridades públicas de los Estados miembros en el impulso de la difusión por medios telemáticos. Así, el artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y la Comisión, establece como regla general que "las instituciones permitirán el acceso directo

38 Fernández Salmerón, M., "El acceso a los archivos y registros...", ob. cit., pág. 614.

39 En relación con esta última modalidad ha de destacarse la experiencia pionera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que, desde hace ya varios ejercicios, permite a los contribuyentes acceder telemáticamente a su base de datos para consultar por esta vía los datos en poder de la Agencia relativos al Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, acceso cuya seguridad se garantiza limitándolo al titular de los mismos previamente identificado con su certificado electrónico.

40 Algunos ejemplos, ciertamente paradigmáticos de las posibilidades que ofrece la Red desde esta perspectiva, en Valero Torrijos, J., "Administración Pública, ciudadanos y nuevas tecnologías", en la obra colectiva coordinada por Sosa Wagner, F., *El Derecho Administrativo*..., ob. cit., vol. III, pág. 2960, nota 33.

41 Una visión general sobre la regulación de la Unión Europea en materia de acceso a la información pública en Guichot Reina, E., "El nuevo derecho europeo de acceso a la información pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, págs. 291 y ss., así como González Alonso, L.N. *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.

del público a los documentos, en la medida de lo posible, en forma electrónica o a través de un registro"[42], si bien es cierto que se trata de una previsión que en modo alguno puede contravenir la normativa sobre protección de datos personales, en concreto por lo que se refiere a los accesos indebidos. Aunque con idéntica limitación subjetiva, más intensa resulta todavía la ejemplar previsión que contiene el artículo 7 de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, relativa al acceso del público a la información medioambiental que, en una ejemplar comprensión de las exigencias dela sociedad actual, obliga a que los Estados adopten las medidas para difundirla activa y sistemáticamente al público "particularmente por medio de la tecnología de telecomunicación informática y/o electrónica", incluso en el caso de aquellos datos recogidos antes de su entrada en vigor siempre "que existan ya en forma electrónica"[43].

No obstante, si partimos de que la realidad socio-económica —e incluso la administrativa— nos demuestra que habitualmente se llevan a cabo operaciones telemáticas que requieren la identificación de los sujetos que las realizan[44], resulta evidente que la puesta a disposición de los ciudadanos únicamente de información no personalizada parece insuficiente y es necesario exigir una mayor adaptación a la tecnología disponible del ejercicio del derecho de acceso. En este sentido, la firma electrónica constituye el instrumento clave para que tal proceso se impulse por cuanto es la herramienta que permite garantizar de forma razonablemente segura la identidad de quien pretende acceder a la información y, en definitiva, que se satisfagan las medidas de seguridad exigidas por la normativa sobre protección de datos a este respecto y, asimismo, el cumplimiento de las limitaciones subjetivas previstas en los artículos 35.a) y 37 LRJAP[45]. Sólo

42 De hecho, en el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de los principios del Reglamento*, se reconoce (pág. 34) que la mayor parte de las peticiones de información fueron satisfechas en soporte electrónico y que, por lo que se refiere a los registros telemáticos, su implementación ha elevado el número de solicitudes de información en porcentajes de hasta el 70 % en algunas de las instituciones (pág. 41). El texto íntegro del mismo puede consultarse por Internet a través de la dirección <http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/rpt/2004/com2004_0045es01.pdf>.

43 Un análisis sobre esta normativa en De los Santos Gómez, G. "El nuevo régimen jurídico de acceso a la información ambiental en la Unión Europea", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 4, 2003, 250 a 259.

44 Un ejemplo especialmente representativo es el de la presentación telemática de documentos, escritos y solicitudes ante las Administraciones Públicas, posibilidad en gran medida impulsada por la creación de registros telemáticos al amparo de la reforma operada en el artículo 38 LRJAP por la Ley 24/2001. En relación con los requisitos, condiciones y límites previstos para el uso de tales registros, Bauzà Martorell, F., "Régimen jurídico de los registros telemáticos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 118, 2003, págs. 181 y ss., así como Valero Torrijos, J., *El régimen jurídico*..., ob. cit., capítulo II.

45 Es de esperar que la puesta en marcha del Documento Nacional de Identidad electrónico creado por la reciente Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, contribuya a paliar los negativos efectos de la dubitativa apuesta por esta tecnología que ha caracterizado la actitud

partiendo de esta premisa y de una decidida voluntad política puede avanzarse en la puesta al día de un derecho que se encuentra en la base democrática de la organización estatal: ni siquiera parece imprescindible que exista un reconocimiento normativo de la posibilidad de ejercerlo por vía telemática para que se impulse tal posibilidad ya que, dadas las ventajas que conlleva para la propia actividad administrativa, su puesta en marcha será una consecuencia inexorable una vez que, eso sí, exista una obligación jurídicamente exigible de proporcionar el acceso aunque sea presencialmente.

C) La necesidad de la publicidad de determinadas actuaciones administrativas. Especial referencia publicidad de la información administrativa en Internet desde la perspectiva de la protección de los datos de carácter personal

A pesar de la perspectiva restrictiva en que se fundamenta con carácter general la protección de los datos personales, no puede obviarse que el funcionamiento de nuestra sociedad actual se basa en gran medida en el manejo de información referida a personas físicas concretas o que, cuando menos, pueden ser identificadas. Incluso, en ocasiones resulta imprescindible que dichos datos adquieran relevancia pública para la satisfacción de ciertas necesidades sociales e individuales, necesidad que resulta aún más acuciante en el caso de las Administraciones Públicas en tanto que instrumento para garantizar el conocimiento general de determinadas actuaciones, ya sea para fomentar la participación, para apuntalar el control público de las mismas o, simplemente, como medio facilitar comunicación con los ciudadanos[46]. La delimitación del alcance de estas previsiones normativas ha de realizarse, como advierte GONZÁLEZ NAVARRO, partiendo de la existencia de ciertos datos que, por su propia naturaleza, se encuentran a disposición del público en general al no hallarse impedida su publicidad en base a norma limitativa alguna[47], lo que en modo alguno puede llevar a confundir los datos personales con aquellos que pertenecen al ámbito de

de nuestros poderes públicos en los últimos años. Una valoración crítica al respecto en VALERO TORRIJOS, J., "Los desafíos...", ob. cit., págs. 923 y 924.

46 Los ejemplos normativos serían innumerables, si bien podemos destacar los siguientes en base a su carácter básico: la publicación de los actos administrativos con carácter complementario o sustitutivo de la notificación personal —artículo 60 LRJAP—, la información pública como instrumento de participación —artículo 86 LRJAP— o, entre otros muchos, la difusión de los bienes que han de ser ejecutados para el cumplimiento de los actos administrativos —artículo 97 LRJAP y normas reglamentarias de desarrollo—.

47 GONZÁLEZ NAVARRO, F., "La relación jurídica de disposición de datos de carácter personal", en HEREDERO HIGUERAS, H. (Coord.), *El derecho a la intimidad y a la privacidad y las Administraciones Públicas*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pág. 53.

la intimidad[48] y, en consecuencia, suponen la prohibición de su pública difusión a no ser que la misma se realice en ejercicio del derecho constitucional a ofrecer información veraz sobre asuntos con trascendencia pública[49].

Tradicionalmente esta publicidad se conseguía a través de diversos instrumentos basados en la consulta directa y presencial por parte de los ciudadanos, de manera que para su efectivo conocimiento se requería, al menos, un comportamiento activo tendente a la localización de la información: mientras que la publicación en medios de comunicación o diarios oficiales precisa, en primer lugar, determinar la fecha concreta y su ubicación, la utilización de tablones de anuncios requiere que se realice, al menos, un desplazamiento físico a la oficina administrativa donde se encuentren. Sin embargo, esta carga ha desaparecido en gran medida debido a la simplificación en la difusión y el acceso que conlleva Internet, de manera que hoy día la información administrativa puede ser cómodamente consultada desde el domicilio o el lugar de trabajo por vía telemática más allá de las limitaciones geográficas que imponen los medios tradicionales y, lo que sin duda resulta más trascendente, puede ser localizada y sistematizada sin gran esfuerzo e, incluso, de forma completamente automatizada. Aunque las ventajas de este sistema son evidentes, no pueden dejar de advertirse los enormes riesgos que conlleva, especialmente desde el punto de vista de la protección de los datos de carácter personal.

A pesar de las matizaciones que pueden realizarse en cuanto a si la publicación de datos en Internet puede considerarse una *transferencia* desde el punto de vista territorial[50], lo cierto es que la definición legal de cesión que contiene el artículo 3.1 LOPDP nos obliga a mantener que dicha actividad constituye en sí

48 La jurisprudencia constitucional más reciente es tajante en este sentido: "el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos", de ahí que también alcance "a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos" (STC 292/2000, de 30 de noviembre, f.j.6).

En relación con esta distinción, véase igualmente VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "Protección de datos personales y padrón municipal", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, 2003, págs. 93 y 94, donde se concluye que mientras la intimidad protege la confidencialidad de la información relativa a una persona, el derecho a la protección de datos garantiza el buen uso de la información relativa a una persona una vez que se ha revelado a un tercero.

49 Para una distinción entre intimidad, privacidad y vida privada, así como sus recíprocas relaciones, REBOLLO DELGADO, L., *El derecho*..., ob. cit., págs. 81 a 94.

50 A este respecto, véase la STJUE de 6 de noviembre de 2003, caso Lindqvist, donde se afirma que la publicación de datos en Internet no constituye en sentido estricto una transferencia internacional de datos, interpretación que se fundamente en el estado de la técnica en el momento de aprobarse la Directiva 95/46 sobre protección de datos y, en especial, en el hecho de que implica únicamente una relación entre el usuario titular del sitio web y su proveedor de alojamiento. Una valoración matizadamente crítica sobre esta discutible interpretación en DE MIGUEL ASENSIO,

misma una "revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado"[51] y, en consecuencia, resulta plenamente aplicable la regulación del artículo 11 de la precitada Ley: a saber, que la cesión sólo puede tener lugar si media el consentimiento del titular o, en su caso, cuando exista una habilitación legal suficiente. Pues bien, según dispone este mismo precepto, no sería necesario el consentimiento cuando los datos provinieran de *fuentes accesibles al público*, condición que necesariamente ha de reconducirse a la previsión del artículo 3.1.j) LOPDP: censo promocional, repertorios telefónicos, listas de grupos profesionales, diarios oficiales y medios de comunicación.

Teniendo en cuenta que nuestra reflexión debe circunscribirse al ámbito administrativo, quizás sean los dos últimos supuestos los que resulten de mayor interés si constatamos que resulta frecuente que la publicación de información administrativa en los diarios oficiales y, en segundo lugar, que los tablones tradicionales a través de los que aquella se difunde han sido trasladados a Internet, de manera que las Administraciones Públicas utilizan con cada vez mayor frecuencia esta vía por las comodidades que le ofrece y las ventajas que conlleva para los ciudadanos en tanto que destinatarios. Mientras que en el caso de los boletines oficiales no parece que sea necesario realizar objeción alguna en la medida que su condición no varía en función de que se difunda a través de papel o un medio digital-telemático, no sucede lo mismo en relación con la referencia legal a los *medios de comunicación*. Sin perjuicio de la polémica acerca de si todos las publicaciones en Internet deben ser consideradas como tales en tanto que potenciales manifestaciones del derecho a difundir libremente información veraz, parece indiscutible que los sitios web de las Administraciones Públicas no tienen tal consideración en la medida que constituyen un instrumento para el ejercicio de sus competencias, de manera que la publicación de información administrativa a través de Internet por esta vía no puede incluirse entre las fuentes de acceso público.

Así pues, cuando los datos personales hubieran sido publicados utilizando un tablón de edictos telemático no estaría justificado el tratamiento de los mismos por terceros sin consentimiento de su titular, a no ser que existiera autorización

P.A., "Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales", *Diario La Ley*, núm. 5964, 27 de febrero de 2004.

51 Ciertamente, a los efectos de la cuestión prejudicial resuelta en la resolución citada en la nota anterior —si la publicación en Internet constituye una transferencia internacional— la respuesta de la instancia judicial europea puede comprenderse; pero de ahí a concluir, en base a esta línea jurisprudencial, ni siquiera nos encontramos ante una cesión media un abismo. Si no se considerara una cesión de datos, bastaría para evitar el consentimiento o la autorización legal con que la comunicación se estableciera de forma indirecta a través de Internet publicando en abierto los datos a transmitir y que el destinatario los obtuviera de allí. En última instancia, el perjuicio causado al titular de los datos sería aún mayor por cuanto no sólo habría tenido acceso a los mismos el destinatario "real" de la información sino cualquier internauta.

legal al respecto[52]. Por el contrario, cuando la información se obtuviera de un diario oficial no cabría mantener esta afirmación por las razones antes aludidas, si bien es preciso destacar que el hecho de que no sea inicialmente necesario el consentimiento por parte del titular no implica que éste se encuentre desprovisto del resto de sus derechos. En concreto, por exigencia del principio de calidad de los datos garantizado por el artículo 4 LOPDP, los mismos sólo podrán ser utilizados para fines compatibles con los que justificaron la publicación, bien porque materialmente lo sean o porque exista una habilitación legal al respecto; y, asimismo, deberán ser necesarios para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cesionario quien, en última instancia, a tenor del artículo 5 LOPDP, asumirá la obligación de informar al afectado de forma expresa, precisa e inequívoca de la procedencia de los datos y el resto de los extremos allí referidos, salvo que expresamente lo excepcione una Ley o lo autorice la Agencia de Protección de Datos en la medida que el cumplimiento de esta obligación resulte imposible o requiera esfuerzos desproporcionados.

D) El uso de los datos personales para fines distintos de los que justificaron su recogida. Especial referencia a las cesiones de datos y a su transmisión telemática

La mayor eficacia que conlleva —al menos potencialmente— la modernización de los medios e instrumentos a disposición de las Administraciones Públicas deber ser cohonestada con la estricta protección de los derechos de los administrados, sin que en modo alguno resulte legítimo alzaprimar la primera a costa de la segunda. Se trata de una problemática que se encuentra especialmente latente en la actual Sociedad de la Información donde, cada vez en mayor medida, la actividad administrativa depende sustancialmente de que la información disponible esté plenamente actualizada pues, de lo contrario, el riesgo de ineficacia de las medidas adoptadas estaría garantizado[53]. A partir de la constatación de que un importante volumen de la información en poder de la Administración Pública está referida a personas físicas identificadas o identificables, surge como inevitable la necesidad de exigir a las entidades públicas el pleno respeto de las disposiciones jurídicas reguladoras de esta materia tanto desde el punto de vista de la posición de los afectados como, igualmente y no menos trascendente, desde el aseguramiento de la eficacia administrativa. La

52 Cfr. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., "Protección de datos y Administración electrónica en el ámbito municipal", *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario sobre *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en las Entidades Locales*, 2004, págs. 88 y 89.

53 Como destaca SOUVIRÓN, las posibilidades de control que ofrecen las modernas tecnologías puede constituir un incentivo para que las Administraciones Públicas se vean tentadas de reforzar su volumen de información aprovechándose de su privilegiada posición institucional, de ahí la necesidad de regular jurídicamente ese poder (SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., "En torno al poder...", ob. cit., págs. 123 y 124).

solución legal en nuestro ordenamiento ha consistido en el establecimiento, por una parte, de un régimen más flexible respecto del propio de los particulares y, de otro, como mecanismo de garantía, en la fijación de obligaciones más estrictas en la creación de los ficheros y en las limitaciones del uso[54].

Como consecuencia de la constitucionalización de un modelo de Estado social, las Administraciones Públicas han asumido un papel protagonista en los más diversos ámbitos socio-económicos, de manera que han de disponer de un gran número de información ciertamente heterogénea y de difícil actualización a fin de ejercer con eficacia sus competencias. Por otra parte, el carácter descentralizado del modelo organizativo estatal constituye un elemento adicional de complejidad en la medida que la adecuada consecución de los fines públicos requiere inexcusablemente la colaboración entre Administraciones Públicas distintas y, en consecuencia, se ven abocadas a compartir la información de que disponen. Frente a esta realidad, condicionada en gran parte por el modelo estatal desarrollado a partir de 1978 y por las exigencias propias de la Sociedad de la Información en que nos encontramos en el comienzo del siglo XXI, la protección jurídica de los datos personales se convierte en un límite infranqueable que ha de respetar la Administración, dentro de los límites propios del contenido esencial del derecho y su correspondiente desarrollo legal en la LOPDP. Precisamente, la facilidad de comunicación que permiten los medios telemáticos convierte a la información administrativa en una apetecible *mercancía* que obliga a precisar con exactitud cuáles son los límites que han de respetarse a la hora de utilizarla[55].

A estos efectos, la LOPDP distingue claramente dos supuestos. Por una parte, se ha regulado expresamente —artículo 11— la posibilidad de que una Administración Pública ceda a otra datos que ella había obtenido para el ejercicio de sus propias competencias, en cuyo caso será necesario contar con el consentimiento del interesado[56], salvo que exista autorización legal al respecto. Y, precisamente, el artículo 21 LOPDP ha reconocido la posibilidad de prescindir de dicha autorización cuando la información sea necesaria para el ejercicio de la misma competencia o, si se tratara de otra distinta, cuando verse sobre la misma

54 Fernández Salmerón, M., *La protección de los datos*..., ob. cit., págs. 103 a 106. Se trata, en última instancia, de hacer efectiva la armonización de la garantía del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.4 del Texto Constitucional y la eficacia de la actividad administrativa exigida igualmente por la Norma Fundamental, sin que resulten aceptables posturas que hagan prevalecer un bien jurídico sobre otro sin mayores precisiones. Sobre los términos concretos en que ha de realizarse esta valoración, Valero Torrijos, J. y López Pellicer, J.A., "Algunas consideraciones sobre la protección de los datos personales en la actividad administrativa", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 59, 2001, págs. 259 a 263.

55 Como advierte Barnés, más allá de la tradicional dialéctica entre interés general e intimidad, la Sociedad de la Información ofrece nuevos escenarios y riesgos que han de ser tenidos en cuenta a la hora de ponderar los diferentes bienes jurídicos en juego (Barnés Vázquez, J., "Una reflexión introductoria...", ob. cit., pág. 70).

56 Por lo que se refiere a las características que ha de reunir el consentimiento en estos casos, Messía de la Cerda Ballesteros, J.A., *La cesión o comunicación*..., ob. cit., págs. 181 y ss.

materia[57]. Ahora bien, siempre que no se vean afectados los datos especialmente protegidos a que se refiere el artículo 7 LOPDP, no parece que exista inconveniente alguno para que el consentimiento pueda prestarse de forma tácita cuando tal voluntad se derive de forma inequívoca del comportamiento del interesado, interpretación que permitiría presentar únicamente la correspondiente solicitud sin acompañar los correspondientes documentos adjuntos que obren en poder de otra Administración[58]. El otro supuesto que puede producirse es que, al tratarse de la utilización de los datos en el seno de la misma entidad, no exista propiamente una cesión en el sentido legal del término, de manera que los límites habrán de venir determinados por la prohibición de que se empleen para fines incompatibles con los que justificaron su recogida —artículo 4 LOPDP[59]—, concepto jurídico indeterminado que habrá de ser precisado en cada caso y que en modo alguno puede ser excepcionado legalmente al formar parte del contenido esencial del derecho a la protección de los datos personales, máxime cuando los datos hayan sido recogidos sin su consentimiento en aplicación de alguna de las excepciones previstas legalmente[60]. Así pues, cuando se trate de utilizar los datos para una finalidad distinta no deberían implementarse sistemas de acceso directo por el personal administrativo más que cuando el órgano competente lo hubiera autorizado expresamente, confirmando que el nuevo uso pretendido no resulta incompatible.

57 En relación con la interpretación de las expresiones utilizadas por el legislador en este concreto supuesto, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos*..., ob. cit., págs. 228 y ss.

58 Precisamente, uno de los ejes en que se apoya el *Plan Conecta* es la sustitución de los certificados en papel por su equivalente telemático como exigencia para una tramitación digital íntegra del expediente, hasta el punto de que se pretende eliminar hasta el ochenta por ciento de los certificados que actualmente la Administración exige al ciudadano.

Por lo que se refiere a la problemática y deficiente regulación de las certificaciones telemáticas y las transmisiones de datos por idéntica vía, VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico*..., ob. cit., págs. 179 y ss.

59 Como advierte APARICIO, el artículo 4.2 LOPDP ha introducido una regulación más flexible al autorizar el uso de los datos para finalidades distintas de las que justificaron su recogida y tratamiento siempre que no exista incompatibilidad, de manera que "no se prohíbe el uso cuando exista una simple diferencia entre el objetivo para la obtención y aquel al que finalmente se aplican los datos, sino que es necesario que dicha diferencia llegue a suponer una auténtica incompatibilidad de objetivos" (APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica*..., pág. 111).

60 Incluso, como mantiene SOUVIRÓN —si bien es cierto que al amparo de la regulación de 1992 que impedía el uso incluso para fines distintos al margen de su compatibilidad—,el principio de congruencia puede considerarse una consecuencia del principio general de legalidad de la actuación administrativa (SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.,"En torno a la juridificación...", ob. cit., págs. 134 y 135).

La protección al consumidor en el comercio electrónico[1]

María Inés Arias de Rincón*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto legal de Comercio electrónico. 3. Derechos del consumidor en el comercio electrónico. 3.1. Derecho a recibir información previa sobre los bienes y servicios puestos a su disposición y sobre el proveedor que publicite sus pertenencias. 3.2. Derecho a conservar un registro de la transacción. 3.3. Derecho a exigir al proveedor actuar con prácticas equitativas de comercio y publicidad aplicables a la oferta electrónica de productos y servicios. 3.4. El reconocimiento del derecho a recibir publicidad dentro de los límites impuestos por el propio consumidor y/o determinados por la Ley. 3.5. El reconocimiento del derecho a la protección de su intimidad frente a los datos entregados en el acto del consumo electrónico. 3.6. Derecho a exigir al proveedor un sistema de pagos confiable. 3.7. El establecimiento de un plazo de garantía para cubrir los inconvenientes que puedan derivarse de la transacción. 3.8. Derecho a recibir educación en materia de comercio electrónico. 3.9. Derecho de retractarse.

Resumen

La presente investigación describe el novedoso régimen de protección establecido en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario venezolana para los consumidores y usuarios que adquieran bienes y servicios en el marco del comercio electrónico. La metodología aplicada se basó en el estudio de las normas incluidas en el Título II de los derechos de los consumidores, Capítulo V de la protección en el comercio electrónico, no sólo desde la óptica del Derecho de consumo sino también desde la perspectiva del Derecho informático.

Recibido: 15/12/2005 •Aceptado: 02/02/2006

1 Este trabajo forma parte del proyecto de investigación: CONDES 0591-2005, intitulado "La protección de los consumidores y usuarios en el Comercio Electrónico en Venezuela: Un Código de conducta para la formación del contrato en línea".

* Profesora de Derecho Informático y Derecho Civil en la Universidad del Zulia. Doctora en Derecho por la Universidad del Zulia. Magíster Scientiarium en Derecho Procesal Civil (LUZ). Diplomada en Estudios Avanzados en Derecho Privado (UC3M). Doctoranda en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, España ariasderincón@hotmail.com

2 Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.930 del día 4 de mayo de 2004.

En su última reforma, dicha Ley ha establecido específicos deberes para los proveedores en el ámbito del comercio electrónico, deberes de información previos a la celebración del contrato, deber de registrar la transacción, de proporcionar mecanismos confiables de pago. Además se le atribuyen al consumidor y al usuario nuevos derechos, a la privacidad y confidencialidad de la negociación, a recibir educación acerca del comercio electrónico, a recibir garantías que cubren el contrato y por último, el derecho de retractarse.

Palabras claves: Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU). Comercio electrónico. Derechos consumidor y usuario. Deberes proveedor.

Abstract

This research describes the innovative protection regime established in the Venezuelan "Ley de Protección al Consumidor y Usuario" (Consumer and User Protection Law) for the users and consumers who parchase goods and services using e-commerce. The methodology used is based in the study or regulations included in Title II of consumer rights, Chapter V of e-commerce protection, not only from the point of view of Consumer Law but also from that of New Technologies law

In its last amendment, that Law has established specific obligations for e-commerce suppliers of good and services, obligations of information prior to closing the operation, obligation of recording the transaction, of providing trustworthy payment means. Furthermore, new rights are granted to the user and consumer, to the privacy and confidentiality of the transaction, to receive information on electronic commerce, to receive warranties included in the agreement and, last, the right to change his/her mind.

Keywords: Consumer and User Protection Law. E-commerce. Consumer and user rights. Provider obligations.

1. Introducción

La protección de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico ha sido objeto de regulación en la recientemente reformada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU). La inclusión del comercio electrónico en el texto de la Ley no es casual; el comercio electrónico con consumidores supone un fenómeno económico importante a nivel mundial y además plantea una problemática específica que difiere del comercio tradicional. Dicha problemática está vinculada al tipo de contratación realizada entre un proveedor y un consumidor o usuario, mediante la utilización de medios electrónicos de comunicación y redes de telecomunicación.

Problemas básicos y diferentes enfrentan los consumidores en este tipo de contratación como por ejemplo, el no poder verificar fácilmente la identidad del proveedor y tampoco poder comprobar de manera directa y personal las características del objeto o servicio sobre el que contrata. Para remediar el déficit de información que este tipo de contratación puede representar para el

consumidor, el legislador ha dispuesto en la nueva LPCU una serie de medidas en relación con la información que el proveedor está obligado a proporcionar antes, durante y después de la celebración del contrato.

Así, se ha establecido un régimen de información y publicidad sobre los bienes y servicios que se contratan electrónicamente, en especial, los deberes de información previos a la celebración del contrato y de registro de la transacción, con especial mención del deber de proporcionar mecanismos confiables de pago. Además de los deberes de información, se le atribuye al consumidor el derecho a la privacidad y confidencialidad de la negociación, las garantías que cubren el contrato, el derecho a recibir educación acerca del comercio electrónico y por último, el derecho de retractarse, que aunque se ubica fuera de la regulación especifica que da la Ley al comercio electrónico constituye parte importante de la protección que se brinda al consumidor cuando contrata por estos medios.

2. Concepto legal de comercio electrónico

La primera definición legal del Comercio Electrónico en Venezuela, la encontramos en el artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor que establece:

> *"Se entiende como comercio electrónico cualquier forma de negocio, transacciones comerciales o intercambio de información publicitaria con fines comerciales, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación. Los alcances de la presente ley son aplicables únicamente al comercio electrónico entre proveedor y consumidor o usuario y no en transacciones de proveedor a proveedor".*

Definido de manera amplia[3] el comercio electrónico, está caracterizado por dos elementos objetivos, a saber:

En primer lugar, el componente comercial pues para que un negocio, transacción o cualquier intercambio de información encaje dentro de la noción legal de Comercio Electrónico debe necesariamente tener relación con una negociación o intercambio (compraventa o permuta) de mercancías de cualquier naturaleza.

3 Obviamente, la LPCU venezolana asume una visión amplia del concepto del Comercio Electrónico. Una concepción amplia lo entiende como cualquier intercambio de datos por medios electrónicos, esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto; en contra, una definición restringida lo circunscribe a las transacciones comerciales electrónicas, es decir, de compraventa de bienes o prestación de servicios, así como las actividades o negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas, aunque no sean estrictamente contractuales, desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación.

Luego, el uso imprescindible de medios de comunicación electrónicos para el intercambio, bien de las declaraciones de voluntad que perfeccionan los acuerdos o simplemente de informaciones previas a dichos acuerdos.

De la definición legal se desprende que si bien todas las contrataciones con fines comerciales realizadas por vía electrónica caben dentro del concepto de comercio electrónico, éste no queda limitado a los acuerdos electrónicos que con fines comerciales se realicen, pues el término comercio electrónico abarca también el intercambio por vía electrónica de información con fines comerciales entre el proveedor de bienes y servicios y el consumidor, quedando excluido de la regulación legal cualquier negocio o intercambio de información con fines comerciales entre proveedores.

3. Derechos del consumidor en el comercio electrónico

Al consumidor o usuario que contrata por vía electrónica (incluyendo la contratación en la Web) lo amparan todos y cada uno de los derechos enumerados en el artículo 6 LPCU que constituyen la base de la protección legal que recibe el consumidor. Sin embargo, en el Capítulo V, titulado " De la Protección en el Comercio Electrónico" de la LPCU se establece un conjunto de disposiciones (artículos 31 al 43) que contienen los derechos esenciales que asisten en la actualidad a los consumidores en Venezuela en el marco del comercio electrónico, ellos son:

a) Derecho a recibir información previa sobre los bienes y servicios puestos a su disposición y sobre el proveedor que publicite sus pertenencias.
b) Derecho a conservar un registro de la transacción.
c) Derecho a exigir al proveedor actuar con prácticas equitativas de comercio y publicidad aplicables a la oferta electrónica de productos y servicios.
d) El reconocimiento del derecho a recibir publicidad dentro de los límites impuestos por el propio consumidor y/o determinados por la Ley.
e) El reconocimiento del derecho a la protección de su intimidad frente a los datos entregados en el acto del consumo electrónico.
f) Derecho a exigir al proveedor un sistema de pagos confiable.
g) El establecimiento de un plazo de garantía para cubrir los inconvenientes que puedan derivarse de la transacción.
h) Derecho a recibir educación en materia de comercio electrónico.
i) Derecho de retractarse.

La irrenunciabilidad de estos derechos, está legalmente reconocida en el artículo 2 LPCU, al señalar que las disposiciones de dicha Ley son de orden

público e irrenunciables por las partes, en concordancia con el mandato general establecido en el artículo 5 del Código Civil venezolano en el sentido que la renuncia de las leyes en general no surte efecto.

Precisado esto, vamos a examinar cada uno de los derechos consagrados en la LPCU, especialmente para el consumidor electrónico.

3.1. Derecho a recibir información previa sobre los bienes y servicios puestos a su disposición y sobre el proveedor que publicite sus pertenencias

Cuando se contrata por vía electrónica, el consumidor no está frente al proveedor, ni al establecimiento, ni al producto o servicio; los contratos electrónicos son contratos a distancia caracterizados por la falta de presencia física simultánea de las partes contratantes. Bajo estas circunstancias, la Ley y la doctrina unánimemente han exigido una minuciosa información sobre los elementos esenciales del contrato antes de la celebración del mismo. Tal exigencia de información previa se justifica en la buena fe contractual[4]; en la necesidad de información que tienen las partes contratantes sobre los elementos esenciales del contrato, como condición necesaria para la validez de los contratos[5] y en el desequilibrio informativo existente entre consumidores y proveedores, donde los segundos poseen mayor y más veraz información y además, obtenerla les supone menos costos que a los consumidores[6].

En relación con el deber de información previa sobre los bienes o servicios objeto del contrato, el artículo 33 exige que los proveedores que difundan información acerca de ellos mismos o de los bienes o servicios que proveen, deberán presentar la información de manera clara, precisa y accesible, para que la persona que se adhiere al contrato tenga un conocimiento real de su contenido.

> *"Los proveedores que difundan información acerca de ellos mismos o de los bienes o servicios que proveen, deberán presentar la información de manera clara, precisa y accesible".*

La norma exige que la información sea clara, precisa y accesible sobre los bienes o servicios, pero no menciona los aspectos que deben ser informados al consumidor, en cuyo caso se aplicará el resto de las normas previstas en la LPCU (artículo 43 LPCU), en especial, las especificaciones mencionadas en el artículo

4 BOTANA GARCÍA, G. Y M. RUIZ MUÑOZ (Coordinadores). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1999, p. 143.

5 PINOCHET OLAVE, R. *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 210.

6 DE LEMOS MATHEUS, R. *Contratación electrónica con consumidores y usuarios*. En/ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005, p. 148.

6, numeral 3 LPCU sobre los diferentes bienes y servicios puestos a disposición del consumidor en el mercado para que éste elija de conformidad a sus necesidades y obtenga un aprovechamiento satisfactorio y seguro, a saber: precio, cantidad, peso, características, calidad, riesgos y demás datos de interés inherentes a su naturaleza, composición y contraindicaciones .

Esta información debe facilitarse al consumidor por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación utilizada; por ejemplo, en el caso de los contratos Web, este deber se cumple desplegando en la página la información o un hipervínculo a la información, de forma accesible para los consumidores y usuarios.

Luego, el artículo 39 LPCU exige que se le brinde la oportunidad al consumidor de especificar con precisión los bienes y servicios que desea adquirir.

> *"A fin de evitar ambigüedad respecto a la intención del consumidor de efectuar alguna compra, deberá ser capaz, antes de concluir la compra,* ***de determinar con precisión los bienes o servicios que desea adquirir*** (negrilla nuestra), *identificar y corregir cualquier error en la orden de compra, cancelar la transacción antes de concluir la compra, o bien expresar su consentimiento, así como conservar un completo y preciso registro de la transacción".*

Respecto al plazo legal que dispone el proveedor para suministrar la información previa, el artículo 39 LPCU establece que la información se facilite al consumidor o usuario "*antes de concluir la compra*", por lo que debe entenderse cumplido este deber de información con tan solo ponerla a disposición del consumidor o usuario antes de haber aceptado la transacción, no obstante, es necesario una anticipación suficiente para poner al consumidor en conocimiento real de dicha información.

El deber de información previa sobre si mismos que tienen los proveedores parece deducirse del artículo 33 LPCU cuando establece: *Los proveedores que difundan información acerca de ellos mismos, deberán presentar la información de manera clara, precisa y accesible.*

El no poder verificar fácilmente la identidad del proveedor representa uno de los problemas clásicos de la contratación electrónica, entendido básicamente en relación con la identidad de la persona con quien se contrata, porque en este caso importa que en el contrato quede identificada la persona que es parte contractual y no un tercero a través del cual se ejecuta el acuerdo contractual (los intermediarios). En el ámbito de la contratación con consumidores, la importancia de conocer la identidad del proveedor de bienes y servicios es aún mayor en atención al cumplimiento de todos y cada uno de los deberes que la ley le impone y de la desproporción informativa, económica y tecnológica existente entre consumidores y proveedores. En este sentido es lamentable, que la Ley no establezca el mandato de identificación del proveedor (en cuanto a identidad y dirección geográfica) con mayor claridad.

Complementario al deber de información previa sobre si mismos que tienen los proveedores, el artículo 36 LPCU establece para el proveedor el deber de informar en relación con su adhesión a esquemas de autorregulación, asociaciones de empresarios, órganos de solución de conflictos o de certificación.

> *"Cuando un proveedor publicite su pertenencia a algún esquema relevante de autorregulación, asociación de empresarios, organismo de solución de controversias o algún órgano de certificación, el proveedor deberá suministrar al consumidor 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".*

Los artículos 37 y 38 LPCU establecen el deber previo de información sobre los mecanismos que permitan al consumidor seleccionar los datos personales cuya cesión no autoriza y, además, el proveedor tiene el deber de informar al consumidor o usuario si su modelo de negocio tiene por objeto la captación, el tratamiento o la cesión de datos personales y si es éste el caso, informar al consumidor o usuario los fines para los cuales cederá los datos a terceros, las circunstancias bajo las cuales pudiera darse la cesión, la posibilidad de limitar el uso de esa información y cómo la podrán limitar.

Luego, el artículo 40 LPCU impone el deber de información previo en relación con los mecanismos de pago que ofrece el proveedor y del nivel de seguridad de los mismos y las medidas de reembolso o corresponsabilidad entre el proveedor y la institución emisora de tarjetas de crédito.

Por último, el proveedor debe informar, antes de la celebración del contrato (artículo 41 LPCU), las garantías específicas que cubrirán los acuerdos alcanzados.

Esta información que, antes de concluir el contrato, debe ser suministrada a los consumidores o usuarios, formará parte del contenido de la propuesta, la cual conjuntamente con los demás requisitos exigidos por el CC (por ejemplo, el plazo de validez de la oferta) darán validez y completitud a las ofertas electrónicas.

3.2. Derecho a conservar un registro de la transacción

El contrato de adhesión celebrado por medios electrónicos con consumidores, queda válidamente documentado cuando se utilizan medios electrónicos (artículo 82 LPCU) y éste se conserva como un mensaje de datos en soporte informático, tal como lo ordena el artículo 39 LPCU pues el consumidor debe ser capaz de conservar un completo y preciso registro de la transacción.

Al derecho del consumidor de conservar un detallado registro de la transacción tal y como fue celebrada corresponde el deber del proveedor de autorizar la copia a través de su página Web, pudiendo verse obligado el consumidor a realizar

por si mismo su almacenamiento (ya que sólo se guarda en memoria temporal y acaba por desaparecer) en disquetes, CD, en el disco duro de su computador o en el disco duro de su servidor de correos cuando almacena mensajes de correo electrónico.

Por registro debe entenderse ese conjunto de datos relacionados entre sí, que constituyen una unidad de información en una base de datos[7]; el contrato sobre el cual el consumidor o usuario expresa su consentimiento es un registro en la base de datos del proveedor.

Este acto de conservación del negocio jurídico celebrado, para que sea válido debe cumplir ciertas condiciones establecidas por el artículo 8 Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas[8], a saber:

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

Sólo conservando el registro de la transacción de acuerdo con las exigencias del artículo 8 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), la copia electrónica tendrá plena eficacia probatoria (artículo 4 LMDFE) y el contrato plenos efectos jurídicos, otorgando la posibilidad al consumidor de exigir judicialmente el cumplimiento del acuerdo, pero además la copia electrónica podrá funcionar como medio de prueba, asegurando suficientemente la protección debida al consumidor.

Nada obsta para que el consumidor conserve el registro de la transacción en forma impresa, en este caso, la información contenida en el mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la Ley a las copias o reproducciones fotostáticas (artículo 4 LMDFE).

3.3. Derecho a exigir al proveedor actuar con prácticas equitativas de comercio y publicidad

El papel crucial de la publicidad es informar a los consumidores respecto a las características de un bien o servicio en particular, por ello la publicidad está estrechamente relacionada con el deber de información previa que tienen los proveedores y que se fundamenta en el principio de buena fe. Dicho principio genera la obligación para las partes contratantes de comportarse con lealtad durante la fase previa de celebración del contrato. En tal sentido, los proveedores no deberán hacer ninguna declaración, incurrir en alguna omisión o

7 Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2003.
8 Publicada en la Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

comprometerse en alguna práctica que resulte falsa, engañosa, fraudulenta o discriminatoria (artículo 32 LPCU).

Por mandato constitucional, todos los consumidores y usuarios tienen derecho a recibir información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen (artículo 117); frente a este derecho está el deber de los proveedores de actuar con prácticas equitativas de comercio y publicidad cuando actúen dentro del comercio electrónico (artículo 32 LPCU).

La LPCU establece además una serie de prescripciones relativas a la publicidad en el comercio en general (publicidad falsa o engañosa o abusiva) que sin duda son aplicables también a los casos de publicidad llevada a cabo por proveedores desde servidores venezolanos y dirigida a consumidores y usuarios en Venezuela, por lo que la publicidad por medios electrónicos deberá cumplir con lo establecido para la publicidad en general.

Interesa resaltar que la publicidad de un producto o servicio puede equivaler o no a una oferta de contrato. El artículo 32 LPCU cuando ordena a los proveedores actuar con prácticas equitativas de publicidad hace referencia tanto a las ofertas publicitarias (que contienen todos los requisitos esenciales del contrato proyectado), como a la publicidad propiamente dicha, que no alcanza a conformar legalmente una oferta (puesto que contiene sólo información descriptiva de las cualidades o características del bien o servicio).

En general se trata que la publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia, dirigida a consumidores y usuarios, sea conforme con las prescripciones legales, pero además veraz y honesta y no deberá constituir nunca un medio para abusar de la buena fe de los destinatarios[9].

Para terminar, el artículo 35 LPCU establece que en la publicidad dirigida a niños, ancianos, enfermos de gravedad y otras personas que no estén en plena capacidad de entendimiento, los proveedores deberán adoptar especial cuidado en los contenidos que les están suministrando.

3.4. Derecho a recibir publicidad dentro de los límites impuestos por el propio consumidor y/o determinados por la Ley

El envío masivo de mensajes comerciales no solicitados a través del correo electrónico resulta una opción publicitaria atractiva por su bajo coste económico, sin embargo, los usuarios de Internet han luchado siempre contra la utilización del correo para el envío de publicidad no autorizada y múltiples han sido las iniciativas legislativas a nivel internacional y nacional para regular la publicidad por este medio.

9 Artículo 3 del Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de AUTOCONTROL. Dirección electrónica: www.confianzaonline.org.

En Venezuela, el artículo 34 LPCU reconoce el derecho de los consumidores a limitar la recepción de publicidad en su buzón de correo electrónico, al respecto establece:

> "*Los proveedores deberán desarrollar e implantar procedimientos fáciles y efectivos que permitan al consumidor o usuario escoger entre recibir o no mensajes comerciales electrónicos no solicitados. Cuando un consumidor o usuario hay indicado que no quiere recibir mensajes comerciales electrónicos no solicitados tal decisión deberá ser respetada"*.

La LPCU no da una definición de mensajes comerciales electrónicos no solicitados, ni establece como único medio para el envío de los mismos el correo electrónico, de allí que la misma regulación sobre el envío de los mensajes comerciales electrónicos no solicitados resulte aplicable a otros dispositivos electrónicos equivalentes sobre los cuales funciona el comercio electrónico, como por ejemplo, el servicio de mensajería de la telefonía celular o los *banner* en las páginas Web.

Útil resultaría una definición legal de mensajes comerciales, en especial para distinguir entre lo que sería un mensaje con carácter comercial del que no lo tiene. A falta de definición, siempre y cuando los destinatarios de los mensajes electrónicos sean consumidores y usuarios, el carácter comercial o no del mensaje estará determinado por la circunstancia de que el mensaje se genere dentro de la actividad de producción, importación, distribución o comercialización de bienes y servicios de personas naturales o jurídicas, que no sean destinatarios finales. Esta solución abarca todo tipo de actividad comercial, industrial, artesanal, profesional e incluso, inmobiliaria, pues a decir de un autor venezolano cuando se trate de comunicaciones destinadas a proporcionar bienes o servicios excluidos de la noción de actos objetivos de comercio (artículo 2 CCo venezolano), tales como los servicios profesionales o los bienes de naturaleza artesanal o inmobiliaria[10] nace la duda sobre la condición de "comercial" o no del mensaje y por lo tanto de su regulación de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 LPCU.

Por otra parte, el artículo 34 LPCU no prohíbe el envío de mensajes comerciales no solicitados. La norma se basa en autorizar a priori toda clase de mensajes comerciales y establece la obligación para los proveedores de desarrollar medidas para asegurar que las empresas que envíen publicidad no solicitada por correo electrónico u otros medios electrónicos, implanten métodos fáciles y efectivos (los cuales aunque no lo diga la norma deben ser también gratuitos) que registren los consumidores y usuarios que no deseen recibir este tipo de mensajes. Se ha optado por tanto, por el sistema denominado OPT-OUT,

10 DE LEMOS MATHEUS, R. *Contratación electrónica con consumidores y usuarios*. En / Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Ob. cit., p. 140.

descartando el sistema alternativo OPT-IN que consiste en la prohibición de enviar mensajes publicitarios a quienes no se hubiesen inscrito expresamente en un registro[11].

Por ejemplo entre las medidas que deberán adoptar está garantizar que los proveedores que realicen mensajes comerciales electrónicos no solicitados por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntarias que confeccionen los consumidores que no deseen recibir dichos mensajes comerciales, y las respeten.

El artículo 34 LPCU lo que hace es articular de un modo muy embrionario el derecho de los consumidores de oponerse a recibir mensajes comerciales electrónicos pero no otorga al consumidor y usuario otros derechos relacionados con la publicidad comercial no solicitada que son complementarios al ya establecido. Por ejemplo, la obligación de identificar clara e inequívocamente la publicidad desde el mismo momento de su recepción o el deber de implantar todo tipo de facilidades para las posibles listas de exclusión.

3.5. El reconocimiento del derecho a la protección de su intimidad frente a los datos entregados en el acto del consumo electrónico

La incertidumbre del consumidor respecto al tratamiento de los datos personales que son entregados en el momento de la celebración del contrato, disminuye cuando entendemos que esa información personal es objeto de protección específica por disposiciones constitucionales y legales, que garantizan los derechos a la privacidad y confidencialidad en el tratamiento de los datos personales. Por ejemplo, el artículo 5 LMDFE establece que los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal.

En sede de consumidores, el artículo 37 LPCU, titulado "Privacidad y confidencialidad", establece el régimen de privacidad y confidencialidad al que quedan sometidas las informaciones que generan las transacciones realizadas.

11 La LPCU ha optado, en mi opinión acertadamente, por las denominadas listas de exclusión, descartando las listas de inclusión que sin duda aportan una mayor protección a los posibles destinatarios, pero que pueden resultar entorpecedora de la circulación de los diferentes mensajes comerciales. En doctrina se ha debatido la cuestión de sobre quién recae la carga de integrar las listas, si sobre los destinatarios, listas de exclusión, o sobre los prestadores de servicios remitentes de la publicidad, listas de inclusión.

A decir de MIQUEL RODRÍGUEZ, J. *Problemática jurídica de la publicidad en Internet*. En / Comercio electrónico y protección de los consumidores. Coordinadora G. BOTANA GARCÍA. Madrid: La Ley, 2001, p.264, la carga que se impone a los destinatarios en el sistema de listas de exclusión resulta razonable y no es desproporcionada, está en la línea del Derecho comparado y evita los problemas derivados de la aplicación del principio de control en origen de la publicidad en Internet.

> *"En las negociaciones electrónicas, el proveedor deberá garantizarse la utilización de medios necesarios que permitan la privacidad de los consumidores o usuarios que hagan uso de los bienes y servicios ofertados por cualquier medio electrónico, así como la confidencialidad de las transacciones realizadas, de forma tal que la información intercambiada no sea inteligible para terceros no autorizados que tengan acceso a ella voluntaria o accidentalmente. A este respecto debe señalarse de manera suficiente los fines para los cuales el proveedor utilizará está información a terceros no relacionados con el negocio, y bajo qué circunstancias pudiera darse este supuesto. Asimismo, los proveedores en las relaciones comerciales que se lleven a cabo a través de la utilización de medios electrónicos, podrán utilizar cualquier vía para garantizar la privacidad y confidencialidad de las relaciones, la cual deberá encontrarse ampliamente a la disposición de los consumidores o usuarios".*

La utilización de Internet o de cualquier otro medio de comunicación electrónico por parte de los consumidores o usuarios para la adquisición o disfrute de bienes o servicios, envuelve necesariamente la entrega de información que puede ser capturada y utilizada por terceros, a través de múltiples formas de intromisión a la intimidad que existen en la Red; por ello, la norma obliga a los proveedores a utilizar servicios y mecanismos de seguridad que garanticen tanto la privacidad de los consumidores o usuarios, como la confidencialidad de las transacciones realizadas.

La privacidad atiende al aspecto particular o doméstico del consumidor o usuario. La confidencialidad debe entenderse en el sentido de que la información generada en las transacciones no debe ser revelada a terceros y, en caso que exista autorización para transmitir la información, ésta debe ser revelada exclusivamente a los terceros autorizados.

Para mantener la confidencialidad de la información la norma exige específicamente que la información sea cifrada, quedando el proveedor en libertad de utilizar cualquier producto de cifrado comercializado en el mercado. Igualmente, la norma es neutra cuando establece que para garantizar la privacidad y confidencialidad de la información, los proveedores podrán poner a disposición del consumidor o usuario cualquier servicio y mecanismo de seguridad que proteja básicamente los datos, siempre y cuando se encuentre a la disposición de los consumidores o usuarios; un poderoso mecanismo de seguridad es la firma electrónica, cuya regulación en Venezuela esta establecida en la LMDFE.

La regla referente a la libertad de empleo por parte del proveedor de cualquier *vía para garantizar la privacidad y confidencialidad* de los consumidores o usuarios y de sus acuerdos, es manifestación del denominado principio de neutralidad tecnológica pues no obliga al proveedor a utilizar una concreta tecnología de las disponibles en el mercado y, además, permite la aplicación por parte del proveedor de tecnologías futuras.

Por último, el artículo 37 LPCU impone el deber a los proveedores de informar a los consumidores o usuarios los fines para los cuales cederá los datos a terceros

y las circunstancias bajo las cuales pudiera darse la cesión. Este deber de información está en relación con el impuesto por la regla siguiente: el artículo 38 LPCU, titulado "Selección de información", que establece:

> *"En el comercio electrónico el proveedor deberá otorgar al consumidor o usuario la posibilidad de que pueda escoger, entre la información recolectada, aquélla que no podrá ser suministrada a terceras personas; indicar si el suministro de información sobre los consumidores o usuarios es parte integrante del modelo de negocio del proveedor, señalar si los consumidores o usuarios tendrán la posibilidad de limitar el uso de su información personal y como la podrán limitar".*

El artículo citado impone dos deberes al proveedor: primero, el deber de suministrar al consumidor o usuario mecanismos que le permitan seleccionar los datos personales cuya cesión no autoriza y; segundo, el deber de informar al consumidor o usuario si su modelo de negocio tiene por objeto la captación, el tratamiento o la cesión de datos y si es éste el caso, informar al consumidor o usuario la posibilidad de limitar el uso de esa información y cómo la podrán limitar.

En relación al primer deber impuesto al proveedor, creemos que la norma supone una autorización amplia del consumidor o usuario al proveedor para ceder información a terceras personas, limitando únicamente el suministro de aquella información que expresamente haya manifestado su titular no fuese cedida a terceros. Para posibilitar tal escogencia, los proveedores tienen la obligación de facilitar al consumidor mecanismos que le permitan seleccionar aquélla información que no podrá ser suministrada a terceros.

Luego el artículo 38 LPCU establece un deber de información para los proveedores y su correlativo derecho para los consumidores o usuarios de ser informados si el negocio, transacción o intercambio de información con fines comerciales en el que participa, persigue la recogida, tratamiento y posterior cesión de sus datos personales para fines publicitarios, comerciales, etc. y, si fuese el caso, el consumidor o usuario debe ser informado si tiene o no la posibilidad de limitar el uso de su información personal y cómo podrá limitarla.

No resulta clara la línea divisoria entre los mandatos impuestos por los artículos 37 y 38 LPCU, ambos se mezclan para crear en materia de protección de datos personales un solo deber de información para los proveedores, a saber: informar de manera clara, sencilla y accesible, si su modelo de negocio tiene por objeto la recogida, el tratamiento o la cesión de datos personales, los fines para los cuales cederá los datos a terceros, las circunstancias bajo las cuales pudiera darse la cesión y la posibilidad de limitar el uso de esa información y cómo la podrán limitar.

Es necesario aclarar que la captación de datos a que se refiere el artículo 38 LPCU, debe ser resultado del comercio electrónico no de la navegación en la Red o de la participación en "chats" o foros por parte del consumidor o usuario (salvo expresa autorización).

Ambas normas, los artículos 37 y 38 LPCU, más que establecer el derecho a la privacidad y confidencialidad, se encargan de establecer las formas de gestionar los mecanismos y servicios de seguridad que deben ser implantados y garantizados por los proveedores, y el deber de información sobre el destino de los datos personales recolectados.

3.6. Derecho a exigir un sistema de pagos confiable

Para realizar pagos por medios electrónicos es necesario crear y difundir sistemas de pagos seguros para el consumidor o usuario y por lo tanto, confiables.

El desarrollo del comercio electrónico ha generado preocupación por la seguridad de los pagos efectuados por medios electrónicos, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Esta inquietud por la confiabilidad de los pagos electrónicos, la ha manifestado el legislador venezolano en el artículo 40 LPCU, a saber:

> *"A los consumidores se les deberá proporcionar mecanismos fáciles y seguros de pago, así como información acerca del nivel de seguridad de los mismos, indicando suficientemente las limitaciones al riesgo originado por el uso de sistemas de pago no autorizados o fraudulentos, así como medidas de reembolso o corresponsabilidad entre el proveedor y el emisor de las tarjetas de crédito".*

El proveedor tiene el deber de facilitar al consumidor sistemas de pagos que reúnan tres condiciones, a saber:

a. Fácil utilización

El diseño de la página Web debe ser amigable para los consumidores y usuarios. Normalmente el proveedor divulga en su página Web los medios aceptados para la realización del pago; limitándose el consumidor a elegir de entre aquellos medios previamente propuestos por el proveedor.

b. Seguros

Los sistemas de pago deben ser técnica y jurídicamente seguros. Desde el punto de vista técnico, la seguridad de los medios electrónicos de pago esta en función de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información que estos manejan. En este contexto la confidencialidad se entiende que la información sea revelada exclusivamente a los usuarios autorizados, en la forma y tiempo determinada; por integridad se comprende que la información sea modificada sólo por personal habilitado para ello y, finalmente la disponibilidad significa que la información sea utilizable cuándo y cómo la requieran los usuarios

legitimados[12]. En un sistema de pago, la integridad parece ser la característica clave del sistema.

La seguridad jurídica la otorga su regulación en el ordenamiento jurídico interno. En Venezuela, los medios electrónicos de pago son admisibles; las partes pueden pactar libremente la utilización de cualquier forma de pago que les parezca adecuada; sin que en ningún caso el deudor pueda imponer al acreedor un medio de pago distinto al efectivo, artículo 1.290 CC.

Ahora bien, según cual sea el medio de pago empleado se plantean distintas cuestiones jurídicas, sobre las cuales por los momentos no existe legislación vigente en Venezuela[13]. Sin embargo, del mismo modo que los medios de pago tradicionales como por ejemplo la tarjeta de crédito o débito, han sido regulados por contratos tipo de afiliación realizados por las instituciones financieras, es de suponer que con los nuevos medios de pago electrónicos suceda lo mismo, como por ejemplo, el dinero electrónico[14] (que también posibilita los micro-pagos). En cualquier caso, será de aplicación la normativa ya existente en Venezuela, los Códigos generales y las leyes especiales, por ejemplo, en materia de consumidores, la LPCU.

Por lo tanto, el uso seguro al cual se refiere la norma, creemos va en función de lograr que el proveedor proponga al consumidor en el sitio Web, la utilización de medios electrónicos de pago debidamente admitidos y regulados en nuestro ordenamiento jurídico y, además, de utilización generalizada.

c. Los sistemas de pago deben ofrecer completa información sobre los mecanismos de pago estipulados, descripción del sistema de pago, el nivel de seguridad del sistema de pago ofrecido, las limitaciones ante el riesgo por el uso de sistemas de pago no autorizados o fraudulentos y el régimen de responsabilidad aplicable a los diferentes sujetos implicados (entidades emisoras, proveedores y consumidores).

En la práctica del comercio electrónico por Internet es el propio proveedor quien propone el sistema electrónico de pago, siendo habitual que la página Web disponga de instrucciones acerca de cómo realizar el pago a través de la

12 RIBAGORDA GARNACHO, A. *Curso de seguridad en redes de ordenadores e Internet*. Madrid: UC3M, 2000, p. 6.

13 Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, cuyo texto fue sancionado el 08 de septiembre de 2005.

14 El dinero electrónico es un valor monetario cargado y almacenado en un soporte electrónico, normalmente una tarjeta inteligente o una memoria de computador. La Directiva 2000/46/CE, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades (DO L 27 de 27-10-2000), establece una definición de dinero electrónico, en los siguientes términos: "un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor: i) almacenado en un soporte electrónico; ii) emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido; iii) aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor".

Web (o incluso de una pasarela para facilitar el pago seguro), de manera que el consumidor pagando a través de esos medios, realice validamente el pago.

3.7. El establecimiento de un plazo de garantía para cubrir los inconvenientes que puedan derivarse de la transacción

El proveedor tiene el deber de otorgar garantía de los productos o servicios que se comercialicen a través de Internet. La garantía es un compromiso temporal en beneficio del consumidor o usuario, tradicionalmente establecido en la legislación de consumo, por el que se obliga a responder gratuitamente al proveedor por los productos o servicios ofrecidos en el mercado, en caso de defectos.

La norma que establece el régimen de garantía de los productos y servicios adquiridos por consumidores en el marco del comercio electrónico se encuentra contenida en el artículo 41 LPCU, a saber:

> *"El proveedor de los servicios electrónicos deberá especificar las garantías que cubrirán la relación que surja entre éste y los consumidores y usuarios, las cuales deberán ser lo suficientemente claras y extensas para cubrir los inconvenientes que puedan derivarse."*

Evidentemente la garantía consagrada en el artículo 41 LPCU cubre por igual relaciones nacidas en el ámbito del comercio electrónico directo como indirecto. El comercio electrónico indirecto comprende las transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles o contenidos en soportes físicos, razón por la cual la entrega del producto o la realización del servicio no pueden tener lugar en línea. El llamado comercio electrónico directo engloba aquellos contratos realizados por vía electrónica relativos a bienes intangibles, digitales o sin soporte físico, cuya entrega puede tener lugar a través de la Red.

Cuando se contrata por la Red, en especial en el ámbito del comercio electrónico indirecto, estos plazos deben ser aún mayores que los normalmente establecidos para compensar la falta de examen directo por el consumidor a los productos o servicios que se desean, con carácter previo a la celebración del contrato. Por el contrario, en el comercio electrónico directo, los contratos tienen por objeto bienes digitalizados que pueden ser transmitidos por Internet (programas de computación, bases de datos, obras multimedia, imágenes, obras musicales, etc.), posibilitando la transmisión de una prueba previa al consumidor y usuario, que le permita el examen directo de las características del producto o servicio, antes de la celebración del contrato.

No obstante, en ambos casos, el consumidor y usuario tienen derecho a las garantías sobre los productos y servicios, en las mismas condiciones de claridad y extensión, sin importar la posible existencia o no de un contacto directo con el producto o servicio, antes de la celebración del contrato.

3.8. La educación del consumidor en materia de comercio electrónico

El artículo 6, numeral 5 LPCU, establece como derecho de los consumidores y usuarios la educación e instrucción sobre sus derechos como consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios, así como los mecanismos de defensa y organización para actuar ante los órganos y entes públicos existentes.

Existe una norma equivalente en el comercio electrónico, relativa al derecho a la educación de consumidores y usuarios, el artículo 42 LPCU, que establece la obligación para el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), los proveedores y las organizaciones de consumidores y usuarios de trabajar conjuntamente para educar a los consumidores acerca del comercio electrónico, fomentar en los consumidores que participan en el mismo la toma de decisiones informada, así como incrementar entre los proveedores y consumidores el conocimiento del marco legal de protección al consumidor aplicable a las operaciones en línea. Para ello harán uso de todos los medios efectivos, incorporando técnicas innovadoras (artículo 42 LPCU).

3.9. Derecho de retractarse

En la regulación de las prácticas comerciales y contractuales con los consumidores, casi todas las legislaciones han reconocido al consumidor un derecho que le permita desvincularse libre y unilateralmente del compromiso contraído. En Venezuela, este derecho ha recibido el nombre de derecho de retractarse y, esta ubicado dentro del Capítulo dedicado a los contratos de adhesión, específicamente en el artículo 84 LPCU.

> *"El consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, por justa causa y si no hubiere hecho uso del bien o servicio, especialmente cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o cualquier otro medio electrónico, o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le será restituido el precio cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega, siempre y cuando el bien entregado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión"*

El consumidor electrónico tiene el derecho de retractarse porque él no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato o la recepción del producto, a pesar de los deberes previos de información que la Ley impone a los proveedores; es decir,

el consumidor contrae un compromiso a ciegas[15], donde el único contacto entre el consumidor o usuario y el proveedor, incluso respecto a los bienes y servicios contratados, es a través de las descripciones desplegadas en las páginas Web o enviadas por el correo electrónico; informaciones facilitadas unilateralmente por el proveedor. Entonces, para contrarrestar los riesgos que comporta el contratar a ciegas, la Ley otorga a los consumidores o usuarios este derecho, pues el deber de información previa del proveedor no lo compensa en su totalidad.

El reconocimiento del derecho de retractarse al consumidor electrónico, permite que éste se beneficie de la contratación por medios electrónicos sin desmejorar la posición contractual que tendría en el supuesto de una contratación tradicional.

Tres elementos vamos a analizar en la disposición, a saber: el derecho de retractarse es ejercitable en un plazo específico, exige justificación de causa e implica la imposición de una penalidad para el consumidor.

El artículo 84 LPCU, establece que el consumidor o usuario tendrá derecho a retractarse siempre, dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio.

El legislador venezolano concede a los consumidores o usuarios un plazo general de siete días como mínimo, pudiendo ampliarse, en beneficio del consumidor o usuario, pero no reducirse puesto que, la cláusula que así lo establezca, se considerará nula de pleno derecho (artículo 87.2 LPCU). Este plazo general de siete días se computa a partir de la fecha de firma del contrato o recepción del producto o servicio.

Para los contratos cuyo objeto sean bienes, los siete días se contarán a partir de la fecha de la efectiva recepción del producto, por la imposibilidad real de ver el producto que justifica la atribución de ese derecho al consumidor o usuario, sólo cesa cuando el consumidor o usuario tenga la oportunidad de comprobar directamente el producto adquirido, no cuando éste "firma el contrato".

La norma establece dos alternativas para iniciar el cómputo del plazo, aplicar una u otra opción dependerá del objeto sobre el que verse el contrato. Los bienes materiales pueden ser "entregados" de vuelta al proveedor, mientras que los servicios no son restituibles al proveedor una vez prestados y como la norma condiciona el ejercicio del derecho a "no haber hecho uso del bien o servicio", lógico es pensar que en los contratos que versan sobre la prestación de un servicio el plazo de siete días se compute a partir del día de la celebración del mismo. Entonces, para los contratos cuyo objeto sea la prestación de un servicio, el plazo de siete días se contará a partir del día de la "firma del contrato", aunque la norma hubiese podido decir "el día de celebración del contrato" o "el día en que el contrato se perfecciona". De todas maneras, sobre los contratos que versan

15 DICKIE, J. *Internet and Electronic Commerce Law in the Europe Union*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 92.

sobre servicios muchas dudas quedan; por ejemplo, los contratos mixtos o los contratos de tracto sucesivo.

También establece la norma como condición para el ejercicio del derecho de retractarse que éste se ejerza con causa justificada. Esta exigencia limita el ejercicio del derecho, al ser necesario para el consumidor o usuario justificar causa para ejercerlo frente al proveedor.

Por último, el artículo 84 LPCU establece que "*le será restituido el precio* (al consumidor o usuario) *cancelado previa deducción de los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega*". Este mandato implica la imposición de una penalidad para el consumidor, pues éste debe cargar con los gastos de entrega en que haya incurrido el proveedor y, además, los gastos de devolución del bien objeto del contrato.

Por último, los efectos del ejercicio del derecho de retractarse son básicamente dos: la devolución de los bienes recibidos por el consumidor y la restitución por el proveedor del precio, previa deducción de los gastos de entrega en que haya incurrido el proveedor.

Los Códigos tipo en la legislación española

Nuria Cuadrado Gamarra*

SUMARIO: 1. Concepto y regulación en la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD). La inscripción en el registro general de protección de datos y su control por parte de la agencia de protección de datos. 3. Los códigos tipo en el ámbito comunitario. 3.1. Documentos aprobados por el grupo de trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. 3.2. Principios que deben contener los códigos tipo. 3.3. El contenido del código y su eficacia. 3.4. Procedimiento de examen de los códigos de conducta comunitarios. 4. Contenido de los códigos tipo. Criterios de la Agencia de protección de datos. 4.1. Aspectos formales. 4.2. Aspectos de fondo. 5. Códigos tipo inscritos en el registro general de protección de datos.

Resumen

Internet es un fenómeno mundial que trasciende las fronteras de los Estados. Los diferentes gobiernos no pueden controlar ni regular todos los aspectos de esta realidad. Una modalidad aceptada de la autorregulación es la aprobación de códigos tipo, o códigos de conducta, que regulen un sector específico. Estos códigos deontológicos no son normas jurídicas vinculantes pero aportan pautas de comportamiento que resultan de gran ayuda para cumplir la normativa de protección de datos. Por ello, la Agencia Española de Protección de Datos desea impulsar al máximo su elaboración en aquellos sectores en los que puedan tener mayor relevancia, según la sensibilidad de los datos tratados, la población afectada o las tecnologías utilizadas. En el presente trabajo nos centraremos en la aplicación de estos códigos al ámbito de la protección de datos, a la luz de la normativa española y comunitaria, con especial incidencia en los criterios que establece la Agencia de Protección de Datos.

Palabras clave: Protección de datos. Códigos tipo. Códigos de conducta. Autorregulación

Recibido: 15/01/2006 •Aceptado: 12/02/2006

* Doctora en Derecho. Profesora de Filosofía del Derecho, Moral y Política I. Universidad Complutense de Madrid.

Abstract

Internet is a worldwide phenomenon which goes beyond the national state boundaries. Governments cannot control or rule over all the aspects of this truth. One common approach to self-regulation is the approval of Self.regulation codes which regulate a specific sector. These ethical codes are not enforced judicial rules but they provide behavioral guidelines that provide great help to comply with regulation on data protection. For this reason, the Agencia Española de Protección de Datos (Spanish Data Protection Agency), wishes to promote its creation at the maximum extend in those sectors in which they can be most relevant, regarding sensitivity of the data treated, the population affected or the technology used. In this document we will focus in the application of these codes to the field of data protection, in the framework of the Spanish and European Community legislation with especial emphasis in the criteria established by the Spanish Data Protection Agency.

Keywords: Data protection. Ethical codes. Self-regulation

1. Concepto y regulación en la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD)

La LOPD (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. B.O.E. 14/12/1999), en su artículo 32, contempla expresamente la posibilidad de autorregulación, a través de códigos tipo. Los códigos tipo son códigos de conducta, de deontología profesional, que pueden utilizarse para aplicar o garantizar la normativa de protección de datos. El mencionado artículo 32 de la LOPD establece que:

> *"1. Mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada así como las organizaciones en que se agrupen, podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo.*
> *2. Los citados códigos podrán contener o no reglas operacionales detalladas de cada sistema particular y estándares técnicos de aplicación.*
> *En el supuesto de que tales reglas o estándares no se incorporen directamente al código, las instrucciones u órdenes que los establecieran deberán respetar los principios fijados en aquél.*
> *3. Los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 41. El Registro General de*

> *Protección de Datos podrá denegar la inscripción cuando considere que no se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, debiendo, en este caso, el Director de la Agencia de Protección de Datos requerir a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas".*

A pesar de que el mencionado artículo se encuentra incluido en el capítulo II de la LOPD, relativo a ficheros de titularidad privada y que dichos códigos de conducta o códigos tipo normalmente se dan en el sector privado, no por ello quedan excluidos los del sector público, que también puede adoptar mecanismos de autorregulación.

En este sentido, la antigua legislación (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, LORTAD) sólo admitió la posibilidad de que los códigos tipo pudieran formularse por responsables de ficheros de titularidad privada, quedando así excluida la opción de que la autorregulación alcanzara el ámbito de las Administraciones Públicas en sus diversas modalidades organizativas. La promulgación de la LOPD ha venido a superar las restricciones que adolecía la LORTAD admitiendo la formulación de códigos tipo en el sector público.

Las normas de autorregulación en esta materia adquieren gran relevancia ya que su eficacia deriva, en buena medida, de la concienciación del sector sobre la enorme trascendencia de la protección de datos personales en la actividad que regulan.

2. La inscripción en el registro general de protección de datos y su control por parte de la agencia de protección de datos

El artículo 32 de la LOPD contempla, con carácter abierto, el contenido de los códigos tipo. Así, pueden tener por objeto ampliar o facilitar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa de protección de datos personales, incrementar las garantías de los ciudadanos, reforzar las estructuras organizativas y técnicas en el tratamiento de aquellos y, en particular, las medidas de seguridad, o contemplar procedimientos específicos para la tutela de los principios y derechos exigibles en esta materia. No obstante, a los efectos de su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, la Agencia de Protección de Datos mantiene un criterio restrictivo, criterio que se ve reflejado en sus memorias anuales.

En concreto, en la Memoria de 1996, se decía:

> *"Como viene ocurriendo en otras cuestiones -y hasta cierto punto es lógico cuando no existe una doctrina interpretativa consolidada en materia de protección de datos- la Agencia ha revisado su planteamiento inicial relativo a los códigos tipo. Es decir, si en un principio se admitía prácticamente sin objeción cualquier solicitud de inscripción con dicha finalidad, siempre que no se contraviniera ninguno de los mandatos contenidos en la Ley Orgánica 5/1992, ha parecido más*

conveniente, con posterioridad, no efectuar inscripciones de dicha naturaleza que no supongan un avance en materia de protección de datos, siquiera sea desde un determinado aspecto concreto".

Por su parte, en las Memorias de 1999, la Agencia de Protección de Datos señala que:

"La evaluación de un código tipo es el proceso de análisis del valor añadido o plus de efectividad que su aprobación supone respecto de los principios fundamentales de protección de datos establecidos normativamente. La evaluación de los códigos tipo debe estar presidida por un criterio de flexibilidad que permita apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. De acuerdo con este criterio no cabe excluir, "a priori", qué códigos tipo de carácter eminentemente informativo, por reiterar los principios básicos de protección de datos personales, puedan ser admitidos pese a que quepa argumentar que el valor añadido que incorporan respecto de las normas imperativas de protección de datos es limitado. Ello dependerá del sector de actividad al que se refiera el código tipo pudiendo darse la circunstancia de que, en algunos de ellos, dada la novedad de la propia normativa, la producción de un efecto pedagógico que facilite su cumplimiento, pueda admitirse como un plus de efectividad.

No obstante, este criterio de flexibilidad no debe tampoco permitir entender que, en cualquier caso, la mera reproducción de los preceptos legales sea suficiente para que el código tipo pueda ser inscrito en el Registro General de Protección de Datos. El análisis, por tanto, debe realizarse caso a caso con una valoración específica de las características del sector en el ámbito de la protección de datos".

3. Los códigos tipo en el ámbito comunitario

3.1. Documentos aprobados por el grupo de trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

En el ámbito comunitario la evaluación de los códigos tipo ha sido objeto de atención por parte del Grupo previsto en el Artículo 29 de la Directiva (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). El Grupo ha elaborado varios documentos que hacen referencia a esta cuestión.

El Grupo de trabajo del artículo 29 es un grupo consultivo, compuesto por representantes de las autoridades de protección de datos de los Estados miembros, que actúa de forma independiente y se ocupa, entre otras cosas, de examinar cualquier cuestión relativa a la aplicación de las medidas nacionales adoptadas en el marco de la Directiva sobre protección de datos, con el fin de contribuir a la aplicación uniforme de las mismas. Este Grupo de Trabajo se crea en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

El primer documento es el denominado *"Primeras orientaciones sobre las transferencias de datos personales a terceros países - Posibles formas de evaluar su adecuación"*. Se trata de un documento de debate adoptado por el Grupo el 26 de junio de 1997. Posteriormente, en el año 1998, se han elaborado otros dos: El Documento de Trabajo *"Evaluación de la autorregulación industrial: ¿En qué casos realiza una contribución significativa al nivel de protección de datos en un país tercero?"*, adoptado por el Grupo el 14 de enero, y el documento *"Labor futura en relación con los códigos de conducta: documento de trabajo sobre el procedimiento de examen de los códigos de conducta comunitarios por el Grupo de Trabajo"*, aprobado el 10 de septiembre de 1998.

El documento de 26 de junio de 1997, de carácter breve, se limita a explicitar los principios de contenido cuya inclusión en un código tipo se sugiere por el Grupo. El documento distingue entre principios básicos – que comprenden todas las categorías básicas de la normativa de protección de datos - y principios adicionales - que hacen referencia a tipos específicos de tratamientos de naturaleza diversa-. Este documento es la pieza básica en lo que afecta al contenido de los códigos tipo y constituye el punto de referencia de los documentos posteriores que se remiten al mismo.

Por su parte, el documento de 14 de enero de 1998, más extenso que el anterior, enfoca la evaluación de los códigos tipo desde una perspectiva distinta. A tal efecto, dicho documento contiene una metodología de evaluación del código tipo, distinguiendo entre la que tiene en cuenta el contenido del código y la que se centra en el análisis de su eficacia.

Por último, el documento de 10 de septiembre de 1998 ha sido elaborado desde una perspectiva radicalmente distinta de los comentados, refiriéndose exclusivamente a los procedimientos que deben seguirse para la presentación y evaluación de códigos de conducta comunitarios ante el Grupo regulado en el artículo 29 de la Directiva.

3.2. Principios que deben contener los códigos tipo

En el documento "Primeras orientaciones sobre la transferencia de datos personales a países terceros. Posibles formas de evaluar la adecuación", de 26 de junio de 1997, el Grupo de Trabajo del artículo 29 indica cuál es el contenido de los principios de la protección de datos y los requisitos de aplicación y procedimentales, cuyo cumplimiento debería considerarse como un requisito mínimo para que la protección pueda considerarse eficaz:

1) Principio de limitación del propósito: los datos deberán tratarse para un propósito específico y utilizarse o comunicarse posteriormente únicamente en la medida en que ello no sea incompatible con el propósito del tratamiento. Las únicas excepciones a esta norma serían las necesarias

en una sociedad democrática por una de las razones establecidas en el artículo 13 de la Directiva.

2) La calidad de los datos y el principio de proporcionalidad: los datos deberán ser exactos y, cuando sea necesario, actualizados. Los datos deberán ser adecuados, relevantes y no excesivos en relación al objeto por el que se transfieren o se tratan.
3) El principio de transparencia: deberá proporcionarse a los individuos información respecto al propósito del tratamiento, así como cualquier otra información siempre que sea necesario para garantizar la equidad. Las únicas excepciones permitidas deberán ser acordes con el apartado 2 del artículo 11 y el artículo 13 de la Directiva.
4) El principio de seguridad: el controlador de los datos deberá adoptar las medidas de seguridad técnicas y organizativas adecuadas a los riesgos que presente el tratamiento. Cualquier persona que actúe bajo la autoridad del controlador de datos, incluidos los responsables del tratamiento, no deberán tratar los datos salvo por instrucción del controlador.
5) Los derechos de acceso, rectificación y cancelación: el sujeto de los datos deberá tener derecho a obtener una copia de todos los datos relativos a él que sean tratados, y no sólo un derecho a rectificar dichos datos cuando resulten inexactos. En determinadas situaciones el sujeto también deberá poder oponerse al tratamiento de los datos relativos a él. Las únicas excepciones a estos derechos deberán ser acordes con el artículo 13 de la Directiva.
6) Restricciones a las transferencias sucesivas a otros países terceros: las transferencias sucesivas de datos personales a partir del país tercero de destino a otro país tercero deberán permitirse únicamente cuando el segundo país tercero también garantice un nivel adecuado de protección. Las únicas excepciones permitidas deberán ser acordes con el artículo 26 de la Directiva.

A continuación figuran ejemplos de los principios adicionales que deberán aplicarse a tipos específicos del tratamiento:

a) Datos sensibles: cuando se trate de categorías de datos "sensibles" (los que figuran en los artículos 7 y 8 de la LOPD) deberán adoptarse medidas de protección adicionales, tales como el requisito de que el sujeto de los datos otorgue su consentimiento explícito para el tratamiento.
b) Marketing directo: cuando los datos se transfieran a efectos de marketing directo, el sujeto de los datos deberá tener la opción de retirar sus datos a dichos efectos en cualquier momento.
c) Decisión individual automatizada: cuando el objeto de la transferencia sea adoptar una decisión automatizada en el sentido

> del artículo 15 de la Directiva, el individuo deberá tener derecho a conocer la lógica por la que funciona esta decisión, y deberán adoptarse otras medidas para proteger los intereses legítimos de los individuos.

En el mismo documento, el Grupo de trabajo del artículo 29 señala que los objetivos de un sistema de protección de dato son fundamentalmente tres:

1) Proporcionar un buen nivel de cumplimiento de las normas (Ningún sistema puede garantizar un cumplimiento al 100% pero hay sistemas mejores que otros). Un buen sistema se caracteriza generalmente por un elevado nivel de concienciación entre los controladores de datos respecto de sus obligaciones, y entre los sujetos de los datos respecto de sus derechos y su forma de ejercicio. La existencia de sanciones efectivas y disuasorias es importante para garantizar el respeto por las normas, así como los sistemas de comprobación directa por parte de las autoridades, auditores o funcionarios independientes responsables de la protección de datos.
2) Proporcionar apoyo y ayuda a los sujetos de datos individuales en el ejercicio de sus derechos. Los individuos deberán ser capaces de ejercer sus derechos de forma rápida y eficaz, y sin costes prohibitivos. Para ello deberá existir algún tipo de mecanismo institucional que permita una investigación independiente de las denuncias.
3) Proporcionar una reparación adecuada a las partes perjudicadas cuando no se cumplan las normas. Esto es un elemento clave que debe contar con un sistema de arbitraje independiente que permita pagar una compensación e imponer sanciones cuando sea oportuno.

3.3. El contenido del código tipo y su eficacia

En el documento de trabajo: "Evaluación de la autorregulación industrial: ¿En qué casos realiza una contribución significativa al nivel de protección de datos en un país tercero?", adoptada por el Grupo de Trabajo del artículo 29, el 14 de enero de 1998, se recogen y definen los aspectos principales que debe regular un código tipo. Asimismo, se propone la formulación de un sistema de protección de datos adecuado para la efectividad práctica del código tipo.

El término "autorregulación" puede significar cosas distintas para diferentes personas. A efectos del presente documento, deberá entenderse por código de autorregulación (u otro instrumento) cualquier conjunto de normas de protección de datos que se apliquen a una pluralidad de responsables del tratamiento que pertenezcan a la misma profesión o al mismo sector industrial, cuyo contenido haya sido determinado fundamentalmente por miembros del sector industrial o profesión en cuestión. Esta es una definición amplia que abarcaría desde un

código de protección de datos voluntario desarrollado por una pequeña asociación industrial con pocos miembros, hasta los detallados códigos de ética profesional aplicables a profesiones enteras, tales como médicos o banqueros, que suelen tener una fuerza *cuasi* jurídica.

El nivel de protección de datos de un determinado país puede verse acrecentado, además de por las normas de Derecho, por las normas de autorregulación profesionales y sectoriales. En este sentido, se pueden considerar los códigos tipo como un conjunto de normas de protección de datos aplicable a una pluralidad de responsables del tratamiento que pertenezcan a la misma profesión o al mismo sector industrial, cuyo contenido haya sido determinado fundamentalmente por los miembros del sector industrial o profesional en cuestión.

Para poder evaluar la validez de un Código Tipo es necesario tener en cuenta el plus de efectividad que su aprobación implica en relación con los principios fundamentales de la protección de datos.

Un importante criterio para juzgar el valor de un código es el grado hasta el cual pueden hacerse cumplir sus normas. En este contexto, la cuestión de si la asociación u organismo responsable del código representa a todos los operadores del sector o únicamente a un pequeño porcentaje de éstos, tiene probablemente menos importancia que la fuerza de la asociación en cuanto a su capacidad de, por ejemplo, imponer sanciones a sus miembros por incumplimiento del código.

No obstante, existen diversas razones secundarias que hacen que los códigos que abarcan a todo un sector industrial o una profesión sean instrumentos de protección más útiles que los desarrollados por pequeñas agrupaciones de empresas dentro de un sector industrial.

En primer lugar figura el hecho de que, desde el punto de vista del consumidor, un sector industrial fragmentado y caracterizado por diversas asociaciones rivales, cada una con su propio código para la protección de datos, es algo confuso. La coexistencia de varios códigos diferentes crea un panorama opaco para las personas cuyos datos sean objeto de tratamiento.

En segundo lugar, especialmente en sectores tales como el marketing directo, donde es práctica corriente transferir los datos personales entre diferentes empresas del mismo sector, pueden surgir situaciones en que la empresa que transmita datos personales no esté sujeta al mismo código de protección de datos que la empresa receptora. Esto supone una gran fuente de ambigüedad en cuanto a la naturaleza de las normas aplicables, y también puede dificultar en gran medida la investigación y resolución de las denuncias de los interesados.

El punto de partida para la evaluación de cualquier conjunto específico de normas sobre protección de datos debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. El examen del contenido del instrumento,
2. La evaluación de su eficacia,
3. El nivel de cumplimiento general,

4. El apoyo y la ayuda a las personas cuyos datos sean objeto de tratamiento y
5. La reparación adecuada (incluida la compensación, cuando corresponda).

Para evaluar el contenido de un instrumento de autorregulación, debemos garantizar que estén presentes los "principios de protección de datos" anteriormente expuestos. Es una evaluación objetiva en la que se trata de ver cuál es el contenido del código.

En este punto, el que un sector industrial haya desempeñado una función primordial en el desarrollo del contenido de un código no es relevante, aunque si se han tenido en cuenta las opiniones de las personas cuyos datos son objeto de tratamiento y de las organizaciones de consumidores, es más probable que el código refleje fielmente los principios básicos necesarios para la protección de datos.

La transparencia del código es un elemento crucial; en particular, el código debería redactarse en lenguaje sencillo y ofrecer ejemplos concretos que ilustren sus disposiciones.

Además, el código deberá prohibir la comunicación de datos a empresas que no pertenezcan al sector y que no se rijan por aquél, a menos que se prevean otras medidas adecuadas de protección.

La evaluación de la eficacia de un código o instrumento concreto de autorregulación es un ejercicio más difícil, que exige la comprensión de los métodos y formas para garantizar la adhesión al código y para resolver los problemas de incumplimiento. Es necesario que se cumplan los tres criterios funcionales antes referidos de eficacia de la protección para considerar que un código de autorregulación proporciona una protección adecuada.

Un código profesional o industrial se desarrollará por un organismo representativo del sector en cuestión, y se aplicará a los miembros de dicho organismo. El nivel de cumplimiento del código dependerá de los siguientes aspectos:

1. Grado de conocimiento de la existencia del código y su contenido por parte de sus miembros,
2. De las medidas que se adopten para garantizar la transparencia del código a los consumidores con el fin de permitir a las fuerzas del mercado realizar una contribución eficaz,
3. De la existencia de un sistema de control externo (tal como la exigencia de una auditoria de su cumplimiento a intervalos periódicos) y,
4. De la naturaleza y la aplicación de las sanciones en caso de incumplimiento.

Por tanto, son importantes las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué medidas adopta el organismo representativo para asegurarse de que sus miembros conocen el código?
2. ¿Exige el organismo representativo a sus miembros pruebas de que aplican las disposiciones del código? ¿Con qué frecuencia?
3. ¿Presentan dichas pruebas las propias empresas o proceden de una fuente exterior (tal como un auditor acreditado)?
4. ¿Investiga el organismo representativo las supuestas o presuntas violaciones del código?
5. ¿Es el cumplimiento del código una condición para formar parte del organismo representativo o es dicho cumplimiento meramente "voluntario"?
6. En caso de que un miembro incumpla las disposiciones del código, ¿con qué tipo de sanciones disciplinarias cuenta el organismo representativo (expulsión u otras)?
7. ¿Es posible para una persona o empresa continuar trabajando en la profesión o sector industrial concreto después de haber sido expulsado del organismo representativo?
8. ¿Puede hacerse cumplir el código mediante otros procedimientos, por ejemplo, en los tribunales o en un tribunal especializado?

Por lo que se refiere a las sanciones cabe distinguir:

a) Sanciones "reparadoras" que, en caso de incumplimiento, únicamente exige al responsable del tratamiento la modificación de sus prácticas con el fin de adecuarlas a lo establecido en el código, y

b) Sanciones "punitivas" que tienen repercusión en el comportamiento futuro de los responsables del tratamiento al proporcionar un incentivo para que se cumpla sistemáticamente el código.

La falta de sanciones auténticamente disuasorias y punitivas es una carencia importante en un código. Sin dichas sanciones, es difícil entender cómo puede lograrse un nivel satisfactorio de cumplimiento general, a no ser que se establezca un sistema riguroso de control exterior (como una autoridad pública o privada competente para intervenir en caso de incumplimiento del código, o una exigencia obligatoria de realizar auditorías externas a intervalos periódicos).

Un requisito esencial para un sistema de protección de datos adecuado y eficaz consiste en el apoyo institucional a los afectados. Este apoyo debería, idealmente, ser imparcial, independiente y poseer los poderes necesarios para investigar cualquier denuncia de un interesado. Las preguntas que deben formularse respecto de la autorregulación son las siguientes:

- ¿Existe un sistema que permita la investigación de las denuncias de los interesados?

- ¿Cómo se da a conocer a los interesados este sistema y las decisiones adoptadas en cada caso concreto?
- ¿Supone el sistema costes para el interesado?
- ¿Quién realiza la investigación? ¿Tiene los poderes necesarios?
- ¿Quién juzga sobre una supuesta violación del código? ¿Es independiente e imparcial?

La imparcialidad del árbitro o juez es un punto clave. Idealmente, el árbitro debería ser ajeno a la profesión o sector en cuestión, dado que los miembros de una misma profesión o sector tienen una clara comunidad de intereses con el responsable del tratamiento que supuestamente haya infringido el código. A falta de esto, la neutralidad del órgano de decisión podría garantizarse incluyendo a representantes de los consumidores (en igual número) junto a los representantes del sector.

Asimismo, probada la infracción del código de autorregulación, deberá existir un recurso para el interesado. Este recurso deberá solucionar el problema (por ejemplo, corregir o suprimir datos incorrectos, o garantizar que cese el tratamiento con objetivos incompatibles) y, si se ha producido un perjuicio al interesado, prever el pago de una compensación adecuada. Hay que tener en cuenta que "perjuicio" en el sentido de la Directiva sobre protección de datos incluye no sólo el daño físico y la pérdida financiera, sino también cualquier daño psicológico y/o moral que se cause.

Por lo tanto, podrían plantearse también las siguientes cuestiones:

- ¿Es posible comprobar si un miembro que haya vulnerado el código, ha modificado después sus prácticas y solucionado el problema?
- ¿Pueden los interesados obtener compensación en virtud del código?, y, en caso afirmativo, ¿de qué manera?
- ¿Equivale la vulneración del código a una ruptura de contrato, o es susceptible de sanción en virtud del Derecho público (por ejemplo, protección de los consumidores, competencia desleal), y puede la jurisdicción competente conceder indemnización por daños y perjuicios sobre dicha base?

Las conclusiones que podemos extraer de lo anteriormente expuesto serían las siguientes:

- La autorregulación debería evaluarse utilizando el enfoque funcional y objetivo establecido en el documento "Primeras orientaciones".
- Para que un instrumento de autorregulación pueda considerarse un elemento válido para una "protección adecuada" debe ser vinculante para todos los miembros a quienes se transfieran los datos personales y proporcionar una protección adecuada si los datos se transfieren a terceros.

- El instrumento debe ser transparente e incluir el contenido básico de los principios esenciales de la protección de datos.
- El instrumento debe tener mecanismos que garanticen de forma eficaz un nivel satisfactorio de cumplimiento general. Una forma de lograr esto es el establecimiento de un sistema de sanciones disuasorias y punitivas. Otro sistema son las auditorias externas obligatorias.
- Además, el instrumento debe proporcionar apoyo y ayuda a los interesados que se enfrenten a un problema relativo al tratamiento de sus datos personales. Por ello, debe existir un órgano independiente, imparcial y de fácil acceso que acoja las denuncias de los interesados y resuelva sobre las violaciones del código.
- Por último, el instrumento deberá garantizar una reparación adecuada en caso de incumplimiento. Los interesados deberán poder obtener una reparación de su problema y una compensación adecuada.

3.4. Procedimiento de examen de los códigos de conducta comunitarios

En el documento *"Labor futura en relación con los códigos de conducta: documento de trabajo sobre el procedimiento de examen de los códigos de conducta comunitarios por el Grupo de Trabajo"*, aprobado por el Grupo de Trabajo del artículo 29 el 10 de septiembre de 1998, se aclara el procedimiento que deben seguir los interesados con vistas a la presentación de códigos de conducta comunitarios y a su posterior evaluación por el Grupo de Trabajo de conformidad con lo previsto en los artículos 27 y 29 de la Directiva 95/49/CE.

En primer lugar se resumen en el presente documento las etapas básicas del procedimiento, definiéndose a continuación una serie de normas específicas en relación con cada una de ellas. Estas normas se revisarán, en su caso, a la luz de la experiencia adquirida.

El procedimiento de admisión y examen de los códigos de conducta por el Grupo de Trabajo consta de las siguientes etapas:

I) Presentación y admisión.

1. Toda organización representativa del sector considerado que esté establecida u opere en un número significativo de Estados miembros podrá presentar un proyecto de código de conducta para su examen por el Grupo de Trabajo.

2. Dicho proyecto de código deberá elaborarse cuidadosamente, previa consulta a las personas a las que se refieran los datos procesados o sus representantes, y definir claramente la organización o el sector al que el código está destinado a aplicarse.

3. Los proyectos de códigos se redactarán en una lengua comunitaria y se enviarán, junto con su traducción inglesa y francesa, al Presidente del Grupo de

Trabajo, a través de la secretaría, adjuntando, asimismo, una exposición de motivos.

4. Los proyectos prematuros y los proyectos de códigos que no se ajusten a los requisitos previstos en los apartados 1 a 3 no serán admitidos para examen por el Grupo de Trabajo.

5. La Secretaría acusará recibo de los proyectos de códigos a sus remitentes.

6. En concertación con el Presidente, la secretaría elaborará un informe en el que se determine si el proyecto de código presentado cumple o no los requisitos de admisión previstos en los apartados 1 a 3.

7. El Presidente decidirá si el proyecto de código presentado cumple los requisitos de admisión. Si el Presidente considera que no los cumple, informará a los miembros del Grupo de Trabajo y fijará un plazo de respuesta. Salvo que dos o más miembros del Grupo soliciten que el caso se someta a debate en la siguiente reunión del Grupo de Trabajo, la decisión del Presidente será notificada a los remitentes, junto con los motivos por los que se rechaza el proyecto.

II) Elaboración del dictamen del Grupo de Trabajo.

1. Los proyectos de códigos presentados que cumplan los requisitos de admisión serán enviados a todos los miembros del Grupo de Trabajo.

2. En concertación con el Presidente, la secretaría formulará propuestas con vistas a la elaboración del dictamen, que serán debatidas por el Grupo de Trabajo. Dichas propuestas podrán preconizar la creación de grupos operativos o de trabajo específicos integrados por uno o más miembros del Grupo de Trabajo y asistidos por la secretaría podrán preconizar la aplicación de un procedimiento simplificado de examen a un código presentado, en particular cuando se trate de modificaciones o prórrogas de códigos existentes; y asesorarán al Grupo de Trabajo sobre la conveniencia de recabar la opinión de las personas a las que se refieran los datos procesados o sus representantes, y de otros interesados.

3. Con ocasión de un primer debate sobre el código presentado, el Grupo de Trabajo determinará, basándose en las propuestas contempladas en el apartado anterior, el procedimiento que se seguirá para la elaboración y emisión del dictamen.

4. Durante la elaboración del dictamen podrá contactarse con los remitentes del proyecto de código u otros interesados, para obtener mayor información o aclaraciones o para debatir de las mejoras que requiere el código presentado, con vistas a la posterior presentación, en su caso, de un proyecto de código revisado.

5. El Grupo de Trabajo podrá dar otras pautas o instrucciones para la elaboración de un dictamen en relación con el código presentado.

III) Aprobación del dictamen del Grupo de Trabajo y notificación del mismo a los interesados.

1. El Grupo de Trabajo determinará si los códigos de conducta presentados se atienen o no a lo dispuesto en las Directivas y, en su caso, a las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de las mismas, si reúnen las oportunas condiciones de calidad y coherencia interna y si ofrecen un valor añadido suficiente con respecto a las Directivas y otras normas sobre protección de datos aplicables, evaluando, en particular, si el proyecto de código se centra suficientemente en los problemas específicos de protección de datos de la organización o el sector al que está destinado a aplicarse, y si aporta soluciones suficientemente claras a dichos problemas.

2. El Grupo de Trabajo notificará su dictamen a los remitentes del proyecto de código y a otros interesados. Cuando el dictamen no sea favorable, se indicarán los motivos en los que se fundamentan sus conclusiones.

3. La Comisión podrá hacer público el dictamen del Grupo de Trabajo por los medios adecuados.

4. Contenido de los códigos tipo. Criterios de la Agencia de Protección de Datos

4.1. Aspectos formales

- La solicitud de inscripción de un código tipo deberá ajustarse a los requisitos establecidos en los artículos 68 y 70 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- La solicitud de inscripción en el Registro General de Protección de Datos sólo podrá presentarla la persona con representación y poder suficiente para ello, acreditado mediante documentación fehaciente, según lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Para formular un código tipo será necesario que venga precedido de documentación suficiente que acredite que el mismo se presenta mediante un acuerdo sectorial, convenio administrativo o decisión de empresa.
- Deberá acompañarse de copia de los estatutos que regulan el marco jurídico de las organizaciones que agrupan a los responsables de ficheros o tratamientos.
- Deberá acreditarse el interés de los miembros de la asociación o del sector que representa en el desarrollo del código tipo.
- El titular del código tipo deberá representar a un sector de actividad o a una asociación con entidad suficiente dentro del sector.

- Deberá constar definido el procedimiento y normas que se apliquen para la adhesión al mismo de los responsables de ficheros o tratamientos.
- El código tipo hará constar el compromiso, por otra parte ineludible, de sus adheridos de cumplir con los preceptos legales establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y las normas que la desarrollan.

4.2. Aspectos de fondo

En relación con el contenido del código tipo, a continuación se relacionan los aspectos mínimos que deberá desarrollar el código tipo.

1. Introducción

- Se expondrán, en una exposición de motivos, las razones que han conducido al desarrollo del código y se enumerarán los valores añadidos que aporta el cumplimiento del código.
- La decisión de adopción del código, sea que involucre a una entidad o una agrupación, en todo caso, responderá a la necesidad de ofrecer al afectado unas garantías mejoradas de la normativa general. Las ventajas ofrecidas al afectado harán del código tipo un elemento cualificador entre los diversos agentes que traten los datos de carácter personal.

2. Ámbito de aplicación

- Será necesaria la presentación de la entidad que promueve el código tipo. A estos efectos, puede acompañar documentación fehaciente de su condición, y legitimación para aglutinar un sector. En ningún caso, los estatutos propios de la entidad deben formar parte del código tipo.
- El ámbito de aplicación deberá responder a la actividad de los responsables de ficheros que los suscriben, y deberá quedar perfectamente delimitado.
- El código ofrecerá información clara y concisa a los afectados o titulares de los datos objeto del tratamiento.
- Deberá singularizarse los ficheros objeto del código tipo, lo que permitirá la determinación clara y precisa de los afectados, haciendo especial hincapié en el caso de contener datos especialmente protegidos, y/o tener prevista la comunicación de datos a terceros, tanto en el caso de cesiones como de transferencias internacionales de datos. No obstante, en estos casos, se dedicarán capítulos exclusivamente dedicados a ello.
- Los ficheros objeto del código tipo deberán cumplir anteriormente las previsiones del art. 20 o 26 de la LOPD, según se trate, respectivamente, de ficheros de titularidad pública o privada.

3. Principios específicos del sector que representa

- El código tipo deberá incluir la aplicación de principios específicos en el sector que mejoren las previsiones legales.
- Deberán acotarse los principios específicos del tratamiento de datos del sector, tales como la calidad de los datos o la legitimación para dicho tratamiento.
- El código tipo deberá desarrollar el procedimiento de aplicación de los principios de protección de datos al caso concreto del sector representado.

4. Definiciones específicas

- Deberá incluir las definiciones que amplíen conceptos de la Ley, siempre en beneficio del afectado, y especialmente definiciones de carácter técnico del sector involucrado.

5. Condiciones de organización y procedimientos

- Deberá singularizar los datos personales a tratar.
- Concretará especialmente, cuando se recojan o traten datos especialmente protegidos, el tipo de dato que se recoge y las circunstancias de la recogida y tratamiento, consentimiento, etc.
- Identificará los posibles destinatarios de cesiones o transferencias internacionales, y las leyes o previsiones que las amparan en el sector.
- Delimitará las fuentes de recogida de los datos.
- Explicará la forma de recabar el consentimiento expreso y fehaciente de los afectados.
- Permitirá el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en condiciones más favorables, estableciendo para ello el procedimiento que corresponda.
- Incluirá las cláusulas informativas, que en cumplimiento del art. 5 de la LOPD, se introduzcan en los cuestionarios de recogida de los datos.
- Incluirá los modelos para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- Podrá incluir un sello de garantía identificativo del código tipo, que hará referencia a la vinculación al código tipo.

6. Medidas de seguridad

- Respecto a las medidas de seguridad, el código tipo no es el documento de seguridad. Sin embargo, sí deberá indicar el nivel mínimo de medidas de seguridad que se van a aplicar, haciendo una enumeración de las mismas. Como ventaja añadida, un código tipo puede ofrecer el

compromiso de cumplimiento de un nivel de medidas de seguridad más alto que el correspondiente a los ficheros objeto de tratamiento en el sector que elabora el código tipo.
- Deberá incluir las medidas técnicas adoptadas en el ámbito de Internet:
  - Conexiones seguras
  - Cookies y plugins
  - No grabar datos en páginas estáticas de Internet.

7. Comunicaciones y transferencias internacionales de datos

- Deberán analizarse las diferentes situaciones que se puedan dar en el sector y el ámbito legal en el que se producen.

8. Procedimiento de autorregulación y control

- Deberá aclararse que supone una vía opcional y que siempre se podrá acudir a la Agencia de Protección de Datos para presentar una reclamación ante el incumplimiento de la LOPD.
- Deberá señalar el lugar de presentación de reclamaciones.
- Deberán señalarse las obligaciones del responsable y los plazos de contestación.
- Podrán establecerse planes de auditorías para controlar el cumplimiento del código tipo.
- Podrá establecerse la obligación de remitir un informe anual a la Agencia de Protección de Datos.

9. Régimen sancionador

- Las sanciones de la LOPD competen a la Agencia de Protección de Datos.
- Establecerá el régimen de sanciones por incumplimiento del código tipo.
- Existirá la obligación del responsable del código de informar a la Agencia de Protección de Datos siempre que tenga conocimiento del incumplimiento de la LOPD.

10. Relación de adheridos

- Contendrá la relación de adheridos, así como el compromiso del titular del código de comunicar altas, bajas o modificaciones de asociados a la Agencia.

11. Marco normativo

- Deberá establecer el marco normativo general y el específico del sector.

- Deberá incluir, asimismo, cuantas instrucciones y recomendaciones sean aplicables al sector.

12. Conclusiones

- Deberá contener un resumen de ventajas y/o garantías que ofrece el código a los titulares de los datos.
- También incluirá modelos para el ejercicio de los derechos y un resumen de las obligaciones que deben cumplir los responsables de los ficheros

5. Códigos tipo inscritos en el registro general de protección de datos

1) Código Tipo del Sector de la Intermediación Inmobiliaria. Asociación Empresarial de Gestión Inmobiliaria (AEGI)
   Fecha Inscripción: 29/12/2004
2) Código Tipo de la Asociación Catalana de Recursos Asistenciales (ACRA)
   Fecha Inscripción: 27/12/2004
3) Código Tipo Universidad de Castilla-La Mancha
   Fecha Inscripción: 14/07/2004
4) Código Tipo de Odontólogos y Estomatólogos de España
   Fecha Inscripción: 12/07/2004
5) Código Tipo de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (AUTOCONTROL-AECE-IAB SPAIN)
   Fecha Inscripción: 07/11/2002 (modificado en noviembre de 2005)
6) Código Tipo de Unió Catalana D'Hospitals
   Fecha Inscripción: 12/07/2002 (modificado en julio de 2004)
7) Código Tipo de Agrupación Catalana de Establecimientos Sanitarios
   Fecha Inscripción: 28/12/2001
8) Código Tipo de La Asociación Nacional de Fabricantes (ANF)
   Fecha Inscripción: 21/12/2001
9) Código Tipo de Fichero Histórico de Seguros del Automóvil (UNESPA)
   Fecha Inscripción: 11/10/2000
10) Código Tipo de Asociación Multisectorial de la Información (ASEDIE)
    Fecha Inscripción: 15/09/1999
11) Código Tipo de Telefónica de España, S.A.
    Fecha Inscripción: 20/12/1994 (modificado en diciembre de 2003)

Análisis jurídico de los *spyware*, *web bugs* y *mail bugs*. (*Su problemática utilización en la protección de los derechos de autor*).

Antonia Paniza Fullana*

SUMARIO: I. Planteamiento: análisis, funcionamiento y problemática de las nuevas técnicas que suponen tratamiento de información. 1. En general. 2. Utilización de *spyware* en un sistema de protección anticopia. II. Tratamiento de los *spyware, web bugs* y *mail bugs* en el ámbito europeo y en el Derecho español. 1. *Spyware, web bugs* y *mail bugs versus* artículo 5.3 de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas y Artículo 22.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. 2. Aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal a los *spyware, web bugs y mail bugs*. 3. Utilización y Finalidad del almacenamiento de datos: fines legítimos, finalidades incompatibles (LOPDP) y la problemática del *spam*. 4. Análisis jurídico desde la perspectiva de la protección de los consumidores. 5. La vía penal. III. Conclusiones.

Resumen

Día a día van apareciendo nuevas técnicas (spyware, web bugs, mail bugs…) capaces de obtener información de los usuarios de Internet sin que estos ni siquiera se den cuenta, lo que se traduce en un ataque a su intimidad. Las normas españolas no prohíben la utilización de estas técnicas, aunque sí establecen los presupuestos para que su utilización sea lícita; presupuestos que como se irá descubriendo en este trabajo, difícilmente se cumplen. Además, en un tema de ámbito transfronterizo como el que aquí se estudia es interesante tener en cuenta su tratamiento en otros países. Ya ha habido reacciones en el ámbito normativo, es el caso de California o Utah que tienen su propia normativa sobre la materia con el fin de salvaguardar los derechos de los consumidores. Pero las cuestiones sobre este tema no acaban aquí. Las últimas tendencias normativas en el ámbito de la protección de los derechos de autor, tanto a nivel internacional como nacional, parecen

Recibido: 15/02/2006 •Aceptado: 02/03/2006

* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Civil. Universidad de las Islas Baleares. E-mail: antonia.paniza@uib.es

ser las de regular las medidas tecnológicas de protección, salvaguardando así los derechos de los titulares de derechos de autor.

Palabras clave: Spyware. Web bugs. Mail bugs. Derechos de autor. Medidas tecnológicas de protección.

Abstract

Every day, new techniques (spyware, web bugs, mail bugs) appear which are able to obtain information from Internet users without their even realizing what is happening, which translates into an attack into their privacy. Spanish regulation does not prohibit the usage if these techniques, although they establish the parameters that define their legal use, parameters which, as it will be shown through this work, are hardly ever used. Furthermore, in a subject beyond borderlines as the one studied here, it is interesting to bear in mind its treatment in other countries. There have been reactions in the legal field, in the case of California or Utah which already have their own legislation on this matter aimed at safe-keeping consumer rights. However, questions about the subject do not stop her. The most recent legal tendencies in the field of copyright protection, both internationally and nationally, seem to be of regulating the technological means of protection, thus, safe-keeping the rights of the holders of copyright.

Keywords: Spyware. Web bugs. Mail bugs. Copyright. Technological means of protecion.

I. Planteamiento: análisis, funcionamiento y problemática de las nuevas técnicas que suponen tratamiento de información

1. En general

Cada día aparecen nuevas técnicas para captar datos de los usuarios de Internet, datos que después son utilizados con distintos fines. En la mayoría de ocasiones se utilizarán para el envío de publicidad más o menos personalizada. Si hasta hace poco nos preocupaban las *cookies*, ahora ya se habla de *adware, spyware, web bugs, mail bugs, phishing*, etc. Términos nuevos que, irremediablemente, en poco tiempo, acaban siendo cotidianos en el lenguaje de todos los usuarios de Internet.

Cada uno de ellos tiene sus peculiaridades, características y usos propios. Por ello, se hace necesario realizar un breve estudio sobre ellos. Empezando por las ya "tradicionales" *cookies* –sin olvidar lo que supone ser algo ya "tradicional" en los márgenes temporales en los que se mueve todo lo relacionado con las nuevas tecnologías- se puede decir que son cadenas de información alfanumérica formadas por diferentes campos específicos que serán depositadas por el servidor en el disco duro del cliente durante una visita del mismo que posibilitará el

reconocimiento de éste en accesos posteriores. Cuando el usuario visite de nuevo el servidor que depositó la *cookie*, su navegador la enviará inmediatamente para que pueda procesar la información contenida en ella para servir la demanda del usuario[1].

Pero junto a las *cookies* -incluso, en ocasiones, interactuando con ellas , ya existen otros sistemas que suponen tratamiento de información que se pueden calificar, incluso, como más agresivos. Es el caso de los *web bugs, mail bugs* o *spyware*. Con estas técnicas se consigue información de los usuarios prácticamente sin que estos se den cuenta, lo que puede suponer un ataque a su intimidad, contraviniendo, además, algunas normas, como después quedará patente.

Siguiendo a PAYERAS CAPELLÀ, los *web bugs* son pequeñas imágenes incluidas en páginas web. Su funcionamiento es similar al de las barras publicitarias, ya que la visualización de la imagen provoca la ejecución de una acción determinada. Estos *web bugs* pasan desapercibidos (pueden limitarse a imágenes de un píxel transparente) y pueden obtener información de los usuarios que se conectan a la página web en la cual han sido introducidos[2]. Además, los filtros para detectar las *cookies*, no detectan los *web bugs*. Básicamente se utilizarán para recolectar estadísticas de uso y visualización de páginas web, crear un perfil del usuario, transferir información desde un sitio web a una empresa de marketing, controlar la efectividad de las barras publicitarias, etc[3]. Entre la información sustraída se pueden encontrar la dirección IP del usuario, el navegador utilizado o la información recogida por las *cookies*.

Los *mail bugs*, por su parte, son imágenes de las mismas características que las utilizadas como *web bugs*; es por ello por lo que también pasan desapercibidas. Cuando se proceda a la visualización del mensaje de correo, la imagen se descargará del servidor. Al ser incorporadas a los mensajes de correo electrónico, enviaran información que revelará que el mensaje que lo contiene ha sido abierto, verificando que la dirección receptora es real. Una vez realizada esta verificación, esta dirección podrá ser utilizada para el envío de correo comercial no solicitado (el conocido *spam*). Si el *mail bug* contiene un identificador único podrá ser

1 *Vid.* GRIMALT SERVERA, P. y PAYERAS CAPELLA, M.: *Una Primera Aproximación sobre la Legalidad del Tratamiento de Datos Personales mediante Cookies* en "Actas del I Simposio Español de Negocio Electrónico (SNE'01)". Madrid, 2001, páginas 92 a 96.

2 Para saber que se están utilizando estas técnicas, hará falta un software que los reconozca. Como ejemplo: http://www.bugnosis.org

3 En http://www.news.com, Stefanie Olsen deja planteado el siguiente ejemplo: *"That means, for example, that if a person visited Johnson's & Johnson's Your Baby Web site, which uses DoubleClick web bugs, the bug would read the visitor's DoubleClick cookie ID number, which shows the past online behavior for that computer. The information would then go back to DoubleClick"*. Además, en Michigan se iniciaron procesos contra Doubleclick ya que esta compañía había violado las leyes relativas a la protección de los consumidores por no avisarles que *Doubleclick* introducía regularmente *cookies* y *web bugs* en sus ordenadores.

usado para determinar si un mensaje es reenviado[4]. En este caso, ya entramos en otro de los grandes campos de la privacidad de los usuarios del correo electrónico: el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas.

Junto a todo ello, hay otras técnicas, los denominados *spyware,* que lo que hacen es instalar un determinado programa que se ejecuta sin que ni siquiera el usuario se de cuenta. Su principal función consiste en captar información (aunque no comprometen la integridad del sistema). Los datos de los usuarios pueden llegar a ser utilizados por terceros que nunca han tenido ningún tipo de relación con ellos. En muchas ocasiones, el usuario no es consciente de que tiene un archivo espía instalado en su ordenador que puede haberse instalado con algunos programas gratuitos o después de haber visitado determinados sitios *web*. Muchos *spyware* se introducen en el sistema una vez que el usuario acepta, sin previa lectura, las condiciones de uso (acuerdo de licencia) que se facilitan normalmente en inglés. En el caso de instalación de programas gratuitos, el programa espía sigue funcionando incluso cuando el programa que habíamos descargado ha dejado de funcionar. ¿Qué consecuencias pueden tener para el usuario? Una vez instalados, ¿Qué pueden hacer? Estos programas pueden copiar información para generar publicidad específica para este concreto usuario, conocer la dirección de correo electrónico, los sitios web que ha visitado, etc. Si pueden conseguir direcciones de correo electrónico, éstas pueden ser utilizadas posteriormente para el envío de comunicaciones comerciales. Entonces ya se está ante una nueva problemática: la protección del usuario frente al envío de comunicaciones comerciales (artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico, en adelante, LSSICE)[5].

Distintos de los *spyware* son los *adware*. Estos últimos, a diferencia de los *spyware*, no recolectan información del equipo sino solamente muestran publicidad mientras el usuario está utilizando una determinada aplicación.

Si al iniciar la descripción de estas técnicas se afirmaba que podían ser incluso más agresivas que el uso de *cookies,* después de lo que se ha expuesto parece que queda patente. Pero hay que tener en cuenta que su funcionamiento es diferente: mientras las *cookies* se depositan en el servidor del cliente, lo que le hará reconocible en posteriores accesos, los *spyware* se instalan en el ordenador del usuario, sin que éste ni siquiera se de cuenta. Tampoco es consciente el

4 *Vid.* PAYERAS CAPELLÀ, M. en Materiales didácticos del Módulo 3: Marketing y Publicidad del Curso Marketing y Publicidad del Curso Marco jurídico del marketing y de la protección de los consumidores y los datos en Internet. UOC-UIB. Barcelona, 2005.

5 Sobre este tema*, vid*. Paniza Fullana, A.: *Comunicaciones comerciales no solicitadas y marketing directo: el sistema opt out como excepción. (Correo Electrónico y mensajes SMS con fines publicitarios)* en "Avances en Criptografía y Seguridad de la Información"**.** Madrid, 2004, págs. 437 a 445 y *vid.* Paniza Fullana, A. y Payeras Capellà, M.: *Unsolicited Commercial Communications and Direct Marketing. E-mail and SMS for Marketing Purposes* en "E-commerce 2004. (Proceedings of the IADIS International Conference E-commerce 2004)". Lisbon, 2004, págs. 261 a 268.

usuario que un *web bug* o *mail bug* está captando información sobre él –aunque sólo sea a efectos de publicidad-. Es más, mientras con el uso de *cookies* tenemos una función de seguridad en el navegador que puede avisar al usuario de su uso, en el *spyware* no hay aviso de ningún tipo y sólo instalando un programa determinado se sabe si realmente están captando nuestros datos. El panorama técnico está avanzando muy rápido en este aspecto, ¿están preparadas nuestras normas para afrontarlo?

2. Utilización de *spyware* en un sistema de protección anticopia

Hasta el momento se han descrito, con carácter general, unas determinadas técnicas que permiten la obtención de determinados datos de los usuarios. Ahora el estudio se centrará en un caso concreto de utilización de *spyware*. Es el supuesto de su utilización como medida de protección de los derechos de autor.

Este es el momento para estudiar el alcance de un determinado sistema de protección anticopia, caracterizado por el uso de determinada tecnología en un sistema de gestión de derechos digitales (*Digital Rights Management* DRM), concretamente el utilizado por Sony en algunos CDs de música. En este artículo se pretende estudiar el alcance de estas medidas desde la perspectiva tecnológica para poder extraer, a su vez, las consecuencias jurídicas de su utilización. En el caso que aquí se plantea, un determinado CD de música, legítimamente adquirido, incorpora medidas "extremas" para impedir la piratería. En este sentido, una vez que el usuario lo coloca en su PC para ser reproducido, automáticamente se instala un determinado *software*, sin que éste ni siquiera se de cuenta. Sony instala *software* que permanece oculto, pero activo, usando la capacidad de cálculo del procesador, incluso cuando el CD no está siendo escuchado. Además, en principio, no se proporcionaba ningún medio para desinstalarlo[6]. Se han detectado

6 Se encuentran más detalles en el documento que lleva por título: *National Consumer Council Submission to the All Party Internet Group inquiry into Digital Rights Managemen*t (London): *"It was recently discovered that the 'anti-piracy' software included by Sony/BMG on a CD by country rock group Van Zant, included 'cloaked' files that installed a proprietary player to play the CD (and then did not allow the user to uninstall the player). Mark Russinovich, who discovered the hidden software, noted that this allowed Sony to take over an element of his computer, and therefore compromise the security of his machine. After widespread criticism, Sony/BMG issued a patch that left many of the problems in place according to Mr Russinovich. Microsoft declared Sony's DRM a security risk and security companies such as Symantec began alerting PC users of its presence. Following this Sony said it would recall some 4.7m music CDs, 2.1m of which had already been sold to consumers. Moreover, the Electronic Frontier Foundation, reports that the Sony/BMG End User Licence Agreement, that covers this CD software, itself contains a number of elements of concern to consumers. Apart from including stringent limitations on the circumstances in which the music files may be retained on an individual's computer, the licence allows Sony/BMG to install and use 'backdoors' in the software to 'enforce their rights' without prior notice. And although this gives Sony/BMG access to consumers' computers, the licence also disclaims any liability for harm or damage their interventions may cause".* (vid. http://www.ncc.org.uk/intellectualproperty/digitalrightssubmission-final.pdf). También se define el

comportamientos que van más allá de las funciones estrictas de una herramienta de gestión de derechos digitales. Concretamente las herramientas utilizadas son "eXtended Copy Protection" (XCP) de la compañía "First 4 Internet" y "MediaMax" de la compañía SunnComm. Un *rootkit* es una herramienta que permite esconder archivos y procesos; puede ocultar herramientas útiles para obtener información de forma ilícita. Por su capacidad para ocultar acciones maliciosas, los *rootkits* están siendo incorporados en aplicaciones de *spyware* e incluso en sistemas de gestión de derechos digitales (DRM), de forma que su detección mediante programas antispyware y su eliminación es mucho más complicada[7].

Desde la perspectiva de los derechos de autor, según el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, *"los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley"*. En el caso que aquí se analiza, los autores no sabían que en sus obras se utilizaban estas concretas medidas anticopia. Es más, debido a ello, se han visto mermadas sus ventas. Hay que tener en cuenta, además, que Sony se excusa en que fue otra empresa quien realizó las medidas tecnológicas de protección que se incorporan a sus CDs.

Ya se ha hecho habitual la discusión respecto a las medidas tecnológicas de protección al cruzarse, por una parte, los derechos de los autores y, por otra, los derechos de los consumidores, limitándose estos últimos en aras a una protección adecuada de las obras protegidas. Reflejo de ello es el artículo 6.3 de 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 que define las "medidas tecnológicas" como *"toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de*

sistema con detalles en las demandas presentadas tanto en California como en Texas, a las que se hará referencia en otros apartados de este trabajo.

7 Además de lo que ya se ha apuntado sobre el *spyware, l*a *Anti-Spyware Coalition* lo describe como la tecnología utilizada sin el oportuno consentimiento por parte del usuario y/o implementado de forma que impide el control del usuario sobre cambios materiales que afectan a su privacidad, la seguridad del sistema, el uso de los recursos del sistema (incluyendo programas instalados en el ordenador), la recogida, uso y distribución de datos personales del usuario u otra información sensible. Sobre este tema, *vid.* WINN, J.K.: *Contracting Spyware by Contract*, 20 Berkeley Tech. L.J. 1345; GANTMAN, N. and SPIEGEL, Y.: *Adware, Shareware, and Consumer Privacy*. September 30, 2004 y SCHWARTZ, P.: *Spyware: Privacy inalienability and the regulation of spyware*. 20 Berkeley Tech. L.J. 1269.

autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán "eficaces" cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección"[8]. La cuestión que con ello se plantea no es la de la conveniencia o no conveniencia en su utilización, si no la de establecer cuáles son sus límites[9].

Esta cuestión se suscita en casos como el de Sony, descrito anteriormente, ¿ha habido una extralimitación por parte de Sony? La respuesta parece clara, pero hay que buscar los fundamentos jurídicos para sustentarla en el caso del Derecho español. ¿Qué es lícito e ilícito en las medidas anticopia?[10] ¿Se pueden vulnerar los derechos de los consumidores (deber de información, condiciones generales de la contratación, etc.); utilizar sus datos personales sin su conocimiento (vulnerando la normativa sobre protección de datos de carácter personal) para salvaguardar el control de acceso o establecer un procedimiento de protección de los derechos de autor?[11]

8 Afirma FERNÁNDEZ-MOLINA: *"It is not possible to arrive at favourable judgement of these laws, particularly of the DMCA and the European Directive. They lead to an excessive protection of copyright in detriment to user rights. By means of these technological controls of access and use the lawful uses of protected works are prevented. […] In essence, these laws stand as an imposing obstacle for consumer rights and for the educational, cultural or research users of intellectual works. […] Without a doubt, the Australian law is the one deserving a more positive appraisal, as, thanks to its original system of exceptions, it achieves a better equilibrium between the interests of copyright holders and users".* (Cfr. FERNÁNDEZ-MOLINA, J.C.: ***Contractual and technological approaches for protecting digital works: their relationship with copyright limitations*** in Emerald Online Information Review. Volume 28, nº 2, 2004, p. 152).

9 ***Vid.*** PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad Intelectual y sociedad de la información. La Directiva comunitaria*. Repertorio de Jurisprudencia, núm. 45/2001 (Parte estudio), páginas 23 y siguientes.

10 Según GINSBURG, J.C.: Art. 11 WCT provides: *"Contracting parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law".* (Cfr. GINSBURG, J.G.: *Legal protection of Techonological Measures Protecting Works of Authorship: International Obligations and the U.S. Experience*. Columbia Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Group, página 4).

11 El considerando 29 de la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual establece que*: "El sector de la industria debe participar activamente en la lucha contra la piratería y la usurpación de marca. El desarrollo de códigos de conducta en los círculos directamente afectados es un medio más de reforzar el marco normativo. […] El control de fabricación de discos ópticos, principalmente por medio de un código de identificación aplicado a los discos fabricados en la Comunidad, contribuye a limitar las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en*

En España, el proyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/ 1996, de 12 de abril define de modo muy parecido a la Directiva las medidas tecnológicas de protección en el artículo 160 y en el artículo 161 establece los límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas, entre los que se encuentra, entre otros, la copia privada (hay que recordar que la herramienta XCP, utilizada en los CDs de Sony, limita el número de copias a 3).

El proyecto de ley considera infracciones contra los derechos de autor las actividades que sirvan para eludir las medidas tecnológicas con las que los titulares de derechos hayan protegido sus obras. Con ello, podría plantearse un problema que rozaría el absurdo si se considera que la utilización de un sistema antispyware para eliminar el *rootkit,* instalado en el caso de Sony, de nuestro ordenador como un medio que trata de eludir, a sabiendas, las medidas tecnológicas de protección.

Chocan aquí entonces dos grupos de intereses en conflicto: el derecho a utilizar mecanismos de protección para evitar copias ilegales y el derecho de los usuarios, incluso a su uso legítimo. Por una parte, la protección de obras mediante medidas tecnológicas, que reconoce la Directiva 2001/29/CE –y se incluye en el proyecto de ley español- y, por otra parte, los derechos de los consumidores, en general y a su privacidad y protección de datos de carácter personal, en particular.

Como resumen de todo lo anterior: presunta extralimitación en la utilización de sistemas DRM, derechos de autor, protección de datos de carácter personal y derechos de los consumidores[12]. Todo ello se desarrollará en las páginas que siguen. Las demandas no se han hecho esperar, son un ejemplo las de Ontario, Texas o California. En el ámbito europeo, en Italia, también se ha planteado la cuestión. En este último caso por vía penal.

este sector, que es víctima de la piratería a gran escala. No obstante, estas medidas técnicas de protección no deben utilizarse de manera abusiva con el fin de aislar los mercados y controlar las importaciones paralelas".

12 Todo ello queda reflejado en toda la normativa en que se fundamenta la demanda contra Sony en Ontario. Concretamente: *Class Proceedings Act 1992; Competition Act, R.S. 1985; Consumer Protection Act, 2002; Electronic Commerce Act, 2000; Freedom of Information and Protection of Privacy Act, 1990; Negligence Act, 1990; Personal Information Protection and Electronic Documents Act, 2000.*

II. Tratamiento de los *spyware, web bugs, mail bugs* en el ámbito europeo y en el Derecho español

1. *Spyware, web bugs y mail bugs versus* artículo 5.3 de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas y Artículo 22.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

Como ya ha quedado expuesto, los programas *spyware* pueden llegar a nuestro ordenador de distintas maneras, entre ellas, al visitar determinados sitios web, acompañando algún virus u ocultándose en otros programas, normalmente gratuitos (a veces con las condiciones generales estamos aceptando, en la mayoría de las ocasiones sin saberlo, esta instalación). Además, hay que tener en cuenta que cuando se trata de *cookies* es posible que se nos alerte de su uso (según la configuración del navegador), pero en el caso de las nuevas técnicas mencionadas, ni siquiera somos conscientes de su utilización; sólo se podrán detectar con un programa específico.

Las *cookies, spyware, web bugs* o *mail bugs* son técnicas que permiten recabar información de los usuarios de Internet, lo que puede suponer una vulneración a su derecho a la intimidad. Esta problemática ya queda reflejada en los considerandos 24 y 25 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección a la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas).

Sobre el *spyware* ya pueden encontrarse algunas iniciativas legislativas en California (*Consumer Protection Against Computer Spyware Act*)[13] y Utah (*Spyware Control Act*). Éstos han sido los dos Estados pioneros en la regulación del *spyware*[14]. Son los proyectos pioneros a los que seguramente les seguirán muchos otros[15]. Estas normas, con carácter general, prohíben el uso de *spyware*

13 La iniciativa de California (agosto 2004) establece que: *"It is the intent of the Legislature that this Act protect California consumers from the use of spyware and malware that is deceptively or surreptitiously installed on their computers. Because the threats posed by these practices change over time, it is the intent of the Legislature to revise the provisions in this act as needed to fully protect consumers from additional unfair and deceptive practices and to address future innovations in computer technology and practices"*. Se aborda la cuestión desde la perspectiva de la protección de los consumidores. (Sobre ello, vid. http://www.spywareguide.com).

14 En Utah la denominada Spyware Control Act establece: *"(1) A person may not: (a) install spyware on another person's computer; (b) cause spyware to be installed on another person's computer; (c) use a context based triggering mechanism to display an advertisement that partially or wholly covers or obscures paid advertising or other content on an Internet website in a way that interferes with a user's ability to view the Internet website"*. (vid. http://www.le.state.ut.us).

15 En EE.UU hay otras iniciativas, que se pueden ver detalladas por Estados en las siguientes direcciones: http://www.ncsl.org/programs/lis/spyware05.htm; http://www.benedelman.org/spyware/legislation/.

para no vulnerar los derechos de los consumidores, a diferencia de la normativa española que lo que hace es establecer los presupuestos para su utilización, pero no prohibirlo. En el caso español, si se cumpliera lo establecido por las normas también se podría conseguir un nivel aceptable de protección de los usuarios.

De los considerandos de la Directiva europea ya se pueden extraer algunas ideas sobre el tema que se está analizando. En el primero[16] ya quedan patentes algunas características de estas técnicas: se introducen en el terminal del usuario *"sin su conocimiento",* acceden a información, archivan información oculta o rastrean actividades del mismo. La Directiva, consciente de los peligros que ello puede suponer para los usuarios, aunque no prohíbe el uso de las mismas, sí se refiere a una serie de condiciones para que este uso sea lícito. Lo será si se utilizan para *"fines legítimos"* (lo que se tendrá que determinar es qué hay que entender por "fines legítimos") y con el conocimiento de los usuarios afectados.

Por lo que respecta al segundo de los considerandos citados[17], es más concreto y se refiere al uso de *cookies*. De él se puede extraer que se autoriza el uso de *cookies* siempre que se cumplan una serie de obligaciones, de la misma forma que se establecía para las demás técnicas en el considerando veinticuatro. En

16 Según el considerando 24: "Los equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas, así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los denominados «programas espía» (*spyware*), *web bugs*, identificadores ocultos y otros dispositivos similares pueden introducirse en el terminal del usuario sin su conocimiento para acceder a información, archivar información oculta o rastrear las actividades del usuario, lo que puede suponer una grave intrusión en la intimidad de dichos usuarios. Sólo debe permitirse la utilización de tales dispositivos con fines legítimos y con el conocimiento de los usuarios afectados".

17 Apunta el considerando 25 que: "No obstante, los dispositivos de este tipo, por ejemplo los denominados «chivatos» (cookies), pueden constituir un instrumento legítimo y de gran utilidad, por ejemplo, para analizar la efectividad del diseño y de la publicidad de un sitio Web y para verificar la identidad de usuarios partícipes en una transacción en línea. En los casos en que estos dispositivos, por ejemplo los denominados «chivatos» (cookies), tengan un propósito legítimo, como el de facilitar el suministro de servicios de la sociedad de la información, debe autorizarse su uso a condición de que se facilite a los usuarios información clara y precisa al respecto, de conformidad con la Directiva 95/46/CE, para garantizar que los usuarios están al corriente de la información que se introduce en el equipo terminal que están utilizando. Los usuarios deben tener la posibilidad de impedir que se almacene en su equipo terminal un «chivato» (cookie) o dispositivo semejante. Esto es particularmente importante cuando otros usuarios distintos al usuario original tienen acceso al equipo terminal y, a través de éste, a cualquier dato sensible de carácter privado almacenado en dicho equipo. La información sobre la utilización de distintos dispositivos que se vayan a instalar en el equipo terminal del usuario en la misma conexión y el derecho a impedir la instalación de tales dispositivos se pueden ofrecer en una sola vez durante una misma conexión y abarcar asimismo cualquier posible utilización futura de dichos dispositivos en conexiones posteriores. La presentación de la información y del pedido de consentimiento o posibilidad de negativa debe ser tan asequible para el usuario como sea posible. No obstante, se podrá supeditar el acceso a determinados contenidos de un sitio web a la aceptación fundada de un «chivato» (cookie) o dispositivo similar, en caso de que éste tenga un propósito legítimo".

este caso, hay que informar del uso de *cookies* al usuario y solicitar el consentimiento del afectado. Tanto la información como la solicitud del consentimiento o posibilidad de negativa han de ser tan asequibles para el usuario como sea posible. Aquí se nos plantea una cuestión interesante, que se intentará resolver en las páginas que siguen: ¿se cumplen estos requisitos de información *"asequible al usuario"* con un clausulado de condiciones generales?

Siguiendo con el considerando veinticinco, surge otra cuestión que merece un comentario. Aunque, por una parte, parece que se intensifican los deberes para quien quiere utilizar *cookies*, por otra, parece que se puede supeditar el acceso a determinados contenidos de un sitio *web* a la aceptación de *cookies* (*"No obstante, se podrá supeditar el acceso a determinados contenidos de un sitio web a la aceptación fundada de un "chivato" (cookie) o dispositivo similar, en caso de que éste tenga un propósito legítimo")*. ¿Qué hay que entender por "propósito legítimo" de una cookie o dispositivo similar? ¿Se puede condicionar el acceso de un usuario a un determinado contenido de un sitio web si éste no acepta las cookies? Se trata de una cuestión más que discutible. La normativa no resuelve este supuesto, pero siguiendo a GRIMALT SERVERA se puede apuntar que *"la conjugación del derecho a la intimidad y de la libertad de información, sin desdeñar la posibilidad de aplicar la doctrina del abuso de derecho (artículo 7 del Código civil), impide las actuaciones de los servidores que acaban de describirse..."*[18].

Todo ello se refleja en el artículo 5.3 de la Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas. Este precepto, no prohíbe la utilización de estos sistemas de tratamiento de información, sino que establece los requisitos para su licitud, tal como ya se había dejado apuntado. ¿Cuáles son estos requisitos? Se tiene que facilitar al abonado o usuario información clara y completa sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Directiva de Protección de Datos. Además, el responsable del tratamiento de los datos tiene que ofrecerle la posibilidad de negarse a dicho tratamiento. Ello no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar o facilitar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, o en la medida de lo estrictamente necesario a fin de proporcionar a una empresa de información un servicio expresamente solicitado por el usuario o el abonado.

Esto ha quedado plasmado en la normativa española en el artículo 22.2 LSSICE –reformado por la Ley 32/2002, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones–. En el caso de que los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales (fórmula en la que parecen tener cabida las técnicas que se están analizando en

18 *Vid.* GRIMALT SERVERA, P. Y PAYERAS CAPELLA, M.: *Una primera aproximación sobre la legalidad del tratamiento de datos personales mediante cookies* en "Actas del I Simposio Español de Negocio Electrónico (SNE'01)". Madrid, 2001, página 102.

este trabajo), el afectado debe obtener información *"clara y completa"* sobre la utilización y finalidad del almacenamiento de datos (de manera muy similar a lo dispuesto en la Directiva), además de ofrecerle un procedimiento sencillo y gratuito de oposición (presupuestos que difícilmente se cumplen en los supuestos de *spyware, web bugs o mail bugs*). Pero es que, además, hay que tener en cuenta la aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal cuando se traten este tipo de datos.

Centrándonos, de momento, en el artículo 22.2 LSSICE y sabiendo que los programas espía llegan a nuestro ordenador, por ejemplo, con un software gratuito después de que el usuario haya aceptado, sin previa lectura en la mayoría de ocasiones, las condiciones de uso que se facilitan en inglés, las preguntas que debemos formularnos son: ¿Se cumple lo dispuesto en el artículo citado? ¿Se tiene el consentimiento del usuario? Hay que tener en cuenta que en la mayoría de estos casos el afectado desconoce la existencia del *spyware*, *web bug*, etc. (de hecho existen determinados programas para su detección, lo que hace que quede de manifiesto que sin un software específico el usuario no se da cuenta de que están captando información, lo que hay que tener en cuenta es qué información está recogiendo).

Después de lo que ha quedado expuesto está claro que la instalación que se puede denominar "habitual" de los *spyware* vulnera el artículo 22.2 LSSICE. Pero hay que seguir hablando de consentimiento, ya que como se ha apuntado, en algunas ocasiones, además del incumplimiento de lo establecido en el artículo 22.2, se le tendrá que sumar el de lo establecido en la normativa de protección de datos ya que pueden estar recogiendo datos de carácter personal de los usuarios. Por ello, el estudio de esta necesidad de consentimiento continúa en el próximo apartado, añadiendo ahora la protección de datos de carácter personal.

2. Aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal a los *spyware, web bugs y mail bugs*

Conocer el funcionamiento de estas técnicas, teniendo en cuenta sus propias especialidades, es básico para encontrar las normas aplicables. En este sentido, los *web* bugs pueden saber si existen *cookies* en nuestro ordenador y acceder a su información, identificación personal, como teléfono o domicilio y en el caso de los *mail bugs*, de manera indirecta, confirman una dirección de correo electrónico. Respecto a los *spyware,* hay empresas que justifican el uso de *banners* publicitarios en sus programas gratuitos, pero en ningún momento se advierte al usuario de la instalación de estos productos, ni de las funciones del programa *spyware,* que lleva almacenado.

En el caso de los *spyware* una empresa que se dedica a ello es *Aureate* siendo uno de los programas pioneros de esta empresa la librería *advert* (advert.dll). Este programa almacena un formulario que el usuario tiene que rellenar cuando se inicia el proceso de instalación del programa gratuito (este formulario puede

contener la identificación del usuario, año de nacimiento, trabajo, estado civil, nivel de estudios, etc.). Este formulario es enviado, vía Internet, junto con una serie de datos que son sustraídos del sistema y todo ello sin que lo sepa el usuario.

Esta vulneración de la intimidad, como ya apunta el artículo 5.3 Directiva sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas, se cruza con el tratamiento de datos de carácter personal, por lo que la norma a analizar, junto a la anterior, es la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPDP). El ámbito de aplicación de esta Ley se concreta a *"los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado"*. Se trata de estudiar si esta Ley es aplicable a los supuestos planteados; es decir, si en su funcionamiento obtienen datos de carácter personal, en el sentido de la LOPDP. Para ello hay que responder a una serie de cuestiones:

- ¿Cómo define la ley el "tratamiento de datos"? De acuerdo con el artículo 3 c) el tratamiento de datos se define como: *"operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias"*. Si como ya se ha establecido, estas técnicas permiten recoger datos, grabarlos, conservarlos, incluso transmitirlos a terceros, entonces pueden considerarse como "tratamiento de datos".
- ¿Puede considerarse la información recogida "dato de carácter personal" según la definición de la LOPDP? Para dar respuesta a esta cuestión, hay que ver, en primer lugar, si la información recogida, por ejemplo en el caso de las *cookies*, puede vincularse a una persona física identificada o identificable. En primer lugar hay que recordar la distinción entre *cookies* identificadas y *cookies* anónimas. La información que almacenan las *cookies* identificadas es información que el usuario ha introducido mientras navegaba: datos personales (por ejemplo, *passwords* o el número de tarjeta de crédito, DNI, etc.); gustos, tipos de páginas visitadas, etc., lo que no ocurre en las *cookies* anónimas[19]. Hay que tener en cuenta que, en el caso de los *spyware* intentan realizar conexiones a Internet, determinando el punto, la IP del destinatario y el nombre de quien realiza la petición.

Se pueden distinguir distintos supuestos dependiendo de la información recogida; si es el DNI (Documento Nacional de Identidad), nombre, etc. parece claro que estamos ante un dato de carácter personal. También puede ocurrir que

19 *Vid.* GRIMALT SERVERA, P. y PAYERAS CAPELLÀ, M.: *Una primera aproximación sobre la legalidad del tratamiento de datos personales mediante cookies* en "Actas del I Simposio Español de Negocio Electrónico (SNE'01)". Madrid, 2001, páginas 91 a 106.

se haya recogido un dato que no identifica a una persona pero que sí la hace identificable, por ejemplo el caso de una IP estática. ¿Qué ocurre en este caso? Concretamente en este supuesto la Agencia de Protección de Datos nos da la respuesta, además no sólo respecto a las IP estáticas sino también a las dinámicas, considerándolas a todas como dato de carácter personal a efectos de la LOPDP[20].

Concretando al caso de estudio descrito, el caso de Sony, es sabido que los sistemas DRM pueden afectar a datos de carácter personal. Por ello, se deben establecer las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos de los usuarios[21]. DUSSOLIER se refiere a la protección de datos en sede de ERMS (*Electronic Rights Management Systems*). Parece claro que estos sistemas deben cumplir con lo establecido en la Directiva sobre Protección de Datos. Según esta autora pueden utilizarse medidas de seguridad que protejan la identidad de los usuarios como firmas electrónicas, pseudónimos, terceras partes de confianza, siendo la idea central la de permitir al usuario hacer uso de estas medidas de forma anónima y que sólo tenga que revelar sus datos cuando sea realmente necesario. La

20 En el Informe 327/2003, la Agencia de Protección de Datos se pronuncia sobre el carácter de dato personal de la dirección IP. En relación a este tema afirma que: *"En muchos casos existe la posibilidad de relacionar la dirección IP del usuario con otros datos de carácter personal, de acceso público o no, que permitan identificarlo, especialmente si se utilizan medios invisibles de tratamiento para recoger información adicional sobre el usuario, tales como cookies con un identificador único o sistemas modernos de minería de datos unidos a bases de datos con información sobre usuarios de Internet que permite su identificación. Así pues, aunque no siempre sea posible para todos los agentes de Internet identificar a un usuario a partir de datos tratados en la red, desde esta Agencia de Protección de Datos se parte de la idea de que la posibilidad de identificar a un usuario de Internet existe en muchos casos y, por tanto, las direcciones IP tanto fijas como dinámicas, con independencia del tipo de acceso, se consideran datos de carácter personal resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos".* Además, también hace una referencia a los log-in de acceso a Internet o a páginas personales y establece que si el proveedor de servicios de Internet a través de ese *"log in"* puede identificar al usuario con el que tiene un contrato de acceso a Internet, sí será considerado como un dato de carácter personal.

21 PLAZA PENADÉS en sede de medidas tecnológicas y de gestión establece que: *"los sistemas de protección e identificación pueden procesar datos personales sobre los hábitos de consumo de los usuarios individuales con relación a los trabajos protegidos, permitiendo así rastrear el comportamiento en línea, es necesario garantizar, de otra parte, el respeto al derecho a la intimidad de las personas. Por lo tanto, estas medidas tecnológicas deben incorporar a sus funciones técnicas dispositivos que protejan la intimidad con arreglo a la Directiva sobre protección de datos. El hecho de que los titulares de los derechos de propiedad intelectual puedan introducir medidas tecnológicas para restringir y controlar el acceso y la explotación de sus creaciones y que además exista una protección eficaz contra los actos de elusión, no debe de impedir la realización de actos lícitos que sean límites válidamente reconocidos a los derechos de explotación (del art. 5 de la Directiva) siempre y cuando el beneficiario tenga legalmente acceso a la obra".* (Cfr. PLAZA PENADÉS, J.: *Propiedad intelectual y sociedad de la información. La Directiva comunitaria* en "Repertorio de Jurisprudencia", número 45/2001, página 23 (de Westlaw).

verdadera cuestión es saber cuánta información personal será necesaria para el funcionamiento del servicio[22].

En el caso de MediaMax, herramienta utilizada en los CDs de Sony, el EULA (*End-User License Agreement)* también señala explícitamente que el software no es usado para la recolección de datos personales ni información almacenada en el ordenador. Sin embargo, cada vez que se ejecuta el disco en el PC, el software establece una conexión con un sitio web de Sony, al que envía un identificador. Con este tipo de conexión sus servidores podrían registrar cada vez que un CD protegido se reproduce y la dirección IP del ordenador que lo reproduce[23].

En la demanda presentada en este caso en Ontario también se hace referencia expresa a la problemática derivada de la protección de datos. El razonamiento es el siguiente: Sony controla cada vez que un CD con XCP es utilizado y la dirección IP del ordenador que lo utiliza, sin obtener el consentimiento del usuario del ordenador en cuestión. Como no hay dos direcciones IP iguales, podrá obtenerse información acerca de la persona que está utilizando una dirección IP particular. Con ello, Sony BMG está obteniendo información sobre los usuarios.

En los casos en que se trate de datos de carácter personal, el responsable del tratamiento deberá cumplir las exigencias de la LOPDP, entre ellas, el deber de información y la necesidad del consentimiento del afectado. Pero hay que tener en cuenta, que aún cuando no sea de aplicación la LOPDP (por ejemplo, porque se trate de personas jurídicas) tendrán que seguir cumpliendo las exigencias del artículo 22.2 LSSICE: información clara y completa sobre su utilización y finalidad y ofrecimiento de un procedimiento sencillo y gratuito para rechazar el tratamiento de los datos[24].

En primer lugar, antes de que el afectado preste su consentimiento debe ser informado, según el artículo 5 LOPDP, de modo *expreso, preciso e inequívoco* sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Ya ha quedado establecido que el

22 DUSSOLIER, S.: *Legal Aspects of Electronic Rights Managements Systems* in http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/Dusollier%204.pdf

23 Así también se establece en la demanda presentada por el caso en Ontario, Canadá: *"Sony BMG's "Media player" in order to playback the CDs is spyware, in that when launched from the CD, Music Player sends information back to Sony BMG indicating which album is being played"*.

24 En este sentido, *vid*. GRIMALT SERVERA, P.: *Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos* (Capítulo VIII) en AA.VV.: *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*. Granada, 2005. Editorial Comares, páginas 180 y 181.

artículo 22.2 LSSICE también exige que se informe de forma clara y completa sobre la utilización y finalidad del almacenamiento de datos. Esta exigencia de información ha de interpretarse en el sentido del artículo 5 LOPDP[25].

Una vez informado el afectado deberá prestar consentimiento *inequívoco* para el tratamiento de sus datos de carácter personal –con las excepciones del artículo 6.2 LOPDP– y este consentimiento, de acuerdo con el artículo 3 h) tiene que ser una *declaración de voluntad libre, inequívoca, específica e informada.* Y si el titular trata datos especialmente protegidos, artículo 7 refuerza formalmente los requisitos de este consentimiento.

En el caso de Sony, el consumidor no es consciente de que se está instalando en su ordenador el *rootkit*, entonces parece claro que no ha dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos. No se cumplen los requisitos de información previa y consentimiento que la LOPDP exige para el tratamiento de datos de carácter personal. Estos ficheros quedaran instalados aunque el usuario decline el acuerdo del EULA (*End User License Agreement*) presentado posteriormente. Uno de los ficheros es instalado y ejecutado. Se trata de un driver a nivel de kernel con el nombre de "sbcphid". Al ejecutarse, intenta bloquear las aplicaciones de copia de CD para que no puedan proceder a la lectura de las pistas de audio.

Ya se ha dicho que, en la mayoría de ocasiones, el usuario ni siquiera sabe que tiene instalado un *spyware* o puede haberlo aceptado con las condiciones generales (o licencia de uso) del programa con el que se instala. En este supuesto realmente no está claro que nuestro usuario haya aceptado. Es más, el EULA establecía que no se recogían datos de carácter personal, lo que era falso.

¿Cómo puede solicitarse este consentimiento? Ya se ha dicho que, en la mayoría de ocasiones, el usuario ni siquiera sabe que tiene instalado un *spyware* y en otras, puede aceptarse en las condiciones generales (o licencia de uso) de un programa gratuito con el que se instala. En este supuesto realmente nuestro usuario ha aceptado. La duda que se plantea es: ¿Vale un consentimiento prestado aceptando las condiciones generales de un determinado contrato? ¿Variaría la situación al estar ante un contrato gratuito? ¿Se tienen que rebajar por ello estas exigencias? En principio, parece que no. En este aspecto hay que tener en cuenta, inevitablemente, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), pudiéndose plantear distintos supuestos: en el caso de que la cláusula en cuestión no cumpla el control de inclusión, según el artículo 7 LCGC, la cláusula no queda incorporada al contrato y entonces no se tiene el consentimiento del usuario. Otro supuesto, podría ser aquel en el que la cláusula se considere abusiva. En este caso la cláusula en cuestión sería nula, aunque es dudoso que pudiera considerarse cláusula abusiva en este caso concreto (artículo 8.2 LCGC). Por otra parte también son nulas las cláusulas que contradigan una ley imperativa (teniendo en cuenta que los principios relativos

25 En este sentido, *vid*. GRIMALT SERVERA, P.: *Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos* (Capítulo VIII), cit., página 180.

al tratamiento de datos de carácter personal son imperativos). El problema en este caso está más en la forma (control de inclusión) que en el fondo (control de contenido); es decir, aún cuando la cláusula no sea abusiva y la haya aceptado el usuario no parece que este sea el modo adecuado para prestar el consentimiento ya que según el artículo 22.2 LSSICE se informará a los destinatarios *"de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad"*; además de la información previa *expresa, precisa e inequívoca* y del consentimiento *"inequívoco, específico e informado"* que requiere la LOPDP para el tratamiento de datos personales. Se plantean serias dudas sobre la adecuación de esta forma de prestar consentimiento a los requisitos exigidos por la LSSICE y la LOPDP[26].

3. Utilización y finalidad del almacenamiento de datos: Fines legítimos, finalidades incompatibles (LOPDP) y la problemática del *spam*

Si bien es difícil establecer con exactitud que hacen estas empresas con los datos que han conseguido con estas técnicas, sí se puede tener en cuenta lo interesantes que pueden resultar estos datos para algunas empresas de publicidad (en el caso del *spyware* van desde el número de conexiones, su duración, las páginas visitadas, las descargas de archivos efectuadas hasta la dirección de correo electrónico, la identificación IP, número de teléfono al que se realiza la conexión y contraseña, listado de todo el software instalado[27]) o en el caso de las direcciones de correo electrónico para los *spamers*. Por ello hay que tener en cuenta las normas que se expondrán a continuación.

El artículo 22.2 LSSICE establece que en el caso de almacenamiento de datos por parte del prestador de servicios, éste tiene que informar de forma *"clara y completa"* sobre la utilización y finalidad del almacenamiento de datos (si el usuario ni siquiera sabe que se ha instalado un *spyware* difícilmente se le notificará que va a ser de sus datos). Si a ello le unimos las exigencias de la LOPDP, que ya se ha visto que, en la mayoría de los casos, va a ser aplicable, resulta que el responsable del tratamiento que quiera ceder los datos a un tercero sólo podrá hacerlo previo consentimiento del interesado y siempre que se cedan para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas

26 Vid. Grimalt Servera, P.: La contratación en masa en Internet: el consentimiento de los consumidores para el tratamiento de sus datos en una condición general en "Autores, Consumidores y Comercio Electrónico". Madrid, 2004, páginas 235 a 249. Vid. Grimalt Servera, P.: Deberes y responsabilidades en materia de protección de datos (Capítulo VIII), cit., página 194.

27 La combinación de técnicas como el *spyware* o los *web bugs* junto con las *cookies* pueden obtener gran cantidad de datos respecto a un usuario. El peligro está en el uso que se haga de ellos. Respecto al tema de las *cookies*, en Estados Unidos se produjo una gran polémica cuando la empresa *Doubleclick* decidió asociar la información obtenida con las *cookies* a una gran base de datos que contenía millones de domicilios americanos. La mencionada empresa tuvo que dar una dirección donde los usuarios pudieran darse de baja.

del cedente y del cesionario, según establece el artículo 11 LOPDP, con algunas excepciones. Además, será nulo el consentimiento cuando la información que se facilita al interesado no le permita conocer la finalidad a la que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar. A las finalidades del tratamiento de datos se refiere el artículo 4, lo que debe tenerse en cuenta para la licitud del tratamiento.

Para que el tratamiento de datos mediante *cookies* u otros sistemas de tratamiento de información sea lícito sólo se podrán recoger datos para su tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el *ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido* (artículo 4.1 LOPDP). Los datos objeto de tratamiento no podrán usarse para *finalidades incompatibles* con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado y serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios para la finalidad para la que hubieran sido recabados. Con ello se plantea otra cuestión: el tema de la caducidad en el tiempo de las *cookies* y respecto a los *spyware* ya se ha apuntado que pueden seguir funcionando incluso una vez desinstalado el programa gratuito con el que se ha instalado en nuestro sistema. En el caso de Sony, ¿Cuál es la utilización y finalidad del almacenamiento de datos? ¿la protección de los derechos de autor? (Entonces, en nuestro caso, cuando no se está reproduciendo el CD al que pretenden proteger no debería enviar información sobre el usuario) ¿Establecer el número de copias para salvaguardar los derechos de autor o tiene, además, otros fines?[28]

28 Según "Working document on data protection issues related to intellectual property rights" (Article 29 Data Protection Working Party, January 18, 2005): *"Users will for example, often have to identify themselves before being able to download a song from an official provider, and their profile will be completed with information collected through the unique identifier included in each piece of music downloaded by the user. […] Some ECMS ("Electronic Copyright Management Systems") are monitoring every single act of reading, listening and viewing on the Internet by individual users thereby collecting highly sensitive information about the data subject concerned"*. Además: *"Directive 95/46 on the protection of personal data provides for several principles that shall be complied with by any right holder in such case where personal data are being processed. Article 2 (3) (a) of Directive 2004/48/EC, on the enforcement of intellectual property rights confirmed the principle that the Directive 2004/48/EC does not affect Directive 95/46 and therefore the application of the data protection principles. Focus will be put in this document on the necessity principle and the need for anonymous access to network services, on the transparency principle, the compatibility of purpose and the limitation regarding storage of data. […] The Working Party emphasises that, where DRM technologies are used in order to protect specific information, tolls should be used that preserve the anonymity of the user. Grater attention should therefore be paid to privacy enhacing technologies while developing these new tools. […] Pursuant to article 10 of Directive 95/46, no information can be collected regarding data subjects without them being informed about several elements, and in particular, the identity of the controller, the purpose(s) of the processing, the recipients or categories of recipients of the data and the existence of a right of access and rectification of the data". ("Working document on*

Parece que ni en el caso de que los datos se comercialicen por motivos publicitarios ni en el caso de que los *spamers* puedan obtener direcciones de correo electrónico conseguidas con los *mail bugs* se están utilizando los datos ni para fines legítimos ni para finalidades compatibles con el tratamiento. Teniendo en cuenta, además, que el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas se prohíbe en nuestro ordenamiento, salvo excepciones, si el destinatario no ha prestado su consentimiento (artículo 21 LSSICE)[29].

4. Análisis jurídico desde la perspectiva de la protección de los consumidores

Desde la perspectiva jurídica de la protección de los consumidores se van a destacar algunos puntos del funcionamiento de los sistemas utilizados por Sony que podrían vulnerar la normativa sobre la materia. Son los siguientes:

a. El consumidor no ha sido informado del contenido del producto en el momento de la compra[30]. En el caso de MediaMax, antes de la presentación del EULA, instala un conjunto de ficheros en el disco duro del usuario, que quedaran instalados aunque el usuario no acepte el acuerdo del EULA.

De acuerdo con la normativa sobre protección de los consumidores, en concreto el artículo 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU) se puede extraer que éstos deben ser informados de manera clara y comprensible sobre las características esenciales del producto (entre ellas, *"instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles")*. En el caso que aquí se estudia, el consumidor no es informado correctamente sobre las características del producto adquirido, no es consciente de que se está instalando

data protection issues related to intellectual property rights" (Article 29 Data Protection Working Party, January 18, 2005).

29 *Vid*. Paniza Fullana, A.: *Comunicaciones comerciales no solicitadas y marketing directo: el sistema opt out como excepción. (Correo Electrónico y mensajes SMS con fines publicitarios* en "Avances en Criptografía y Seguridad de la Información"**.** Madrid, 2004, págs. 437 a 445. Y *vid.* Paniza Fullana, A. y Payeras Capellà, M.: *Unsolicited Commercial Communications and Direct Marketing. E-mail and SMS for Marketing Purposes* en "E-commerce 2004. (Proceedings of the IADIS International Conference E-commerce 2004)". Lisbon, 2004, págs. 261 a 268.

30 Según se afirma en la National Consumer Council submission to the All Party Internet Group inquiry into Digital Rights Managements: *"This use of DRM may have a detrimental effect on consumer's ability to use their hardware for uses that are unconnected to the supposed rights infringing behaviour that the technology is meant to constrain. Where, for instance, computers are not running the most up-to-date version of various software packages, the DRM software may require these upgrades to be made before allowing use. This forces consumers to spend extra time, effort and money to use the product that was originally purchased. It also forces consumers into choices over software that is far from free, or informed. Indeed consumers may be forced to accept unfavourable contract/licensing terms through the up-date if they want to continue to use the software"*. (Vid. http://www.ncc.org.uk/intellectualproperty/digitalrightssubmission-final.pdf).

en su ordenador un determinado *software* y no se informa en ningún momento de los daños que este *software* puede ocasionar[31].

Según la demanda presentada en California[32], la actuación de Sony va en contra de lo establecido en la *Consumer Legal Remedies Act (CLRA)* ya que estas acciones y conductas se enmarcan en transacciones resultado de la venta de bienes y servicios a los consumidores y:

- Sony ha utilizado prácticas engañosas en la venta y publicidad de los CDs XCP y Media Max.
- Sony ha presentado los CDs con características, usos o beneficios que realmente no tenían.
- Algunas o todas las cláusulas del EULA no son conocidas por el usuario.
- Sony no ha mostrado información sobre las herramientas XCP y MediaMax de los CDs, sobre la instalación del programa "*rootkit"* y sus efectos sobre el ordenador de los usuarios ni como desinstalarlo en el caso de problemas de seguridad y privacidad.
- Prácticas desleales y en contra de la buena fe en la venta de los CDs a los usuarios

En la demanda presentada en Texas[33] se tiene muy en cuenta la *Consumer* Protection *Against Computer Spyware Act* y destacan como conductas en contra de aquella Ley: ofrecer a la venta o vender bienes que incluyen o instalan *software* que infringe aquella norma (*spyware*).

La demanda presentada en Ontario, Canadá, se fundamenta en el incumplimiento de la *Consumer Protection Act*:

- Prácticas desleales, incluyendo falsedades sobre las características principales del producto.
- Los usuarios esperan que los CDs puedan ser usados dentro de lo que razonablemente puede esperar el usuario en este tipo de productos, lo que debería venir indicado en la caja del CD o de alguna manera que se pueda conocer.
- Desequilibrio entre las partes y, en general, falta de información sobre su verdadero funcionamiento.

b. Pero además, hay que abordar el tema desde la perspectiva de las condiciones generales de la contratación[34]. En el caso descrito de MediaMax, el

31 *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J.J.: *La copia privada frente a las medidas tecnológicas de protección* en "Revista de la Propiedad Intelectual", número 20, página 74.

32 *Vid*. http://www.eff.org/IP/DRM/Sony-BMG/sony_complaint.pdf

33 *Vid*. http://www.oag.state.tx.us/newspubs/releases/2005/112105sony_pop.pdf

34 Lo que no ocurre en Texas ya que se aplica una norma específica sobre *spyware* y protección de los consumidores.

EULA anuncia que, en el momento del acuerdo, el CD instala el software automáticamente con el objetivo de proteger los ficheros de audio incluidos en el CD. También indica que una vez instalado permanecerá en el disco hasta ser desinstalado o borrado. A pesar de todo ello, el software se instala antes de aceptar las condiciones y difícilmente se puede desinstalar.

Todo ello choca con la normativa sobre condiciones generales: la LCGC y la LGDCU en estos casos en que la otra parte es un consumidor[35]. ¿Cuándo puede conocer el usuario las condiciones generales? ¿Cuándo se aceptan? Se aceptan en un momento posterior a la instalación del software con lo que parece que vulneraría el conocido como control de inclusión y, además, el consumidor tiene que aceptarlas si quiere escuchar el CD, no le queda otra posibilidad. Además, desde la perspectiva del control de contenido: ¿podría considerarse abusiva una cláusula que establezca la necesidad de instalación de un programa de las características que se han descrito para poder escuchar la música de un CD comprado y usado legítimamente? ¿Hasta dónde llega la protección de los derechos de autor y hasta dónde deben protegerse los derechos de los consumidores?

5. La vía penal

Para abordar el caso de Sony desde la perspectiva penal, es importante tener en cuenta que en el caso de que se utilice la herramienta XCP, el *rootkit* es un filtro de driver que intercepta todas las llamadas a procesos y listados de registro y directorio. Estas llamadas son modificadas con el objetivo de esconder todos los ficheros claves y registros que empiecen por sys, por lo que degrada el comportamiento del ordenador, pudiéndose producir sobreescrituras de memoria, fallos en aplicaciones que utilizan esa memoria o errores en el sistema operativo.

Con esta descripción, parece que se producen daños, por lo que podríamos estar en el supuesto tipificado en el artículo 264.2 del Código Penal (*"la misma pena* (pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses) *se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos").* Parece claro que estas consecuencias no deberían formar parte de lo que se entiende por medidas tecnológicas de protección. De hecho, en Italia la reclamación se ha hecho por vía penal. Concretamente, según sus argumentos la conducta de Sony BMG

35 En el EULA de los CDs de Sony se puede leer*: "As soon as you have agreed to be bound by the terms and conditions of the EULA, this CD will automatically install a small proprietary software program (the "SOFTWARE") onto YOUR COMPUTER. The SOFTWARE is intended to protect the audio files embodied on the CD, and it may also facilitate your use of the DIGITAL CONTENT. Once installed, the SOFTWARE will reside on YOUR COMPUTER until removed or deleted. However, the SOFTWARE will not be used at any time to collect any personal information from you, whether stored on YOUR COMPUTER or otherwise".*

puede subsumirse en el artículo 392 del Código Penal italiano, entre otros artículos, por *"alterar, modificar o cancelar un programa informático o impedir o interrumpir el funcionamiento de un programa informático"*[36].

III. Conclusiones

Según el ordenamiento jurídico español -a diferencia de los que ocurre en otros países en los que se ha optado por prohibir su uso- la utilización de estas nuevas técnicas, como los *spyware* o *web bugs*, no es ilícita, siempre que se cumplan una serie de presupuestos. Presupuestos que actúan como garantía de los derechos de los afectados, que se intensificarán en el caso de que entre la información obtenida por ellos se encuentren datos de carácter personal y sea aplicable la LOPDP. Si realmente se cumplieran las exigencias establecidas por las normas, aplicando las sanciones en caso de incumplimiento, el afectado podría quedar protegido. De momento, el debate sigue abierto.

Según el artículo 22.2 LSSICE el afectado debe obtener información "clara y completa" sobre la utilización y finalidad del almacenamiento de datos (todo ello entendido en el sentido de la LOPDP), también se le ha de ofrecer un procedimiento sencillo y gratuito de oposición. Teniendo en cuenta que el afectado -a menos que tenga instalado un software específico para ello- no es consciente de que tiene instalado un programa *spyware*, se puede concluir que no se cumplen los requisitos que exige la LSSICE.

En el caso de que se obtengan datos de carácter personal dentro del ámbito de aplicación de la LOPDP, las exigencias se multiplican. Su incumplimiento, en el caso español, debería conllevar las consiguientes sanciones por parte de la Agencia de Protección de Datos.

Por su parte, la protección de los derechos de autor mediante medidas tecnológicas se tiene que poder conjugar con toda la normativa relativa a la protección de los consumidores y a la protección de datos de carácter personal. Encajar los distintos intereses no es tarea fácil, pero no puede haber una extralimitación en el uso de estas técnicas. El principal problema que se plantea con todo ello es el de la delimitación del propio concepto de medida tecnológica, incluso antes de plantearse sus posibles excepciones.

La cuestión, como ha quedado planteado, ya ha tenido sus repercusiones en otros países, y de un análisis comparativo puede extraerse que las prácticas descritas en las páginas anteriores se consideran como una extralimitación que puede conllevar una vulneración de los derechos de los consumidores. Lo que se concreta en prácticas desleales, engañosas y contrarias a la buena fe; falta de información respecto a los productos adquiridos por los usuarios; falta de conocimiento por parte del usuario de algunas cláusulas, etc., lo que puede provocar un desequilibrio entre las partes. A todo ello se le une la problemática

36 *Vid.* http://www.alcei.org/index.php/archives/107

de los datos de carácter personal al obtener la empresa en cuestión la dirección IP del usuario. En este caso falta el consentimiento del usuario para el tratamiento de sus datos, requisito necesario, salvo algunas excepciones, según la LOPDP, además de no quedar claramente establecida la finalidad para la que se han obtenido, que debería estar restringida, en principio, a la protección de los derechos de autor.

Consideraciones legales y comerciales sobre VoIP en Colombia

"Algunas empresas, al parecer, según las reclamaciones, con el pretexto de prestar servicios de valor agregado, están prestando servicios básicos, con el argumento de que la transmisión de la información tiene determinadas características técnicas, que como se dijo, son propias de la red y no del servicio, y que por lo tanto, no corresponde a lo ordenado en las normas citadas que regulan el servicio de valor agregado"[1].

León David Yaya Narváez[2] y Jeimy J. Cano M.[3]

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consideraciones sobre la operatividad de la tecnología *Voice over Protocol Internet* VoIP en contraposición al Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC). 2.1. Funcionamiento de la tecnología. 2.2. Consideraciones sobre seguridad de VoIP. 2.3. Ventajas y desventajas. 2.4. Conclusión. 3. Consideraciones Jurídicas. 3.1. Tratamiento Jurídico de VoIP en España. 3.2. Tratamiento jurídico de VoIP en EUA. 3.3. Reflexión sobre la necesidad de legislación sobre tecnologías. 4.. Panorama jurídico y comercial para los empresarios, usuarios, y estados. 5. Consideraciones sobre el funcionamiento del VoIP en Colombia. 5.1. Cómo está clasificado jurídicamente? SVA o TPBA. Conveniencia de la clasificación para operadores de TPBC. 5.2.. Legalidad en la venta de equipos de VoIP. 5.3. Consecuencias jurídicas posibles: derecho de las telecomunicaciones y derecho penal. 5.4. Costos y realidad jurídica y comercial. 6. Recomendaciones y conclusiones jurídicas y comerciales para VoIP en Colombia.

Recibido: 25/01/2006 •Aceptado: 14/02/2006

1 MIRANDA LONDOÑO, Alfonso (2003). Telefonía de larga distancia internacional utilizando el protocolo Internet en el derecho colombiano. En Lecciones en Materia de Telecomunicaciones, Universidad Externado de Colombia, Pág. 71.

2 Abogado, Universidad de los Andes. Asistente Oficina Héctor Falla Urbina. davidyaya@gmail.com.

3 Ingeniero y Maestría en Sistemas y Computación de la Universidad de los Andes. Ph.D en Administración de Negocios. Newport University, CA –USA. Profesor Investigador Grupo de Estudios en Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática – GECTI. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Miembro del Consejo Asesor de Alfa-Redi. jcano@uniandes.edu.co

Resumen

Este documento presenta el resultado de un trabajo de investigación desarrollado alrededor de las consideraciones legales y comerciales de los servicios de voz sobre IP (VoIP) en Colombia. Para ello se revisaron aspectos técnicos de seguridad de la información, las implicaciones jurídicas, revisadas en derecho comparado, y financieras de los mismos. Basado en esta revisión se formulan sugerencias y conclusiones que establecen un marco de reflexión abierta sobre estos servicios y su operacionalización en Colombia.

Palabras clave: *Voice over Internet Protocol* (VOIP). Internet. Comunicaciones telefónicas. Seguridad de la información.

Abstract

This document shows the results of a research about the legal and commercial considerations of Voice over IP (VoIP) services in Colombia. With this goal the technical aspects of information security, the legal, comparative law and financial implications were researched. Based on this document suggestions and conclusions are presented, they establish a framework for free reflection about these services and its possible operation in Colombia.

Keywords: *Voice over Internet Protocol* (VoIP). Internet. Telephone communications. Information Security.

1. Introducción

No se exagera al establecer que la información y su potencial acceso son un criterio diferenciador de vitalísima importancia en el contexto social, cultural, jurídico y económico actual de una sociedad. Las posibilidades y la efectividad de las comunicaciones entre personas (naturales y jurídicas), son proporcionales al éxito que puede obtener cualquier empresa, en el sentido económico y jurídico del término, desde querer cerciorarse del bienestar de su propia familia, hasta desarrollar el ambicioso objeto social de una sociedad comercial.

Es ostensible el crecimiento exponencial en los últimos años dentro del terreno de las telecomunicaciones, técnicos y tecnológicos de cardinal importancia, obviando la rueda (y todo lo que de allí provino), la electricidad, las armas, el telégrafo y el teléfono, luego fue el computador (que en sus inicios ocupaba pisos enteros), y el *"Internet"* que deja la irónica reflexión de cómo aprender a destruirnos en algunos casos ha podido construirnos.

Si bien la concepción del *Transmission Control Protocol* (TCP) y el *Internet Protocol* (IP) constituyó una fuente de beneficios en términos de acceso a la información, hubo problemas correlativos a la obtención de sus beneficios, entre

ellos los jurídicos, ya que el Derecho de ningún estado puede estar habilitado para asimilar oportunamente estos cambios. De hecho, la única manera de anticiparlos de forma consciente ha sido mediante la toma de decisiones enfocadas a no legislar sobre el particular. No obstante lo anterior, el TCP y el IP han avanzado hasta el punto de incorporar elementos multimediales en WEB y demás, sin que no haya sido el límite: está abierta la posibilidad de conversar y ver a otra persona en tiempo real con cualquier parte del mundo a costos bastantes reducidos y con ventajas enormes que luego encontrarán descripción, lo que ha hecho del VoIP *(Voice over Internet Protocol)* una importante *tecnología* a prestar y a adquirir.

El panorama es cambiante, VoIP ha tenido un papel más que preponderante en el devenir actual de las comunicaciones, su importancia económica aumenta a niveles insospechados por el Estado colombiano, y amenaza (sin que ello sea perverso en sí mismo) con la desaparición de la Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (TPBCLE), Larga Distancia Nacional (TPBCLDN), y Larga Distancia Internacional (TPBCLDI) como las conocemos hoy en día, ya que sus costos de operación la convierten en una opción competitiva por lo menos en cuanto a precios. Y del otro lado, la masificación del servicio de Telefonía Móvil Celular (TMC), que se ve reflejada en la disminución de su costo al usuario final, también está llamada a eclipsar a la prestación actual de telefonía local, y a un sector de la Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (TPBCLE) y de la Larga Distancia Nacional (TPBCLDN).

VoIP generó en el año 1999, negocios por el orden de 263 millones de dólares en Europa, para el año 2006 alcanzará los 91.480 millones de dólares (Frost&Sullivan), en el año 2000 VoIP absorbió el 3% de las comunicaciones de larga distancia en Estados Unidos y el 5% en Europa y la facturación conjunta llegó a los 3.000 millones de dólares, se marcaron 12.500 millones de minutos a través de VoIP y la progresión es que el 25% de las llamadas se haga a través de IP y que para este año haya igual número de líneas telefónicas que usuarios de la Red, y que en apenas 2 años el 90% del tráfico sea de datos[4], lo que no equivale a decir que habrá menos tráfico de voz, solo que el tráfico de datos prosperará más rápidamente, al paso que seguirán implementándose dispositivos más competitivos que utilizarán los protocolos de Internet.

Como deja ver el título, se discurrirá a lo largo de este documento sobre el devenir legal y comercial de la tecnología denominada VOZ SOBRE PROTOCOLO DE INTERNET (VoIP), tecnología que al igual que muchas otras, da un valor agregado económico a proveedores y usuarios, al constituir en resumida cuenta, una forma de *hablar por teléfono*, a un costo mínimo.

4 ACIEM (2004). Archivos vinculados al Seminario sobre VoIP de que tuvo lugar en el Hotel Tequendama en el mes de septiembre de 2004. Interlocutores: Alfredo Fajardo Muriel, Andrés Montoya, Douglas Velásquez, Germán Darío Arias, José Otero, Julián Cardona, Mauricio López y Scout Macías.

En el ambiente tecnológico y comercial actual, sobresale la exigencia de usuarios a empresas a ser eficientes en la prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro de los linderos del *concepto de costos eficientes y complementado por la regulación con un factor de ajuste por calidad y otro por productividad*[5], lo que impone el uso de tecnologías para aumentar la productividad de los sectores público y privado como condición de competitividad (Mincomunicaciones) cuando sea técnica y económicamente posible de acuerdo con la citada ley, que constituye un incentivo al uso de la herramienta VoIP para ofrecer precios competitivos; valga aclarar que esta competencia no sólo se predica de sociedades que han pagado cuantiosas contribuciones al Estado (Mincomunicaciones y CRT) para la concesión del servicio público de Telefonía Pública Conmutada Larga Distancia Nacional (TPBCLDN) e Internacional (TPBCLDI), algunas de ellas, fueron constituidas con dineros provenientes de diversas personas de derecho público.

La incursión en la prestación de VoIP de ORBITEL S. A. E. S. P., EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ S. A. E. S. P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P., quien escindirá próximamente su división de telecomunicaciones y lanzará al mercado la transmisión de videollamadas a través de VoIP, la consecución de un socio comercial para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S. A. E. S. P. (antes TELECOM) so pretexto de su inviabilidad técnica y financiera, y la negociación de un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, en el que sin duda se harán valer los intereses de grandes multinacionales del sector de las telecomunicaciones que ambicionan ingresar en el mercado colombiano de manera prácticamente irrestricta, componen el ambiente necesario para que se dé una verdadera competencia en cuanto el costo, la calidad y la seguridad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones (en su orden).

También es una realidad ineludible que muchos de los conmutadores utilizados, realmente sirven a los propósitos de personas jurídicas y naturales que prestan el servicio público de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC), con fines estrictamente comerciales. Los minutos son vendidos a precios equivalentes como si la llamada se efectuara a través de la Red Telefónica Básica (RTB) o Red de Telefonía Pública Conmutada (RTPC), pero que originalmente ahorra el 93,5% en costos de conmutación, 50% en los de transmisión y 41,2% en los de operación mediante la utilización de VoIP[6]; hay sistemas de prepago

5 Ver: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 142 DE 1994 (julio 11) Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. En: Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994. Bogotá: Imprenta Nacional, 1994; y, DUQUE SAMPER, María Paula (2004). ¿Y las empresas de telefonía fija qué?; En: Reflexiones y tendencias del Sector de Telecomunicaciones, Universidad Sergio Arboleda, p. 41.

6 COLOMBIA. MINISTERIO DE COMUNICACIONES (2004). Serie de Cuadernos de Política No. 2 "Borrador para discusión, no comprende la posición oficial del Ministerio de Comunicaciones de Colombia".

que ofrecen el uso de la tecnología VoIP y por su conducto el servicio TPBC, y en pequeños grupos, se presta también bajo la modalidad de postpago.
En este orden de ideas, resulta de vital relevancia analizar las ventajas y desventajas técnicas de VoIP contra TPBC; el aspecto jurídico comparado en latitudes representativas para el contexto colombiano como son Estados Unidos y España, aunado al debate de si es necesario legislar sobre el particular y hasta qué punto, y qué necesitan los diversos actores que usan esta tecnología para prestar servicios de telecomunicaciones desde el punto de vista jurídico; Se estudiará el mercado de VoIP en Estados Unidos y España y una visión macro de lo que se asume deseable comercialmente; un informado análisis jurídico y comercial del caso colombiano, abarcando la clasificación de VoIP según su rol jurídico y político dentro de la dinámica de los servicios de telecomunicaciones, la necesidad de dicha clasificación, la legalidad de venta de equipos VoIP y su correlativa destinación clandestina, una ampliación del panorama comercial, para poder finalizar con recomendaciones expresas, dirigidas a la prestación óptima de la tecnología para todos los actores que en esta operación intervienen (operadores, usuarios y estado colombiano).

2. Consideraciones sobre la operatividad de la tecnología *Voice over Internet Protocol* (VoIP) en contraposición al Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC)

2.1. Funcionamiento de la tecnología

VoIP es una *tecnología* de reciente aparición, que tiene entre otras, la particularidad de permitir efectuar *"llamadas telefónicas"* a través de Internet, convirtiendo la señal de voz en datos digitales codificados en el protocolo IP que se pueden transportar a través de la red de Internet. Ésta tecnología admite la transmisión de la voz a través de redes IP en forma de paquetes de datos de aplicación telefónica, dirigiendo voz sobre una red inicialmente diseñada para la transmisión de datos, que por ocupar un menor ancho de banda que una llamada convencional, cede reduciendo los costos de la comunicación[7], mediante un protocolo que puede resumirse así:

a. Los sonidos concebidos en cualquiera de las fuentes se convierten paquetes de datos digitales por medio de un PC o dispositivo de multimedia.
b. Los paquetes de datos son comprimidos y posteriormente enviados a través de una red diseñada con el protocolo IP (forma de originar y enviar datos en una red, en la cual los datos se transmiten en paquetes que contienen, información de direccionamiento y enrutamiento, principios fundamentales

7 COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (2003), Concepto 2003-30246.

que hacen posible mancomunar una red entre dos o más dispositivos), bien sea mediante la interacción de dicho dispositivo de multimedia o un computador con capacidad de interpretar dicho protocolo.

c. Previa descarga en su destino, dichos paquetes de datos son procesados por otro dispositivo afín para reconvertirla en sonido, configurando dos vías en la comunicación.

Dada la multiplicidad de opciones técnicas existentes para la utilización de VoIP, se relacionan a continuación las posibilidades en el desarrollo de las llamadas, derivadas de la combinación de equipos al momento de efectuar las llamadas: a) PC a PC; b) PC a Teléfono; y, c) De Teléfono a Teléfono.

De lo anterior, subsiste la necesidad de analizar las características técnicas de VoIP frente al servicio TPBCLDI, toda vez que como se anticipó, con la desaparición de la distancia en Internet, VoIP está llamada a evolucionar el modo actual de prestación de las llamadas de larga distancia (TPBCLDN y TPBCLDI) efectuadas a través de la RTPC.

A diferencia de VoIP, la TPBC opera mediante una RTPC por circuitos y verticalmente jerarquizada, que puede ser local, local extendida o larga distancia nacional; a esta tienen que conectarse todos los operadores del servicio, sin perjuicio de que ofrezcan el servicio público de TMC.

La llamada a través de la red telefónica normal, se inicia mediante señales análogas u ondas de sonido electrónicas, que pasan a formato digital (por ejemplo series de unos y ceros), creando un circuito fin a fin (*end to end*), que establece una conexión física entre quien llama y quien contesta, a través de cables interconectados, unidos a otros cables, enlazados por alternadores o "*switches*" de la RTPC. El circuito existe durante la llamada hasta que se cuelgue, y está únicamente habilitado para la transferencia de señales de voces, que se siguen entre quienes participan en la llamada. La necesaria conexión directa entre terminales del circuito, genera que un usuario se encuentra atado a un número de teléfono, que a su vez se encuentra ligado a una dirección física.

Una llamada a través de VoIP por su parte, se hace a través de las diferentes redes o "*networks*" que componen Internet, esto ocurre a través de un enrutador o un "*switch*", que opera a través de un proveedor de VoIP, que asimila un número de teléfono con una dirección IP. El contenido de las llamadas de VoIP son paquetes de datos transmitidos de forma individual, que si bien tienen una codificación interna, no dejan de ser paquetes individuales de datos, más no en secuencia como los dígitos de las llamadas por RTPC, permitiendo la combinación de la movilización de la voz como mensaje de datos, con otros servicios como recepción de datos adicionales, consulta de páginas *web* mientras se recibe una llamada, y la posibilidad de recibir una llamada en cualquier dirección IP.

Las redes no se consideran ya como sistemas de transmisión de voz, sino de datos, y, en la medida en que la tecnología se ha convertido de analógica a digital (que convierte y transporta los datos como combinaciones de unos y ceros, o

BITS) las redes sirven para prestar servicios como vídeo, móvil, fijo, y sonido. La conmutación es entonces, el centro de las telecomunicaciones, al dotar las centrales la posibilidad de hacer y recibir llamadas, que son el servicio básico, por medio de las cuales las redes transportan información que las diferentes terminales convierten en servicios claramente diferenciables, a los que se da el nombre de servicios de valor agregado (correo electrónico, buzón electrónico, intercambio de archivos entre computadores, y comunicación con Internet)[8], que deben ser prestados en condiciones confiables.

2.2. Consideraciones sobre seguridad de VoIP

Para este análisis habrá de tenerse en cuenta que *"en el contexto de la era de la información, el ser humano es y será lo que reflejen sus datos personales o lo que se interprete de ellos"*[9], y que el desarrollo de los fines estatales no puede estar aislado de la protección de los datos personales mediante su tratamiento leal y lícito en todas las ocasiones frente al Estado y sus asociados. VoIP es una tecnología bastante compleja y específica: 1. Para que se pueda usar VoIP, es necesario tener habilitada una conexión a Internet por lo menos durante el momento en el que se pretenda efectuar o recibir una llamada. 2. Es necesario tener alguno (s) de lo (s) siguiente (s) equipo (s): 2.1. Un computador (PC) con acceso y conexión a Internet; 2.2. Un teléfono especial para VoIP que se conecta al módem como un PC y tiene acceso a Internet ó; 2.3. Un adaptador especial que permite usar la VoIP, a través de un teléfono regular, dicho adaptador enlaza el teléfono regular al módem, convirtiendo la voz en datos. Adicionalmente a estos aparatos básicos, se pueden requerir componentes como enrutadores que transporten la voz al módem y firewalls.

El *National Institute of Standards and Technology*[10] (NIST, 2005), en una recomendación acerca de las consideraciones de seguridad en la comunicación de VoIP:

> *VOIP systems include a large number of other components, including call processors (call managers), gateways, routers, firewalls, and protocols. Most of these components have counterparts used in data networks, but the performance demands of VOIP mean that ordinary network software and hardware must be supplemented with special VOIP components.*

8 PALACIOS MEJÍA, Hugo (1999). El derecho de los servicios públicos, Bogotá, Biblioteca Derecho Vigente.

9 REMOLINA ANGARITA, Nelson (2005). "Censos, estadísticas y datos personales en la era del gobierno electrónico", en: *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* No. 1, p. 207.

10 KUHN, Richard, WALS, Thomas J., FRIES Steffen, NIST National Institute of Standards and Technology, Security Considerations for Voice Over IP Systems, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology. p. 3.

Además de los retos de infraestructura, VoIP plantea retos de seguridad, en la medida en que aunque se logre montar toda una estructura de comunicación, es un dogma *que no hay sistemas seguros, sino confiables*. En ese orden de ideas, los desafíos de seguridad que plantea la VoIP no son pocos ni menudos, y para ser enfrentados, se requiere además de una infraestructura técnica, una infraestructura de seguridad, que tenga la posibilidad de resistir incidentes de seguridad[11], pero con apego a los principios y servicios que orientan la seguridad informática: Confidencialidad, integridad, disponibilidad, autorización, auditabilidad y no repudio.

De otra parte, hay que anotar que los incidentes de seguridad pueden llevar al caos total de una empresa, estos comportan consecuencias más nefastas, en sistemas que por su inmadurez, como es el caso de VoIP, no han consolidado suficiente información para evitar vulnerabilidad y prevenir su ocurrencia.

Particularmente se considera que por lo vulnerable que puede llegar a ser un sistema de VoIP, si no se tiene una infraestructura técnica y de seguridad adecuada, se requiere cautela a la hora de implementarlo, pues para las pequeñas empresas antes de representar una ganancia y un ahorro, puede implicar grandes pérdidas, ya que VoIP podría constituir un desafío superior a lo que las condiciones técnicas y económicas le permiten.

Sobre el punto de la seguridad en la tecnología de VoIP que, *"An especially challenging security environment is created when new technologies are deployed. Risks often are not fully understood, administrators are not yet experienced with the new technology, and security controls and policies must be updated. Therefore, agencies should carefully consider such issues as their level of knowledge and training in the technology, the maturity and quality of their security practices, controls, policies, and architectures, and their understanding of the associated security risks"*[12], de lo que queda alertar a actuales y potenciales nuevos usuarios de VoIP, sobre el riesgo que implica montar una infraestructura basada en una nueva tecnología, en una empresa que carezca de protocolos de seguridad.

Es además cierto que puede haber problemas en la comunicación porque los datos se interrumpan, al menos gravemente y más si se usan programas que "a título gratuito" proporcionan servicios ilimitados a sus usuarios en los momentos de congestión y que generan silencios en las conversaciones, y cuando estos datos llegan al destinatario, interrumpen lo que aquel está diciendo y más cuando

11 Ver: COBIT (Control Objetives for Information and rellated Tecnology) Mapping: Mapping of ISO/IEC177799: 2000 With COBIT; y, Op. Cit. KUHN, Richard, WALS, Thomas J., FRIES Steffen, NIST National Institute of Standards and Technology, Security Considerations for Voice Over IP Systems, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology.

12 Op. Cit. KUHN, Richard, WALS, Thomas J., FRIES Steffen, NIST National Institute of Standards and Technology, Security Considerations for Voice Over IP Systems, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology. p. 6.

se están enviando datos que contienen audio y video porque éste último llega con segundos de retraso, aunque se están implementando los *Multiprotocol Label Switching* (MPLS) en los que enlutando la comunicación y poniéndole sellos, se logra una comunicación más eficiente; la tecnología VoIP es naciente y este tipo de problemas es apenas previsible y de lo que se entiende, corregible.

Brevemente, se colige que los riesgos más significativos a tener en cuenta al momento de desarrollar un proyecto que implique la utilización de VoIP, están vinculados con la señal no autorizada o modificación de tráfico (distorsión en la identidad, en la autoridad, de los derechos, o del contenido), el monitoreo ilegal (escucha silenciosa), los relativos a un contacto no deseado (por hostigamiento o acoso, extorsión, contenido ilegal no deseado (SPAM u otros que resulten ofensivos)), los que aluden a intercepción del servicio y modificación de datos, y, los que tienen que ver con la interrupción intencional del servicio (VOIPSA 2005). Lo anterior, haciendo la salvedad, que si bien no son previsibles todos los riesgos, estos al menos, deben ser considerados para adelantar los controles requeridos para su mitigación.

2.3. Ventajas y desventajas

El uso de VoIP es favorable toda vez que IP es el protocolo estándar para Internet, efectivo, utilizado por todos los sectores garantizando compatibilidad, hay interoperabilidad de diversos proveedores, hay uso de las redes de datos existentes, independencia de las tecnologías de transporte, digitalización de la señal análoga, potencia el uso de banda ancha[13], y además tiene las ventajas comerciales que más adelante serán revisadas.

Como desventajas se tiene que el control de la seguridad y la intimidad en VoIP es más complicado, proveer calidad es menos confiable y no hay estándares en cuanto a numeración e interconexiones de redes[14].

De lo anterior se colige que las desventajas son propias del surgimiento de la tecnología, y vale la pena matizar que cuando es necesario, VoIP arma paquetes de datos que una vez cifrados son difícilmente capturados, la telefonía IP no reside en el computador ni en el teléfono IP sino que reside en la red mediante el acceso proporcionado por un software especializado. Se acentúa esto si se tiene en cuenta la facilidad ostensible con la cual poblaciones como la colombiana se ve expuesta a la vulneración de su intimidad[15].

13 BRIGARD Y URRUTIA (B&R) (2005). Diapositivas sobre VoIP y SVA, Bogotá D. C.

14 Ibíd.

15 Op. Cit., REMOLINA ANGARITA, Nelson (2003). "Censos, estadísticas y datos personales en la era del gobierno electrónico", op. cit., p. 208.

2.4. Conclusión

Sin pretender ser excesivo, VoIP es una tecnología que permite hacer llamadas, que pueden vincular nuevas ventajas perceptibles para los usuarios, a través del empaquetamiento de datos (cuando es necesario), que permite ser estandarizado y compatible para todos sus usuarios, que es ostensiblemente barato para el operador y para el usuario en la mayoría de los casos. Sobresale por lo expuesto hasta ahora, la necesidad manifiesta de regular jurídicamente la prestación de los servicios de forma tal, que las tecnologías se acojan a la ley y no al contrario. Variados han sido los intentos en diferentes latitudes.

3. Consideraciones jurídicas

3.1. Tratamiento Jurídico de VoIP en España

La Ley General de Telecomunicaciones española permite la diferenciación entre tipos de VoIP, quedando claro que la comunicación que se asume ideal, PC-PC, ha salido completamente de la esfera de la telefonía, como es usualmente conocida.

En Consulta Pública, expresó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones CMT (Equivalente funcional de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT en España) sobre la provisión de servicios de voz mediante tecnologías IP (VoIP), fechada con el 27 de mayo de 2004, p. 6:

> *No sería hoy posible (al menos de forma sencilla) ni identificar estos tráficos como de voz ni aplicarles por tanto ningún tipo de obligaciones asociados al actual concepto de servicio telefónico ya que las comunicaciones se establecen entre los extremos mediante terminales asociados en el momento de la comunicación a nombres (pe. Direcciones e-mail) que representan direcciones IP de Red y no números de un plan de numeración telefónico, por lo que no podrían ser contemplados dentro de la definición de la directiva 2002/22 del servicio universal sobre "servicio telefónico disponible al público (STDP)".*

La UE en la *Status Notice* de 10 de enero de 1998 declaró que VoIP no se consideraría como servicio telefónico y por lo tanto no sería regulada, sin perjuicio de que al garantizar condiciones de teléfono a teléfono, fuera tenido con la regulación de los servicios telefónicos (Intven).

3.2. Tratamiento jurídico de VoIP en EUA

La Comisión Federal de Comunicaciones FCC, equivalente funcional de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones – CRT en Estados Unidos, trata los servicios de VoIP de forma funcional desde la perspectiva del usuario, es decir, que los servicios teléfono a teléfono prestados a través de VoIP se

consideran servicios de telecomunicaciones, y los operadores de dichos servicios tienen acceso a los mismo circuitos conmutados que los operadores tradicionales y por lo tanto le son impuestas las mismas cargas a los operadores locales, deben pagar los mismos cargos por concepto de acceso, y además se pretende imponer a estas empresas la implementación de la línea 911 para los usuarios.

3.3. Reflexión sobre la necesidad de legislación sobre tecnologías

Se deja a consideración del lector, la existencia de la necesidad de legislar sobre tecnologías, como VoIP, para tener seguridad jurídica en cuanto a la prestación de servicios de telecomunicaciones en tratándose del tipo de tecnología utilizada.

Redunda esta posibilidad en el grado de seguridad jurídica que podrían tener los usuarios y operadores de cada tecnología, del otro lado queda la opción que de adoptarse este sistema, operadores y usuarios estén completamente desvalidos en cuanto a la llegada o invención de nuevas tecnologías.

De legislarse sobre VoIP, se zanjaría de plano la discusión sobre si su utilización corresponde a un servicio de TPBCLDI o un SVA, pero ante la masificación de tecnologías como el *Peer to Peer* (P2P) en Colombia para dar apenas un ejemplo, no habría forma de clasificarlo, y por ende, de regularlo para que su utilización se dé en términos confiables. Lo que sí es menester resaltar, es que la legislación debe ser aplicable para los empresarios que presten la tecnología, para el usuario y para el Estado.

Piénsese también sobre la conveniencia de estandarizar las tecnologías para la prestación de cada servicio, lo que redundaría positivamente en la seguridad jurídica, pero anularía radicalmente la sostenida evolución exponencial de la tecnología durante los últimos años[16] y por ende, abstraería el devenir tecnológico de un país de la problemática existente en todo el mundo, que puede ser tan benéfico como nocivo.

4. Panorama jurídico y comercial para los empresarios, usuarios y estados

En el III Foro Mundial de Política de Telecomunicaciones (2001), el Secretario General de la UIT, Yoshio Otsumi, aportó 3 afirmaciones que ayudan a esclarecer éste acápite:

> *1. El uso de redes basada en tecnología IP trae la promesa de reducir los precios al consumidor, así como los costos de mercado para los operadores entrantes, especialmente en larga distancia y llamadas internacionales;* 2. *El mundo*

16 TECH LAW JOURNAL (2005), Senate Commerce Committee Approves VOIP 911 Bill. Consultado en noviembre 20 de 2005, en: http://www.techlawjournal.com/topstories/2005/20051102.asp

> *de las telecomunicaciones está observando cambios en su regulación y la liberalización del mercado, por lo que las políticas establecidas deberían revisarse y, de ser necesario, enmendarse a la luz de ésta nueva tecnología;* 3. *Para la mayoría de los países en desarrollo, en buena medida estados miembros de la UIT, la telefonía IP representa un dilema. Por un lado, la promesa de reducir el costo de las llamadas internacionales y traer enormes beneficios en términos de concretar la integración hacia la economía mundial y la sociedad globalmente informada. Por el otro, un impacto en los ingresos de los operadores públicos de telecomunicaciones, en especial si las empresas no están en disposición de adoptar la nueva tecnología o de hacer frente a las nuevas formas de competencia asociadas con los servicios telefónicos basados en IP*.

Como se ahondará en el capítulo siguiente, el empresario necesita seguridad jurídica para operar, si, como en el caso colombiano, se sometió a la política de concesiones onerosas que maneja el Gobierno Nacional, seguridad jurídica que debe ser oponible para el mismo Estado y para las demás personas (naturales o jurídicas) que presten o estén interesados en prestar dichos servicios.

Según el parecer del autor, habría lugar a responsabilidad del Estado si rebajara las tarifas para la concesión de los servicios en contra de los operadores que obtuvieron la concesión con anterioridad a la rebaja, ello toda vez que sufren perjuicio, no por el hecho de la competencia, sino porque el Estado estaría propiciando que la competencia se dé en condiciones desiguales, contrarias a lo dispuesto en la Constitución y la ley. El Estado no debe garantizar el retorno de la inversión, pero sí que los inversionistas puedan procurarlo en términos de igualdad.

El Estado como conglomerado social, jurídico y político, asentado sobre un territorio soberano respetado por otros Estados, entendido como todos sus asociados, debe interesarse en la eficiencia en la prestación de los servicios de TPBC, que beneficie precisamente a estos asociados, pero con ponderación adecuada entre los intereses de los usuarios en cuanto a su acceso y tarifas de adquisición, y los intereses de las sociedades que pretenden redimir las inversiones hechas, que en su momento hicieron para hacerse adjudicatarios de tales concesiones.

El beneficiario de los servicios debe ser el usuario en términos claros de operación, y confiabilidad como ya se advirtió antes, y eso es un tema que jurídicamente debe regularse con consecuencias económicas desfavorables para las empresas que no prevengan adecuadamente incidentes de seguridad.

Los altos costos de las concesiones, debe ser, la necesidad de márgenes de solvencia y liquidez suficientes en la empresas prestadoras de los servicios, para que los mismos puedan ser ofrecidos en óptimas condiciones.

5. Consideraciones sobre el funcionamiento de VoIP en Colombia

5.1 ¿Como está clasificado jurídicamente?: SVA o TPBC. Conveniencia de la clasificación para operadores de TPBC

Se resume la controversia jurídica a lo siguiente, en el contexto que impone la globalización *ad portas* de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos:

> *"No es posible que se pretenda "descremar" el mercado de la telefonía de larga distancia internacional, argumentando inexistentes vacíos normativos y sutiles diferencias tecnológicas, con el objeto de escabullir el pago de derechos al Estado y el cumplimiento de obligaciones que implican un hondo compromiso con la sociedad, con el desarrollo del sector y del país, con el objeto de obtener una ventaja competitiva que ya ha sido calificada de desleal por las autoridades y unas utilidades que redundan en perjuicio del sector y en últimas de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones"*[17].

> *"Algunas empresas, al parecer, según las reclamaciones, con el pretexto de prestar servicios de valor agregado, están prestando servicios básicos, con el argumento de que la transmisión de la información tiene determinadas características técnicas, que como se dijo, son propias de la red y no del servicio, y que por lo tanto, no corresponde a lo ordenado en las normas citadas que regulan el servicio de valor agregado"*[18].

Se dilucida lo anterior a continuación. El régimen legal colombiano establece una calificación organizada a partir de un análisis de la funcionalidad de las diversas prestaciones, en función principalmente de las capacidades de comunicación, del tipo o forma de transmisión de las que ofrecen en la telecomunicación o de la destinación para la cual están instituidos[19], el Decreto-Ley 1900 de 1990[20] prevé *grosso modo* la siguiente clasificación al acoger la metodología que propuso la Unión Internacional de Telecomunicaciones:

a. Servicios Básicos
Servicios Portadores
Teleservicios

17 Op. Cit. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso (2003). Telefonía de larga distancia internacional utilizando el protocolo Internet en el derecho colombiano. p. 58.

18 Ibíd. p. 71

19 COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, Concepto 2000-01-19 Concepto sobre los criterios diferenciales de los servicios de valor agregado.

20 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 1900 DE 1990 Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines.

b. Servicios de Difusión
c. Servicios Telemáticos y de Valor Agregado (SVA)
d. Servicios Auxiliares y de Ayuda
e. Servicios Especiales

De lo que vale la pena acotar lo siguiente de conformidad con lo establecido con la CRT en 2003:

a. Los servicios portadores se distinguen porque sólo proporcionan capacidad necesaria para la comunicación entre dos o más puntos de la red.
b. Los teleservicios proporcionan capacidad completa de comunicación, incluyendo las funciones del equipo terminal. Dentro de estos, la TPBC se distingue además por la señal que cursa, por la naturaleza de la conmutación que tiene y ofrece al público, así como por el tipo de red que utiliza para el efecto.
c. Los servicios de difusión se tipifican por una transmisión unidireccional de un punto a varios puntos de recepción simultánea.
d. Los servicios telemáticos se caracterizan por soportarse en los servicios básicos y permitir el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos.
e. Los SVA se distinguen por proveer capacidad completa a partir de servicios soporte (básicos, de difusión, telemáticos o cualquier combinación de estos) y agregando ventajas al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicación.

Además de lo anterior, y habiendo delimitado la controversia jurídica a la prestación de VoIP como TPBCLDI o como SVA, dada la incomprensión de los servicios de VoIP y que *el servicio de VoIP no existe, pero existen varios servicios de VoIP*[21], es menester discurrir sobre la utilidad de la misma para los actores que intervienen en el mercado de las telecomunicaciones: Estado, usuarios y operadores.

Los requisitos para prestar el servicio de TPBCLDI son los siguientes, a saber[22]:

21 SÁNCHEZ GARCÍA, Carlos Andrés (2004). Marco jurídico de la transmisión de voz mediante protocolo IP. p. 2.

22 Gráfico que complementa a: GUZMÁN, Andrés Alberto (2004). Aspectos legales Voz sobre IP en Colombia. p. 11.

REQUISITO	NORMA
1. Naturaleza jurídica del solicitante: La solicitud para obtener la licencia relativa a los servicios de TPBCLDI debe ser realizada por una Empresa de Servicios Públicos ESP, constituida como sociedad por acciones con objeto social exclusivo que abarque la prestación de tales servicios definidos como públicos domiciliarios, de conformidad con la Ley 142 de 1994	Art. 5º Resolución 86/97 CRT
2. Número de máximo de líneas TPBC: La solicitud solamente se aceptará a quienes en conjunto con sus socios, matrices o subordinadas, cuentan con menos de 35% del total de líneas telefónicas instaladas en servicio en el territorio nacional, al momento de la solicitud.	Art. 7º Resolución 86/97 CRT
3. Número mínimo de líneas de TPBC: Para efectos de la solicitud de la licencia el solicitante debe contar, en el momento de la solicitud, por sí solo, o en conjunto con sus socios, matrices o subordinadas, con 150,000 líneas telefónicas instaladas y en servicio en el territorio nacional.	Art. 8º Resolución 86/97 CRT
4. Presentación de la solicitud	Cap. III Resolución 86/97 CRT
5. Inicio de operaciones: Los concesionarios de TPBCLD deben iniciar operaciones dentro de un plazo improrrogable máximo de 12 meses contados a partir de la fecha de expedición de la licencia.	
6. Cancelación de tarifa por concepto de concesión de licencia de TPBCLD, por valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US$150.000.000,oo)	Art. 14 Resolución 86/97 y Art. 1º Resolución 88/97 CRT
7. Pago al Fondo de Comunicaciones: Todos los operadores de larga distancia deben pagar al Fondo de Telecomunicaciones el 5% de sus ingresos brutos totales, menos los cargos pagados por acceso y uso de las redes de TPBCL y TPBCLE y los pagos a los conectantes internacionales por terminación de las llamadas. Este pago debe realizarse trimestralmente.	Art. 15 Resolución 86/97
8. Garantía de cumplimiento: Dentro de los 20 días calendario siguientes a la expedición de la licencia, el licenciatario debe constituir una garantía de cumplimiento expedida por una entidad bancaria o por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, vigente durante el término de la licencia, y expedida a favor del Ministerio de Comunicaciones - Fondo de Comunicaciones, por la suma de US 30.000.000.oo.	Art. 18 Resolución 86/97 CRT

9. Operador estratégico: Antes de recibir la autorización por parte del Ministerio de Comunicaciones, para iniciar la operación y durante toda la duración de la concesión, los licenciatarios deberán contar con un socio o convenio de operación con una empresa que haya cursado, durante el año anterior a la solicitud de concesión de la licencia, más de 400 millones de minutos de larga distancia internacional.	Art. 19 Resolución 86/97 CRT
10. Cubrimiento: Los licenciatarios de TPBCLD deberán interconectar a todos los operadores de TPBCL Y TPBCLE que existan o llegaren a existir en el país, de la siguiente forma:	Art. 20 Resolución 86/97 CRT
10.1. Para iniciar operaciones los operadores de larga distancia deberán estar interconectados, directamente, por los menos con los operadores de TPBCL Y TPBCLE que a 31 de diciembre de 1996, poseían más de 50.000 líneas instaladas, en servicio y con los operadores de TMC del país;	
10.2. Antes de finalizar el primer año de operaciones, los operadores de larga distancia deberán estar interconectados con todos los operadores de TPBCL Y TPBCLE que a 31 de diciembre de 1996 tenían mas de 20.000 líneas instaladas y en servicio;	
10.3. Antes de finalizar el segundo año de operaciones, los operadores de larga distancia deberán interconectarse con todos los operadores de TPBCL Y TPBCLE del país; y,	
10.4. Todos los operadores de TPBCLD deberán interconectar sus redes a las de los nuevos operadores de TPBCL Y TPBCLE a más tardar 6 meses después del inicio de operaciones de éstos.	
11. Limitación en el capital de otros concesionarios: Ni los solicitantes y los operadores de TPBCLD ni sus socios, podrán tener participación directa en el capital de otro concesionario de licencia. De la misma manera, no podrán tener participación indirecta superior al 20% en el capital de otro concesionario de licencia ni control del mismo, de acuerdo con las normas del Código de Comercio.	Art. 22 Resolución 86/97 CRT
12. Limitación del número de líneas: En ningún momento los concesionarios de licencias de TPBCLD o sus socios o empresas subordinadas o filiales o matrices que presten servicios de TPBCL Y TPBCLE, podrán operar o tener directa o indirectamente, en conjunto o individualmente, mas del 40% del total de las líneas instaladas y en servicio del país.	Art. 23 Resolución 86/97 CRT
13. Obligación especial del Servicio Universal: Obligación posterior del beneficiario de la licencia: de construir y operar centros integrados de telefonía social en aquellos municipios que para 1997 no contaban con servicios de TPBCL.	Art. 26 Resolución 86/97 CRT

14. A. La interconexión; y **B. La cobertura**: la cual debe ser ampliada en beneficio de los usuarios, teniendo en cuenta la función social atribuida a la propiedad de las empresas de servicios públicos	Art. 11 Ley 142 de 1994
Tarifas: Los operadores de TPBCLD se encuentran sometidos a un régimen de libertad regulada de tarifas.	Art. 27 Resolución 86/97 CRT

Se amplía lo correspondiente a la interconexión (14.A.) como sigue. Con arreglo a los artículos 39.4 de la Ley 142 de 1994; 1.3.12, 1.3.29 y 1.3.30,1.3.34 y 2.22 de la Resolución 87 de 1997 de la CRT; y 19.4 del Decreto 2542 de 1997[23], los operadores de TMC o TPBCLD se obligan al otorgamiento de un *contrato de interconexión* con cualquiera de los operadores habilitados para prestar el servicio TPBCLDI, por vía de ejemplo, Colombia Telecomunicaciones E.S.P. (antes TELECOM), Orbitel S.A. E.S.P. y Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. E.S.P.

Al recibirse la llamada, el operador de TPBCLDN y TPBCLDI en Colombia transmite la información de voz, a través de su propia red o vía satélite, siendo ello indiferente en nuestra legislación, que no se ocupa del medio de transmisión. En caso de que se haya suscrito *contrato de disponibilidad y utilización del vehículo satelital*, dicho operador transmite la llamada al operador internacional con quien haya celebrado contrato de interconexión, que deberá sujetarse a las disposiciones y reglamentación contenida en los artículos 1.3.76 y 2.35 de la Resolución 87 de 1997 de la CRT, con las modificaciones introducidas por el artículo 4 de la Resolución 124 de 1998 de la CRT, y con lo dispuesto en los artículos 32 y 33 del Decreto 2542 de 1997.

En cuanto al producto transmitido, debe recordarse que los servicios básicos (TPBC a manera de ejemplo), en su calidad de *Teleservicios*, *"proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios"*, producto que ofrecido al público y que, por ende, ha de entregársele al usuario y que se le entrega al usuario sin necesidad de que deba ser complementado de manera alguna por un servicio de valor agregado[24].

En contraposición de lo anterior, los requisitos para prestar el Servicio de Valor Agregado SVA son los siguientes[25]:

23 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 2542 DE 1997 por medio del cual se reglamenta el proceso de concesión de licencia para establecimiento de operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (TPBCLD) y se dictan otras disposiciones.

24 Op. Cit. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso (2003). Telefonía de larga distancia internacional utilizando el protocolo Internet en el derecho colombiano. p. 74.

25 Gráfico que complementa a: Op. Cit. GUZMÁN, Andrés Alberto (2004). Aspectos legales Voz sobre IP en Colombia. p. 11.

Naturaleza jurídica del solicitante: Persona jurídica constituidas con capital suscrito pagado de más de CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 SMMLV) que al año 2006 equivalen a (**$40.800.000**) Licencia otorgada por el Ministerio de Comunicaciones mediante resolución motivada. Licencia involucra permiso para establecimiento, uso u explotación del servicio soporte. Término máximo de 10 años, que puede ser prorrogado por otro igual sin que exceda 20 años. *No se pueden conectar equipos propios o de terceros a la Red de Telefonía Pública Conmutada para prestar Telefonía Pública Básica Conmutada, Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida o Telefonía Pública Básica Conmutada Larga Distancia*.

Los operadores habilitados para prestar los servicios de Valor Agregado tienen el derecho a interconectar su red con todas las redes de telecomunicaciones, incluidas las redes de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC), siempre y cuando haya a) trato no discriminatorio, b) transparencia, c) precios basados en costos más una utilidad razonable, y, d) promoción de la libre y leal competencia, siguiendo el procedimiento establecido en la Resolución 575 de 2002 de la CRT, salvo la restricción establecida para los grupos cerrados de usuarios[26].

La tecnología VoIP, podría ser considerada como SVA en tanto diera al usuario el anunciado valor agregado, como lo sería sin duda, la posibilidad de ver una página de Internet mientras envía y recibe paquetes de datos consistentes en la voz de los interlocutores. En tanto el beneficio adicional no sea percibido por el usuario, podría ser considerada TPBC con las consecuencias económicas adicionales que ello comporta.

Sin ingenuidad se advierten las posiciones que frente a este punto se determinaron por motivaciones más de índole económico que de cualquier otra. La controversia no gira alrededor de la clasificación jurídica en sí misma, sino por la diferencia del costo de la entrega del servicio a título de concesión o de licencia según sea el caso.

Las personas vinculadas con empresas que quieren prestar la tecnología VoIP están de acuerdo optar por dos opciones: que es un Servicio de Valor Agregado o que con base en el axioma según el cual *"para los particulares todo lo que no está prohibido está permitido"*, en cualquiera de los dos casos los requisitos de prestación de la tecnología no son onerosos, en el segundo aún menos. Otras

26 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 600 DE 2003 por medio del cual se expiden normas sobre los servicios de Valor Agregado y Telemáticos y se reglamenta el Decreto-Ley 1900 (art. 2º).

sociedades con capital estatal, quieren prestar la tecnología y además ya cuentan con la concesión del servicio público TPBCLDI, éstos opinan que la tecnología VoIP es un servicio de tal especie y que procede la aplicación del principio de *neutralidad tecnológica*, por dos razones: porque las licencias son muy onerosas y no quieren desperdiciar su pago, y porque hace más difícil la entrada de nuevos competidores.

Si se comparan las cifras y los requisitos para prestar uno u otro servicio, de un poco más cuarenta millones de pesos colombianos ($40.800.000,oo), a ciento ochenta millones de dólares (USD$180.000.000) mas el 5% de los ingresos brutos en el caso de la TPBCLDI, se hace palmario que el inversionista habrá de inclinarse por el camino que le represente el menor *input* y el mayor *output* posible, inclusive eso, le permitiría tener competitividad dentro del mercado.

Al admitirse la aplicación de la tesis según la cual *"lo que no esté prohibido está permitido"*, se zanjaría muy fácil la discusión de si se puede o no prestar un servicio en el que se reducen costos brutos (sin impuestos) por el orden del 74%. El Decreto 600 de 2003, independientemente del apego a la ley que pudiera tener, dispuso que la licencia para prestar los servicios de Valor Agregado y Telemáticos en ningún caso involucra la concesión para prestar otra clase de servicios, en particular teleservicios, tales como Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Nacional e Internacional, razón por la cual, el licenciatario no puede conectar equipos propios ni de terceros a la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC), para cursar comunicaciones de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL), Local Extendida (TPBCLE), de Larga Distancia Nacional o Internacional (TPBCLD). No obstante dicha prohibición obedece a un criterio político. Los decretos 600 y 3055 de 2003, y la "modificación" que hacen al Decreto-Ley 1900 de 1990, evidencian al menos, desorden conceptual y jurídico en la clasificación de los servicios de telecomunicaciones.

No obstante lo anterior, estas recientes disposiciones sí permitieron, con arreglo a los conceptos de la CRT y de Mincomunicaciones, que se realizaran actividades correspondientes a SVA dentro de un conjunto cerrado de usuarios, que es el conjunto de usuarios que utiliza los servicios de Valor Agregado para satisfacer sus propias necesidades de comunicación. Los grupos cerrados de usuarios no pueden cursar comunicaciones que sean exclusivamente de voz desde o hacia la RTPBC, ni entre diferentes grupos cerrados de usuarios.

5.2. Legalidad en la venta de equipos de VoIP

El Ministerio de Comunicaciones se pronunció a su turno, sobre la legalidad de la venta de equipos VoIP, por consulta presentada por una sociedad que ofrece dichos equipos. Sostuvo en esa oportunidad el Ministerio, que la venta de equipos VoIP era completamente legal. La CRT no ha establecido obligaciones a cargo de las sociedades que ofrecen dichos equipos al público, encaminadas a asegurarse

que las ventas únicamente sean efectuadas en casos comprobados en los que hay una habilitación legal expresa como lo serían los operadores de TPBC, o en los casos en los que se presenta un circuito cerrado de usuarios (concordado por los decretos 600 y 3055 de 2.003). Adiciónese que la posibilidad de control con la que cuentan el Ministerio y la CRT ni es, ni puede ser, suficientemente eficiente.

La pertinencia de este tema se verá más adelante dada la problemática jurídica y comercial de las telecomunicaciones en Colombia existente a la fecha de elaboración de este documento.

5.3. Consecuencias jurídicas posibles: Derecho de las telecomunicaciones y Derecho penal

En lo que al Derecho penal y de las telecomunicaciones atañe, hay cuatro normas específicas que contemplan los hechos en los que la sociedad impone un reproche penal por la comercialización de VoIP sin contar con licencia que habilite para la prestación de TPBC:

> *Artículo 257. Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular u otro servicio de comunicaciones mediante la copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de éstos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.*
>
> *Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este artículo.* (Subrayas son ajenas al texto original)[27].

El Decreto-Ley 1900 de 1990 *por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines* contempla en el artículo 50 que:

> *Cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como **clandestino** y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los*

27 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 599 DE 2000 por la cual se expide el Código Penal. En: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá: Imprenta Nacional, 2000.

> *equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.*
>
> *Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes*[28].
>
> *La anterior disposición se aplicará de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1989.*

Se entiende por telecomunicación *toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos. Se entiende por operador una persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley* de conformidad con el artículo 2º del aludido Decreto-Ley.

Por su parte, el artículo 52 del mismo Decreto establece que:

> "*sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones (...) 2. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios sin la correspondiente concesión o autorización así como la utilización de frecuencias radioeléctricas sin permiso o en forma distinta de la permitida. 3. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no correspondan al objeto o al contenido de éstas. 4. La conexión de otras redes a la red de telecomunicaciones del Estado, sin autorización o en forma distinta a la autorizada o a lo previsto en el presente Decreto y en sus reglamentos (...) 10. La violación o el desconocimiento de los derechos y deberes consagrados en este estatuto. 11. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones"* (Subrayas ajenas al texto original).

Aunado a lo anterior, la comisión de estas infracciones dan lugar a sanción consistente en *"multa hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la actividad hasta por dos meses, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia o autorización, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión"* (artículo 53) (Subrayas son ajenas al texto original).

28 En relación con la expresión **clandestino**, ver: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-329 del 22 de marzo de 2000.

5.4. Costos y realidad jurídica y comercial

A diferencia de VoIP, la TPBC mediante el cableado de cobre, opera mediante una RTPBC por circuitos y verticalmente jerarquizada, es decir que hay competidores en el mismo campo que prestan un mejor servicio, que puede ser local, local extendida o larga distancia nacional; a esta tienen que conectarse todos los operadores del servicio, sin perjuicio de que ofrezcan el servicio público de TMC. Las empresas prestadoras de estos servicios deben pagar sumas bastante onerosas de dinero para formar esta interconexión, como es de esperarse en un ambiente comercial tan competitivo como el de las telecomunicaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, estos competidores ya tienen cierta parte del mercado en sus manos, mientras que un operador nuevo necesita conectarse a la red existente de telecomunicaciones mediante la constitución de servidumbres de comunicaciones como se evidenció en el caso de la entrada de Colombia Móvil S.A. E.S.P. en el mercado nacional, para el caso específico de la TMC.

La llamada a través de la RTPC, por tener dígitos transmitidos en secuencia, genera un mayor costo, pues se requiere un mayor ancho de banda para transportar una secuencia completa, al ser individuales los paquetes de datos, experimentándose la correlativa reducción de costos mediante el uso de VoIP. Para redireccionar una llamada de TPBC se requiere mayores costos de transacción y operación.

Los servicios prestados vía VoIP se prestan en general sobre una red abierta y carente de jerarquías a diferencia de la TPBC, porque al ser una red abierta no hay costos de interconexión, tal y como sí ocurre en aquella, en este caso la voz es digitalizada, no conmutada, optimizando los costos de transmisión. De acuerdo con el Ministerio de Comunicaciones en la serie de cuadernos de política No 2 enfocado a VoIP, en un estudio citado de Jorge Pérez Martínez, se logran ahorros del 93,5% en costos de conmutación, 50% en los de transmisión y 41,2% en los de operación. Cabe también la posibilidad de recibir una llamada en cualquier dirección IP sin necesidad de que la recepción genere un costo adicional[29].

En este orden de ideas, VoIP permite "prestar TPCBLDI" con costos menores a los de la red de cables de cobre por las siguientes razones: 1) la inversión para instalar redes es menos onerosa en el caso de VoIP; 2) al momento del establecimiento de la llamada hay un circuito dedicado con exceso de capacidad que se pierde; 3) la llamada IP comprime la señal de voz y utiliza una red de paquetes sólo cuando es necesario; 4) los paquetes de datos de diferentes llamadas pueden viajar por la idéntica línea simultáneamente; 5) El acceso a Internet es cada vez más asequible dada la masificación de tarifas consistentes en cargos fijos y conexiones de banda ancha.

29 Op. Cit. COLOMBIA. MINISTERIO DE COMUNICACIONES (2004). Serie de Cuadernos de Política No. 2 "Borrador para discusión, no comprende la posición oficial del Ministerio de Comunicaciones de Colombia".

VoIP es una de las tecnologías que promete más expansión comercial: inclusive tarjetas de servicio prepagado de larga distancia internacional en países desarrollados que debitan minutos al precio de la TPBCLDI usan VoIP, sin que el usuario lo note en los precios, razón por la cual es al mismo tiempo una de las más incomprendidas.

En materia tributaria, teniendo en cuenta que *siempre*, el valor de los impuestos se traslada al consumidor final, los prestadores de TPBCLDI, tienen gravados sus ingresos con impuesto sobre la renta a la tarifa neta de 38.5% (35% impuesto a la renta, 10% sobre tasa), deben practicar retención en la fuente a la tarifa del 6%; sus servicios se encuentran gravados con impuesto a las ventas IVA al 16%; si quien efectúa el pago es agente retenedor de IVA deberá retener de cada pago o abono en cuenta que le realice al contratista un 75% del valor del impuesto liquidado a título de retención en la fuente, a partir del 1º de septiembre de 2005 esa tarifa es del 50%; debe pagar impuesto de timbre a la tarifa del 1.5% por cada contrato de cuantía indeterminada en que aquel deba retenerlo imputado a cada pago, o igual tarifa por cada contrato cuya cuantía sea igual o superior a la fijada por la DIAN ($63.191.000 para el año 2006); y debe pagar impuesto de industria y comercio.

El momento está a favor de VoIP en el mercado por ser comparativamente ventajoso y si bien hay aspectos difíciles de perfeccionar como la comunicación entre tres, se pueden guardar mensajes en el buzón del teléfono y enviarlos vía e-mail.

Lo siguiente resulta de tener en cuenta diversos aspectos importantes que tangencialmente en otros apartes de este trabajo, pero que se evidenciaron en la investigación:

a. No obstante la controversia jurídica en cuanto a la clase de servicio que se presta con la utilización de VoIP, está apaciguada por lo dispuesto en los decretos 600 y 3055 de 2003, mientras se encuentren vigentes, todavía hay personas interesadas en desplegar SVA.
b. En vista de que formalmente las empresas que prestan TPBCLDN y TPBCLDI, han cerrado razonadamente cualquier forma de competencia que no implique el pago de los cargos que impone la ley, estas personas han decidido prestar dichos servicios contraviniéndola abiertamente.
c. Como la venta de los equipos VoIP es absolutamente legal, sin restricción alguna a los vendedores, quienes están interesados en comerciar sus propios equipos, y ante la imposibilidad de control absoluto de las autoridades del sector de las telecomunicaciones (el Ministerio y la CRT), a diario se crean establecimientos de comercio y sociedades que tienen por objeto operar vendiendo minutos a través de conmutadores denominados SAI, ofertando exitosamente VoIP al precio de la usual TPBCLD y TPBCLDI que les salen "a un precio irrisorio" porque lo

que realmente usan es un conmutador adherido a una conexión de Internet de banda ancha.

Es más, puede que la persona que haga uso estos conmutadores ni siquiera sepa que está haciendo uso de VoIP ya que se éstos pueden programarse para que el usuario realmente crea confiadamente que está efectuando sus llamadas a través de un operador autorizado de TPBCLD o TPBCLDI.

Esto hace sumamente difícil la posibilidad de rastrear a las personas que cometen las infracciones a las telecomunicaciones de que trata el Decreto-Ley 1900, y por ende, imponer las sanciones previstas por la ley.

d. No necesariamente se puede inferir, que estos "operadores", efectúan su labor ilegalmente para obtener la diferencia resultante de vender TPBCLD y TPBCLDI a través del cableado de cobre y vender TPBCLD y TPBCLDI mediante VoIP. En muchos casos, estos operadores clandestinos no se atreven a bajar las tarifas, para no hacerse perceptibles por las autoridades.

e. Operan en un grado de clandestinidad mayor, personas que venden tarjetas prepago de minutos a través de VoIP infringiendo los servicios de telecomunicaciones, previa consignación en sus cuentas bancarias, e inclusive en grupos más reducidos pueden facturar postpago, y de hecho lo hacen. En algunos sitios se evidencian ventas de éstas tarjetas prepago en almacenes de cadena.

6. Recomendaciones y conclusiones jurídicas y comerciales para VoIP en Colombia

Teniendo en cuenta lo anterior me permito hacer las siguientes para pasar de la crítica constructiva a proponer informadamente sobre el rumbo jurídico y comercial de VoIP en Colombia:

1. No obstante lo dispuesto en los decretos 600 y 3055 de 2003, se discurre que sí hay una diferenciación del servicio proporcionado mediante la utilización de VoIP, ya que es el de TPBCLDI, pero siempre que vincule una mejoría perceptible para el usuario, comporta un SVA (por vía de ejemplo la video conferencia), sin perjuicio del juicio de valor que esta afirmación pueda conllevar. Así se dispone en el Decreto-Ley 1900 de 1990, que no por ser un decreto pierde su carácter de ley de la República.

2. El régimen jurídico actual de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, evidencia la falta de conceptos claros para su clasificación, lo cual ha de repercutir en la consecución de políticas públicas sobre el particular. Impera la necesidad de implementar una ley marco sobre las telecomunicaciones, que comprenda las necesidades de los usuarios y

que aunque, no debe regular tecnologías sino servicios para no vulnerar el principio de neutralidad tecnológica, como de hecho lo hace, debe atender a una clasificación que dé seguridad jurídica a empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.
Dos decretos que en dos artículos modifiquen una ley de la República, que fueron promulgados en el transcurso del mismo año, son un indicio de la necesidad de regular de forma integral a las empresas que en la actualidad figuran como autorizadas para prestar los servicios de telecomunicaciones de TPBCLDN y TPBCLDI.

3. Sin perjuicio de los reparos de empresas sociales y comerciales y de economía mixta, lo que ocurre en realidad, es que en razón de la no flexibilización del uso de tecnologías como VoIP en la prestación de los servicios para los que fue creada, está haciendo que la misma se efectúe por debajo del nivel en el que el Estado puede supervisar, dada la limitación de sus recursos.
El margen de ilegalidad de estos actores hace que gran parte del negocio de las telecomunicaciones pueda convertirse en una actividad en algunos casos mafiosa, que se incentiva a sí misma, por ser el delito la forma de mantener sus ganancias. La ilegalidad es también un ambiente propicio para la evasión de obligaciones fiscales.

4. Las tarifas que paga el usuario deben ser proporcionales a las de disminución de costos de las empresas que prestan telefonía IP, razón por la cual, deben captarse formal o informalmente aquellos que prestan esta tecnología, como quiera que no debe perderse de vista que el principal beneficiado en la implementación de políticas públicas debe ser el usuario siempre, que para el caso de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, se haga en condiciones aceptables de confiabilidad y calidad.

5. No puede ni debe abandonarse el debate sobre la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, que propicie desconocimiento total de la real operación de estos servicios, ni la culminación del debate sobre la expedición de una ley de telecomunicaciones que conceptualmente abarque la prestación de estos servicios.

6. Las personas pertenecientes a estratos socioeconómicos menos favorecidos, que son las que están llamadas a hacer crecer el mercado de las telecomunicaciones, están "comprando minutos" a las personas cuya operación no se ha querido incluir en la ley, lo cual es también un delito, cuya comisión es socialmente tolerada.

7. La competencia en términos reales en la prestación de TPBCLDN y TPBCLDI, está reducida a los actores autorizados, ya que las sumas para

poder prestarlo legalmente son desproporcionadamente onerosas. Se aconseja reflexionar sobre la posibilidad de flexibilizar los requisitos, de un lado porque la democratización de la prestación del servicio es un aspecto positivo en la dinámica comercial por cuanto haría que los precios bajaran considerablemente en razón a la competencia entre prestadores, y además esto obtendría ventajas frente al mercado de TMC que está a punto de arrasar con la TPBCLDN.

8. Y finalmente, debe tenerse en cuenta, que la prestación del servicio en todos los casos, y en aras de favorecer al usuario, debe prestarse de tal forma que se dé cumplimiento a los principios y servicios de seguridad conforme se estableció en el acápite 2.2. que antecede.

La protección jurídica del denominado «conocimiento libre»

Mª José Senent Vidal*

"Our mission of disseminating knowledge is only half complete if the information is not made widely and readily available to society"
Berlin declaration on open access to knowledge in the sciencies and humanities

SUMARIO: I. Introducción. II. Las iniciativas *Open Access*. III. El movimiento del *software* libre y las licencias *Creative Commons*. IV. Algunas cuestiones que plantea la normativa de propiedad intelectual en relación con el «Conocimiento Libre » en el ámbito académico del Estado español. V. Creadores y empleadores: la titularidad de los derechos de exclusiva. VI. Derecho Público y Derecho Privado: interés general y «Propiedad» del conocimiento y de la cultura

Resumen

En las últimas décadas se ha ido desarrollando un movimiento social que propugna la «liberación» (en el sentido de «puesta a disposición» del público) de las obras intelectuales, porque se considera el conocimiento como "un bien público que beneficia a la colectividad en general y permite el desarrollo igualitario"; y porque se constata que la tradicional afirmación de que los derechos de exclusiva «protegen a sus creadores» es cada vez menos cierta.

Los orígenes y núcleos de referencia de este movimiento son la *Open Access Initiative* y el movimiento de «*software* libre» que inspira, a su vez, el proyecto *Creative Commons*. En nuestro trabajo analizamos los principales aspectos jurídicos de ambos procesos, a la luz de la legislación de propiedad intelectual y propiedad industrial del Estado Español.

Palabras clave: Conocimiento libre. Software libre. Open Access. Propiedad Intelectual

Recibido: 15/02/2006 •Aceptado: 22/02/2006

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho mercantil. Universitat Jaume I. El presente artículo ha sido publicado en España en la Revista de Propiedad Intelectual, núm. 21, de septiembre-Diciembre de 2005.

Abstract

In the last few decades a new social movement which promotes the "freedom" (in the sense of "freely available" for the public) of intellectual work has been developed, because it considers knowledge as "a public commodity which benefits the community in general and allows the equal development," and because it has been shown that the traditional assertion that exclusive rights "protect its creator" is increasingly less truthful.

The origins of this movement are the Open Access Initiative and the "free software" movement which inspire, in turn, the Creative Commons project. In our work, we analyze the main legal aspects of both movements, in the framework of the intellectual property and industrial property legislation of Spain.

Keywords: Publicly available knowledge. Free Software. Open Access. Intellectual property.

I. Introducción

En las últimas décadas se ha ido desarrollando un movimiento social internacional que propugna la «liberación» (en el sentido de «puesta a disposición» del público) de las obras intelectuales. Se fundamenta, básicamente, en dos tipos de razones: por un parte, se considera el «conocimiento» como "un bien público que beneficia a la colectividad en general y permite el desarrollo igualitario"[1]. Por otra, se constata que la tradicional afirmación de que los derechos de exclusiva «protegen a sus creadores» es cada vez menos cierta, tanto porque tienden a concentrarse en manos de las grandes empresas multinacionales (propietarias de los medios de comunicación y «entretenimiento», y también de los procesos de explotación de invenciones, variedades biológicas, diseño

1 *Wikipedia*, "Conocimiento libre", http://es.wikipedia.org/wiki/Conocimiento_libre , 08/08/05, 13:56. En este sentido, en relación con los derechos de exclusiva sobre las invenciones, BLANCO JIMÉNEZ, ARACELI, *Protección jurídica de las invenciones universitarias y laborales*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 53: "Se ha cuestionado cómo es posible otorgar un monopolio de explotación sobre los resultados financiados con fondos públicos, como es el caso de la mayoría de las Universidades españolas. La existencia de este monopolio parece contradecir además el tradicional punto de vista sobre el conocimiento científico como un bien público inmediatamente accesible a todos. Según BODEWIG [*«The rights of universities and research institutes to the results of self-financed research and government-sponsored research projects»,* en *European Research Structures-Changes and Challenges*, Max Planck Gesellschaft, 1994, pág. 121] estas objeciones se apoyan en un supuesto doble coste para los ciudadanos, que financian las investigaciones mediante los impuestos y se ven obligados a pagar mayores precios por la existencia de ese monopolio."

industrial...), como porque el propio proceso creativo de nuevas obras se ve constreñido por los derechos preexistentes[2].

Desde una perspectiva jurídica, en un primer esbozo, podemos definir el «conocimiento libre», o «conocimiento abierto» como toda creación intelectual cuyos titulares de derechos de exclusiva quieren que pueda ser utilizada «libremente», sin las restricciones que sobre ella establece la legislación de propiedad intelectual o industrial que le sea aplicable.

Son cada vez más y de más variada índole los proyectos que, desde cualquier rincón del planeta, tienen como objeto «liberar contenido»: desde proyectos de envergadura gigantesca, como *Internet Archive*[3], DARE (*Digital Academic*

2 El vivo debate abierto al respecto está dando una abundante literatura, muy especialmente, en relación con la polémica sobre la copia privada de las obras de propiedad intelectual.

Para analizar los argumentos de quienes sostienen la tendencia expansionista del sistema de propiedad intelectual y sus potenciales nocivos efectos sobre el proceso de creación intelectual, ver, por todos, LESSIG, LAWRENCE, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. La obra ha sido licenciada con una licencia Creative Commons que permite los usos no comerciales siempre que se cite la autoría, por lo que puede accederse a ella tanto en inglés (http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf) como en castellano (http://www.elastico.net/archives/001222.html) y en catalán (http://www.culturalliure.org/llibre.php).

JAVIER CANDEIRA («Límites al copyright/ ¿Una, grande y libre?», Diagonal, núm. siete, 26/05 al 08/06/2005, http://www.diagonalperiodico.net/pdfs07/14diagonal7-web.pdf) lo resume así: "Su tesis es muy sencilla: la cultura se crea sobre las bases del gran fondo común de la cultura existente anteriormente, y las sucesivas redefiniciones de la propiedad intelectual limitan la posibilidad de esta construcción al dar derechos de propiedad cada vez más extensos (tanto en el tiempo como en su aplicación) a los creadores y a los concesionarios de los derechos".

Sobre el debate abierto en torno a la copia privada, ver, por una parte, IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2005, así como los índices de los números anteriores de esta misma Revista; y por otra DAVID BRAVO BUENO, *Copia este libro*, ed. Dmem, Madrid, 2005, o su sitio web ( ), así como los de JAVIER DE LA CUEVA ( ), CARLOS SÁNCHEZ ALMEIDA (http://www.bufetalmeida.com/; sobre este tema, particularmente, «Carta a Hipatia», 13/02/06, 18:34), o la BIBLIOWEB de SINDOMINIO (http://biblioweb.sindominio.net; sobre este tema, p. e., «5 argumentos para un debate», por GUILLERMO ZAPATA ROMERO, 13/02/06, 18:58).

3 "*The Internet Archive is a 501(c)(3) public nonprofit that was founded to build an 'Internet library', with the purpose of offering permanent access for researchers, historians, and scholars to historical collections that exist in digital format. [...] Now the Internet Archive includes texts, audio, moving images, and software as well as archived web pages in our collections.[...] Open and free access to literature and other writings has long been considered essential to education and to the maintenance of an open society.*", http://www.archive.org/about.php, 18/04/05, 10:23.

Repositories)[4] o *Creative Archive*[5]; hasta modestas iniciativas «locales» no por ello menos interesantes: Red de semillas[6], o *Terminologia Oberta*[7] (por citar un par de ejemplos cercanos).

Los orígenes y a la vez núcleos de referencia de este movimiento son, fundamentalmente, dos. Por una parte, la *Open Access Initiative*, surgida y centrada en el ámbito de la literatura académica. Por otra, el movimiento de «software libre» que inspira, a su vez, el proyecto *Creative Commons*. Haremos un sumarísimo resumen de ambos procesos a fin de entender mejor la ideología que impregna el movimiento así como su peculiar estructuración.

II. Las iniciativas *Open Access*

El punto de partida de las iniciativas *Open Access*, suele situarse en una reunión del *Open Society Institute (OSI)*, en Budapest, los días 1 y 2 de Diciembre de 2001, en la que se elaboró la *Budapest Open Access Initiative*. Esta Declaración ha ido siendo suscrita por un número creciente de personas y organizaciones de todo el mundo, que representan a investigadores, universidades, laboratorios, bibliotecas, administraciones, revistas, editoriales, sociedades académicas e iniciativas afines.

4 Http://www.darenet.nl . CENT 13/05/2005, 12:10: "El programa DARE, que cuenta con un presupuesto de 2 millones de euros, es una iniciativa de todas las universidades holandesas, la National Library of the Netherlands, la Royal Netherlands Academy of Arts and Sciencies (KNAW) y la Netherlands Organisation for Scientific Research (NWO). Esta es, hasta la fecha, la mayor iniciativa mundial a nivel nacional de 'devolver a la sociedad' lo que ésta invierte en investigación científica a través de sus impuestos. DARE recolecta todo el material digital disponible en los repositorios locales de sus instituciones afiliadas y lo ofrece integrado y completo en una única base de datos. Los contenidos no son solo textuales, también puede contener audio y vídeo. DARE incluye, entre otros, servicios de gestión y 'limpieza' de derechos de copia para los académicos holandeses."(http://cent.uji.es/octeto/node/1841, 11/02/06, 12:35)

5 Http://creativearchive.bbc.co.uk . El *Creative Archive Licence Group*, formado por *BBC*, *Channel 4*, el *British Film Institute* y la *Open University*, ha puesto en marcha un proyecto para liberar una parte significativa de "the largest film, television and radio archives in the UK", mediante la *Creative Archive Licence*, inspirada en el sistema Creative Commons.

6 Http://reddesemillas.ourproject.org. RUIZ JURADO, VICENTE J., «Las semillas del conocimiento libre», http://reddesemillas.ourproject.org/article.php3?id_article=29, 12/08/05, 12:16; y en Diagonal, núm. siete, 26/05 al 08/06/2005, http://www.diagonalperiodico.net/pdfs07/15diagonal7-web.pdf, pág. 15: "Al abrigo de la Plataforma Rural, pequeños agricultores del Estado español han creado la Red de Semillas 'Resembrando e intercambiando'. Un proyecto en el que se comparten simientes y experiencias y en el que Internet sirve como instrumento de intercambio". Con posterioridad, información sobre la Asociación puede encontrarse en http://www.agrariamanresa.org/redsemillas/index.htm (11/02/06, 16:40) y en http://www.redandaluzadesemillas.org/ (11/02/06, 16:47).

7 Http://www.termcat.net/productes/toberta.htm: "Aquesta col·lecció aplega repertoris terminològics d'interés general, procedents de treballs de recerca terminològica duts a terme pel Centre de Terminologia, que es poden descarregar lliurement. Les dades contingudes en aquesta col.lecció tenen un format estàndard i s'acullen a la llicència Reconeixement-Compartir Igual 2.1 de Creative Commons".

La «Iniciativa» persigue como objetivo el acceso gratuíto y en línea a la literatura científica, entendiendo por "acceso libre [...] su puesta a disposición gratuíta en el Internet público, permitiendo a cualquier persona leer, descargar, copiar, transmitir, imprimir, buscar o enlazar el texto integral de tales artículos, desplazarse por ellos para indexarlos, pasarlos como datos a un programa, o servirse de ellos para cualquier otra finalidad, sin más barrera financiera, legal o técnica que las indisociables del acceso y la utilización de Internet. La única limitación para su reproducción y distribución, y la única función del derecho de autor en este ámbito debería ser la de garantizar a los autores un control sobre la integridad de sus trabajos y el derecho a ser correctamente reconocidos y citados".

Para la consecución del libre acceso, la OAI (Open Archives Iniciatives) recomienda dos estrategias complementarias: el «autoarchivo» de sus artículos por parte de los investigadores, según estándares definidos que permitan tratarlos como un único fondo de archivo; y lo que, en principio, se denomina "revistas alternativas" que "ya no invocarán el derecho de autor para restringir el acceso y la utilización del material que publican", por lo que "no facturarán el abono o el acceso y buscarán otros métodos para cubrir sus gastos"[8].

A partir de la *Budapest Open Access Initiative* se han ido sucediendo las declaraciones institucionales, tanto colectivas como individuales. De entre todas ellas, podemos destacar, por su trascendencia, las siguientes: la *Bethesda Statement on Open Access Publishing* (20/06/2003)[9], la *Berlin Declaration on Open Access to Knoledge in the Sciencies and Humanities* (22/10/2003)[10], la Declaración de principios "Construir la Sociedad de la Información: un desafío

8 A título de ejemplo, se citan diferentes fuentes alternativas de financiación, sin que se pretenda primar una u otra "ni dejar de buscar nuevas alternativas originales": "las instituciones y los gobiernos que financian la investigación, las universidades y laboratorios que emplean a los investigadores, las dotaciones habilitadas por disciplina o por institución, los amigos de la causa del libre acceso, los beneficios generados por la venta de las mejoras aportadas a los textos básicos, los fondos liberados por la transformación o desaparición de publicaciones periódicas de abono tradicional o con precio de acceso, o incluso las contribuciones de los mismos investigadores". La *Budapest Open Access Initiative* está accesible en http://www.soros.org/openaccess, (15/06/05, 19:55)

9 La *Bethesda Statement on Open Access Publishing* surge de una reunión en el Howard Hughes Medical Institute en Chevy Chase, Maryland, en abril de 2003, con la finalidad de facilitar y agilizar el acceso a la investigación biomédica. El texto puede consultarse en http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm, (10/08/05, 12:03)

10 La *Berlin Declaration on Open Access to Knoledge in the Sciencies and Humanities* (http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html, 27/06/05, 18:50) es el resultado de una conferencia realizada en la Harnack House de la Max Planck Society en Berlín, en la que expertos internacionales debatieron sobre nuevas vías de acceso al conocimiento científico y a la herencia cultural vía Internet. La Declaración de Berlín afirma compartir el espíritu de la *Budapest Open Access Initiative* y la *Bethesda Statement on Open Access Publishing*.

global para el nuevo milenio" (12/12/2003)[11], y la *Declaration on Access to Research Data from Public Funding* (29-30/01/2004)[12].

En definitiva y en resumen, se entiende por «*open access*» cualquier contenido en formato digital, accesible en línea, gratuíto, y libre de la mayor parte de restricciones derivadas de derechos de exclusiva. Podemos encontrar excelentes introducciones al concepto de *Open Access*, su justificación, su interés para diferentes grupos (autores, lectores, profesores y estudiantes, bibliotecas, universidades, revistas y editoriales, instituciones públicas, gobiernos y ciudadanos) e incluso su sostenibilidad económica (sin necesidad de entrar en conflicto, en principio, con los intereses de las empresas del sector...) en «*Open Acces Overview*» de PETER SUBER[13], «Significado del acceso abierto *(open access*) a las publicaciones científicas: definición, recursos, copyright e impacto» de REMEDIOS MELERO[14], y la entrada "*Open Access"* de la Wikipedia, en su versión

11 La Declaración de principios "Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio" es el fruto de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, realizada en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003. En ella, entre otros compromisos, se manifiesta el de esforzarse "en promover el acceso universal, con las mismas oportunidades para todos, al conocimiento científico y la creación y divulgación de información científica y técnica, con inclusión de las iniciativas de acceso abierto para las publicaciones científicas" (punto 28). http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html, 19/08/05, 10:43.

El "Compromiso de Tunez", surgido de la segunda fase de la Cumbre Mundial, por su parte, declara la "convicción de que los Gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, las comunidades científica y académica, así como los usuarios puedan utilizar diversas tecnologías y modelos de concesión de licencias, incluidos los desarrollados con arreglo a sistemas propietarios y los desarrollados en las modalidades de código abierto y de fuente libre, de acuerdo con sus intereses y con la necesidad de disponer de servicios fiables y aplicar programas eficientes para los ciudadanos. Considerando la importancia del software propietario en los mercados de los países, reiteramos la necesidad de fomentar y promover el desarrollo colaborativo, las plataformas interoperativas y el software de código abierto y libre de manera que refleje las posibilidades de los diferentes modelos de software principalmente para programas educativos, científicos y de inclusión digital" (punto 29), (http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/7-es.html, 11/02/06, 17:41)

12 La *Declaration on Access to Research Data from Public Funding* se adoptó como parte del comunicado final de la reunión en París del Comité para la Política Científica y Tecnológica a nivel ministerial de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), titulada "Ciencia, tecnología e innovación para el siglo XXI". La Declaración, adoptada por 34 estados (entre los cuales, España), reconoce que fomentar un más extenso y abierto acceso y un amplio uso de los resultados de la investigación, aumentará la calidad y la productividad de los sistemas científicos mundiales, por lo que solicita a la OCDE que desarrolle un conjunto de Guías basadas en principios comunmente aceptados para facilitar el acceso digital, en condiciones económicas óptimas, a los resultados de la investigación de las instituciones públicas.

http://www.oecd.org/document/0,2340,en_2649_34487_25998799_1_1_1_1,00.html, 19/08/05, 10:45

13 PETER SUBER, «*Open Acces Overview. Focusing on open access to peer-reviewed research articles and their preprints*», http://www.earlham.edu/~peters/fos/overview.htm, 26/04/05, 13:28.

14 REMEDIOS MELERO, «Significado del acceso abierto *(open access*) a las publicaciones científicas: definición, recursos, copyright e impacto», en *El profesional de la información*, 2005, julio-agosto, v. 15, n. 4, pp. 255-266. Esta autora se refiere, a su vez, a la extensa recopilación de bibliografía en la materia de CHARLES W. BAILEY JR., *Open access bibliography. Liberating scholarly*

inglesa[15]. Por nuestra parte, nos centraremos en los aspectos jurídicos del concepto.

En primer lugar, se ha de parar atención sobre el objeto respecto del cual se da «acceso abierto»: cualquier «contenido» en formato digital. En efecto, si bien el movimiento surge en relación con la publicación de los resultados de la investigación, fundamentalmente canalizada mediante artículos en revistas especializadas, pronto se hace evidente que los depósitos en línea pueden contener toda clase de obras digitalizadas.

Por ello, se ha de tener presente que la diversidad de contenidos puede dar lugar a que las creaciones intelectuales en cuestión no estén protegidas por el régimen de la propiedad intelectual sino por el de la propiedad industrial: el sistema de patentes (y modelos de utilidad), los derechos sobre nuevas variedades vegetales, la protección del diseño, o incluso la titularidad de signos distintivos (marcas, nombres comerciales, denominaciones indicativas, nombres de dominio...) pueden verse implicados[16]. Respecto de la titularidad de los derechos de exclusiva sobre el contenido a liberar y su ejercicio, volveremos más adelante, para reflexionar sobre las situaciones en que el proceso de creación de la obra incorpora consecuencias jurídicas específicas (creación por varias personas, creación asalariada y creación por funcionario público...).

Por otra parte, una cuestión que se obvia a menudo es que para «liberar» algo, esto es, para ponerlo a disposición de todo el mundo, para cederlo (in)condicionadamente, se ha de tener derecho a ello: se ha de ser el titular de los derechos sobre la obra. Eso significa que quien va a poder tomar la decisión de «abrir el acceso» será, en el caso de obras que generan derechos de autor, éste último y, en su caso, los terceros que sean titulares de los derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación,

literature with e-prints and open access journals, Washington: ARL, 2005, http://info.lib.uh.edu/cwb/oab.pdf (12/02/06, 11:36)

15 WIKIPEDIA, «*Open Acces*», http://en.wikipedia.org/wiki/Open_access, 08/08/05, 14:20. También puede encontrarse un documentado resumen en E-revist@s (12/02/06, 13:11):
http://www.tecnociencia.es/e-revistas/especiales/revistas/revistas81.htm

16 Se ha de tener en cuenta, además, como hace ver RAMÓN CASAS VALLÉS, en «La ciencia va al juzgado (el "caso DNA antiguo")», Pe. i., núm. 16, enero-abril, 2004, pág. 107-133, la distinción entre propiedad intelectual e industrial y lo que se ha dado en denominar "propiedad científica": "Las ideas con las que se inicia la investigación (intuiciones, hipótesis...) podrán ser brillantes, incluso geniales, pero no pueden convertirse en objeto del derecho de autor. Tampoco los procedimientos o métodos, por muy novedosos que resulten. Menos aún el esfuerzo o habilidad invertidos (horas de biblioteca o laboratorio). Y lo mismo hay que decir de los resultados, consistentes, como queda dicho, en puros hechos o en nuevas ideas (opiniones, hipótesis...). El científico es así *víctima de su propio éxito*. Si hubiera *fabulado* o inventado —en el sentido vulgar de la expresión— sería propietario intelectual de su creación. Pero al haberse *limitado* a *descubrir* no puede reclamar otra cosa que el *secreto* y, luego, la *paternidad*." No obstante, en la Sentencia comentada, la Audiencia Provincial de Barcelona decidió aplicar a los resultados de la investigación el régimen jurídico de la comunidad de bienes, "con las necesarias adaptaciones" (SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 23/01/04, FD 2º, IV).

fundamentalmente). Y esta decisión por parte del titular de publicar la obra "en abierto", implica, como veremos, el ejercicio de diversos derechos.

Además, cuando se habla de contenido OA (*Open Access*) se hace referencia a obras en formato digital y accesibles en línea. En nuestra opinión, en los supuestos en que la obra se haya creado (y todavía se encuentre) en formatos no digitales, la propia digitalización y puesta a disposición en línea habría de ser autorizada tanto por el/los autor/es, en virtud de sus derechos morales (especialmente, los de decidir sobre su divulgación[17] y sobre la integridad de la obra[18]), como por quien detente el derecho de transformación[19].

En efecto, consideramos que el proceso de digitalización puede asemejarse a la traducción o compilación de un programa en código fuente a código binario, y tales procesos son transformaciones de la obra que quedan incluidas en el derecho de explotación correspondiente (art. 99, b TRLPI). En cuanto a la decisión de dar acceso en línea a la obra ya digitalizada, no cabe duda de que corresponde también al/a los autor/es, en cuanto a sus derechos morales, y a quienes detenten los derechos de explotación[20].

17 IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Tema 15. La propiedad intelectual en la sociedad de la información», en VV. AA., *Manual de propiedad intelectual* (Coord. R. Bercovitz) 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 288, sólo se refiere a la existencia de una infracción al derecho moral del autor en los supuestos de obras no divulgada previamente, ya que "se está infringiendo el derecho moral del autor a decidir en qué momento divulga su obra, o si no la divulga en absoluto, puesto que en el momento que la obra se pone en línea su paso a la esfera pública es irreversible. Si la obra se hace accesible a un círculo concreto de personas (por ejemplo, vía correo electrónico) habrá que estar al caso concreto para decidir si ha habido divulgación".

Nosotros entendemos que la decisión sobre la digitalización corresponde al autor aunque la obra ya se haya divulgado en soporte no electrónico, ya que su "transposición" va a suponer, indudablemente, un cambio (normalmente en el sentido de una radical facilitación) no solo en el acceso a la obra sino también a su reproducción y modificación. Es el autor, en virtud de sus derechos morales, quien ha de poder decidir si quiere proporcionar tales modalidades de acceso. Recuérdese que el derecho moral del art. 14.1 LPI es el de "decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma".

18 No obstante, es cierto que "salvo en casos especialmente graves, en que la adaptación sea objetivamente lesiva para la obra o para sus legítimos intereses, el derecho moral de integridad deberá interpretarse de forma conjunta con el derecho de paternidad. A lo que tiene derecho el autor es a que el público no perciba «su» obra deformada o alterada; a que no se le atribuya una obra alterada. Pero si se transmite claramente al público que se trata de una obra distinta, [...] aunque tome como base la obra anterior, entonces el derecho moral de integridad tendrá, en consonancia con los intereses que protege, una aplicación mucho más limitada" (GERMÁN BERCOVITZ, «Tema 3. Los derechos de explotación», en VV. AA., *Manual de propiedad* intel·lectual (Coord. R. Bercovitz) 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 97.

19 En contra de considerar la digitalización de una obra como un acto de transformación, por considerar que no hay una aportación original sino un mero cambio de formato, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Tema 15. La propiedad intelectual en la sociedad de la información», op. cit., pág. 298.

20 Sobre el debate doctrinal respecto de si la puesta en línea forma parte del derecho de comunicación pública o constituye un derecho patrimonial distinto, ver IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos*

Por lo que respecta a la gratuidad, en el movimiento *open access, "free"* sí significa "gratis"[21], aunque se suele añadir a continuación, "gratis para los lectores, no para los productores". Se es consciente de que la literatura *open access* no está exenta de costes de producción, pero también de que éstos pueden verse sensiblemente reducidos respecto de los de publicaciones tradicionales en la medida en que se aprovechen las ventajas que incorporan las nuevas tecnologías y la propia colaboración de los autores, tanto para tareas de «autoarchivo» como en la realización de *peer-review*. Y tampoco se olvida que una parte esencial de la financiación tanto de las universidades y centros donde trabajan los investigadores como de sus bibliotecas proviene de presupuestos públicos, por lo que cada vez se cuestiona más que tales instituciones hayan de pagar precios astronómicos por acceder a los resultados del trabajo de sus propios investigadores[22].

En relación con la gratuidad, se han de tener en cuenta los posibles matices entre acceso «libre» y «abierto», en sus acepciones de «gratuíto» o "libre de barreras económicas"[23]. En este sentido, se recuerda que algunas modalidades

afines en la sociedad de la información, Comares, Granada, 2001, pág. 228-270; y en «Tema 15. La propiedad intelectual en la sociedad de la información», op. cit., pág. 291-293; SÁNCHEZ ARISTI, RAFAEL, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, pág. 220-233; así como el Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la LPI (BOCG, serie A, núm. 44-1, de 26/08/05) en el que se opta explícitamente por considerarlo "una modalidad del actual derecho de comunicación pública".

21 A diferencia de lo que sucede en el ámbito del software libre, como vemos *infra*.

22 Sobre el ahorro que pueden suponer las publicaciones electrónicas OA, puede verse http://www.tecnociencia.es/e-revistas/especiales/revistas/revistas81.htm, 17/08/05, 14:36. El proyecto "E-revist@s" es una plataforma digital para recopilar, alojar y difundir revistas electrónicas de calidad y potenciar la creación de revistas electrónicas españolas o latino-americanas de acceso abierto, bajo el patrocinio de la Fundación Española de Ciencia y Tecnología, FECYT.

23 REMEDIOS MELERO, «Significado del acceso abierto *(open access)*...», op. cit., pág. 257: "Los términos "libre" (*free*) y "abierto" (*open*) no son equivalentes; el primero es sinónimo de gratuito, mientras que "abierto" incluye el acceso sin barreras económicas y reivindica los derechos del autor sobre sus artículos".

PETER SUBER, «*Open Acces Overview*...», op. cit., pág. 7: "OA no es sinónimo de acceso universal. Incluso cuando se haya alcanzado OA, al menos cuatro clases de barreras de acceso podrían mantenerse:

1. *Barreras de filtrado y censura*. Muchos centros, empresarios y gobiernos quieren limitar lo que se puede ver.

2. *Barreras de lenguaje*. La mayor parte de la literatura en línea está en inglés, o en una única lengua, y la traducción automática es de poca calidad.

3. *Barreras de acceso a discapacitados*. La mayor parte de sitios web no son todavía accesibles a usuarios discapacitados tal como deberían.

4. *Barreras de conectividad*. La brecha digital mantiene a miles de millones de personas, incluidos millones de rigurosos académicos, fuera de conexión.

Incluso si queremos eliminar esas cuatro barreras adicionales (y muchos de nosotros lo queremos) no hay motivos para no permitirles el uso del término «*open access*» hasta que lo hayamos conseguido. Eliminar barreras de precio y de permiso es un significativo nivel digno de reconocimiento con una mención especial".

de revistas OA pueden ser revistas comerciales que, a partir de un determinado período después de su publicación, permiten el acceso a sus ficheros; son lo que se denomina, "revistas de libre acceso con un embargo temporal".

Finalmente, en cuanto a la extensión de los derechos de exclusiva cedidos, varía según cada propuesta. Si hemos de hacer una síntesis, podemos apuntar, como ámbito común, que el libre acceso a obras de propiedad intelectual supone, al menos, la cesión gratuíta y por todo su tiempo de duración de, como mínimo, los derechos de uso, reproducción[24], distribución y comunicación pública; como contrapartida se exige, al menos, el reconocimiento de la autoría.

Respecto a la cesión del derecho a la transformación de la obra y, por tanto, a la realización de obras derivadas o compuestas, hay una mayor diversidad de propuestas. Así, por ejemplo, mientras que, como hemos visto, la *Budapest Open Access Initiative* permite que los autores retengan "un control sobre la integridad de sus trabajos", la *Bethesda Statement on Open Access Publishing* y la *Berlin Declaration on Open Access to Knoledge in the Sciencies and Humanities* establecen que "el/los autor(es) y el/los titular/es de derechos de autor cede/n a todos los usuarios el derecho gratuíto, irrevocable, mundial, perpetuo a [...] hacer y distribuir obras derivadas".

En cuanto a las condiciones o restricciones al ejercicio de los derechos cedidos, además de la ya señalada del reconocimiento de la autoría, muchos autores se reservan el derecho de impedir la difusión de copias mutiladas o tergiversadas de la obra, o su uso con finalidades comerciales.

En cualquier caso, para determinar tanto la extensión de los derechos concedidos como los límites concretos a su ejercicio, habrá que estar no sólo al tipo de vehículo mediante el que se libere la obra (como veremos, mayoritariamente, revistas o repositorios *Open Access*), sino a su concreta especificación en la correspondiente licencia de cesión que se utilice. Como se ha señalado, es cada vez más usual utilizar para ello alguna de las licencias *Creative Commons* (ver *infra*), pero pueden servir muchas otras, incluidas, por supuesto, las de redacción propia[25].

Existen también algunas iniciativas (efectuadas, mayoritariamente, respecto de los resultados de las investigaciones financiadas con fondos públicos) que proponen la declaración de las obras en dominio público[26]. Pero se ha de tener

24 Téngase en cuenta, sin embargo, que el derecho de reproducción está, en ocasiones, sujeto a determinados límites. Así, por ejemplo, la *Bethesda Statement on Open Access Publishing* y la *Berlin Declaration on Open Access to Knoledge in the Sciencies and Humanities* se refieren al "derecho a hacer un pequeño número de copias impresas para su uso personal".

25 PETER SUBER, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 2, que, a su vez, remite a LAWRENCE LIANG, «*A Guide To Open Content Licences*»,

http://pzwart.wdka.hro.nl/mdr/research/lliang/open_content_guide, 17/08/05, 14:56. Para el análisis de los principales modelos de licencias de «contenido abierto», ver éste último.

26 MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al art. 41º», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tecnos, 1997, pág.702: "La expresión «dominio

en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito anglosajón del *copyright*, es dudoso que tal tipo de propuestas pueda llevarse a cabo en el ámbito europeo continental antes de la finalización de la vigencia de los derechos de explotación.

En efecto, el artículo 41 de la Ley de propiedad intelectual (LPI) establece que "la extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público. Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra". Como vemos, sólo se hace referencia a "la extinción de los derechos de explotación" como causa determinante del paso a dominio público de la obra; y la duración de tales derechos[27] se establece, para el autor, con carácter general, en 70 años después de la muerte del último creador sobreviviente[28].

público» utilizada por el artículo 41 LPI no tiene el sentido que habitualmente ostenta en el ámbito jurídico. Cuando se habla de dominio público se piensa fundamentalmente en una forma de titularidad de los bienes: [...] los bienes destinados al uso público (caminos, canales, ríos...) y los bienes destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional [...]. La categoría del dominio público se contrapone aquí a la propiedad privada [...] la Ley de Propiedad Intelectual quiere decir, simple y llanamente, que los derechos de explotacion se han extinguido y que la cosa puede ser utilizada por cualquiera. En este sentido, y empleando metafóricamente una locución más acuñada, puede decirse que la obra caída en el dominio público es una *res nullius*, aunque insusceptible de devenir propiedad privativa y excluyente de alguien porque ya hubo un tiempo anterior en que así fue y consideraciones de política cultural impiden que esa situación vuelva a repetirse ahora; o, más precisamente, una *res communis omnium* no es de nadie y la pueden usar todos".

En relación con ello, véase el interesante movimiento en torno a la «recreación» del concepto de «procomún» ("*the commons*"): pueden encontrarse traducciones de artículos básicos (BENKLER, YOCHAI, «La economía política del procomún»; BOLLIER, DAVID, «El redescubrimiento del procomún») en http://sindominio.net/biblioweb/, 24/03/05, 12:08; y en el sitio http://onthecommons.org/blog/2 puede accederse a *The State of The Commons 2003/04*, 12/07/05, 17:45.

27 IGLESIAS REBOLLO, CÉSAR, «Software libre y otras formas de dominio público anticipado», en VV. AA., *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, Editorial Reus, Madrid, 2005, pág. 193, considera que "el artículo 41 LPI y el artículo 18 del Convenio de Berna, indican implícitamente que, además de la extinción de los derechos de propiedad intelectual por el transcurso del tiempo, pueden existir otras causas de extinción" que habrá que buscar, "por un lado, en la legislación especial de propiedad intelectual y, por otro, dentro de la teoría de la extinción y pérdida de los derechos reales en general".

Sin embargo, en su posterior desarrollo llega a reconocer, por un lado, que "en el derecho vigente no he podido encontrar ningún supuesto de Dominio Público Anticipado Forzoso" (expresión que utiliza para designar a "las obras cuyos derechos de explotación se han extinguido como consecuencia de la concurrencia de un supuesto de hecho previsto en la legislación especial"); y, por otro, que, de todas las causas de extinción de los derechos reales en general, "tan sólo quedaría la renuncia como causa probable de la extinción anticipada de los derechos de explotación".

28 Además, como ha puesto de relieve MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al art. 41º», op. cit., pág. 701, "en rigor una obra está en el dominio público sólo si todos los derechos sobre ella de todos los titulares se han extinguido por el paso del tiempo, porque cabe perfectamente, dada la independencia de los derechos de los titulares (cfr. art. 3.3.º LPI), que respecto de una determinada obra sólo los derechos de algunos titulares estén en el dominio público, en tanto que los de otros subsistan todavía"; se ilustra esta afirmación con el ejemplo de los diferentes titulares de derechos

Podría plantearse que el autor (o el tercero titular de derechos) puede, con anterioridad a la extinción del plazo de vigencia, renunciar a ellos, pero la Ley establece claramente la irrenunciabilidad de los derechos morales del autor y de los denominados "derechos de gestión colectiva obligatoria"[29]. Por ello, aun en el supuesto de que la renuncia a una parte los derechos patrimoniales pudiera considerarse como una causa de su extinción[30], quedarán vigentes el resto de los derechos.

Téngase en cuenta especialmente que los derechos morales del autor (irrenunciables e inalienables), establecidos en el art. 14 LPI, subsisten durante toda la vida del autor y algunos de ellos también pueden ser ejercidos por sus herederos, por instituciones públicas o "cualquier otra persona que tenga un interés legítimo" (art. 15 y 40 LPI); y que entre los derechos morales del autor se encuentran, además de los ya mencionados al reconocimiento de su autoría y a la integridad de la obra, los de "decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma", "modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural", y de "retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación".

Todo ello, en suma, nos hace dudar de la viabilidad de «liberar» una obra en el contexto del Derecho europeo continental renunciando, sin más, a los derechos de explotación económica antes de su agotamiento. En primer lugar, sería necesario, como medida precautoria, inscribir la titularidad de la obra en el Registro y, a continuación, hacer lo propio con la declaración de «liberación», a fin de evitar ulteriores apropiaciones. Además, en cualquier caso, como hemos advertido, subsistirán los derechos morales (y algunos patrimoniales), cuyo

sobre una obra cinematográfica (autores, intérpretes y productores), cuyos derechos tienen períodos de vigencia distintos.

29 IGLESIAS REBOLLO, C., «Software libre y...», op. cit., en pág. 205, nota 51, se refiere a "los derechos establecidos en los artículos 14, 20.3, 25, 108 y 109.3 de la LPI".

30 En contra, MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario al art. 41º», op. cit., pág. 704: "Tampoco hay dominio público en el caso de renuncia por el titular a la percepción de los derechos derivados de la explotación de su obra, perfectamente válida en Derecho siempre que se mantenga dentro de los límites marcados por el artículo 6.2 CC" (el art. 6.2 CC lo que establece es que "la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"; y parece que en el caso que nos ocupa la declaración de una obra en «dominio público» no sólo no contraría el interés público sino que lo fomenta. Ver *infra)*.

IGLESIAS REBOLLO, C., «Software libre y...», op. cit., pág. 206 y 207, si bién manifiesta que "la renuncia a un derecho real no provoca necesariamente su extinción y la mera ausencia de titularidad no es causa para la extinción", considera que "el derecho de propiedad intelectual no es un bien susceptible de apropiación, una vez abandonado no puede ser ejercitado por nadie" por lo que se habría de considerar que en este caso la renuncia sí causaría extinción. No obstante, apunta posibles problemas de validez respecto de derechos de explotación no recogidos expresamente en la LPI, de modalidades de explotación no conocidas en el momento de la renuncia, o de derechos que se reconozcan en el futuro.

ejercicio (irrenunciable), bien por el propio autor bien por los terceros legitimados, podría condicionar el libre acceso.

Por lo que respecta a los vehículos para la liberación de contenidos, se proponen dos principales vías: las revistas OA y los archivos o repositorios OA[31], con características específicas que mencionaremos sumariamente.

Las revistas OA[32] se financian de manera parecida a como lo hacen la mayor parte de las cadenas de televisión o emisoras de radio: "quienes tienen interés en difundir el contenido pagan los costes de producción por lo que el acceso puede ser gratuíto para cualquiera que tenga el equipamiento correcto"[33]. Por otra parte, se ha insistido mucho en que las revistas OA deben comportar *peer review* (evaluación por pares)[34], a fin de garantizar un adecuado nivel científico de sus contenidos. Finalmente, se ha señalado que las revistas OA suelen dejar retener derechos al autor[35].

En cuanto a los archivos o repositorios OA[36], se basan en el «autoarchivo», esto es, la posibilidad dada a los autores de que depositen sus artículos en una base de datos, según estándares definidos que permitan tratarlos como un único fondo de archivo[37]; dicho proceso de depósito, unido a la circunstancia de que no se exija *peer review* para ello, hace que la gestión de estos archivos sea realmente económica, sobre todo si se tienen en cuenta los beneficios que, como contrapartida, suponen para las instituciones que los albergan, fundamentalmente

31 No obstante, como señala PETER SUBER, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 4., hay otros muchos medios OA, como los sitios web personales, los libros electrónicos, *listservs*, foros de discusión, blogs, wikis, dispositivos RSS, y redes P2P de compartición de archivos. Además, indudablemente, habrán muchos más en el futuro. REMEDIOS MELERO, «Significado del acceso abierto *(open access*)...», op. cit., pág. 259: "Estas dos vías se conocen en la bibliografía como Ý*the gold and green roads to open access*Ý: la dorada se refiere a las revistas OA y la verde a los repositorios".

32 Entrada "*Open acces*", en WIKIPEDIA, op. cit.: "Una manera de encontrar una revista OA es buscar en el *Directory of Open Access Journals (DOAJ)* (http://www.doaj.org/)", pero, como se advierte, el citado directorio está lejos de consolidarse y completarse, por lo que, en caso de duda, puede valer la pena preguntar a las propias editoriales...

33 PETER SUBER, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 4.

34 PETER SUBER, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 3 y 4.

35 PETER SUBER, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 4.

36 Entrada "*Open acces*", en WIKIPEDIA, op. cit.: "Para averiguar si una editorial ha dado luz verde al autoarchivo, el autor puede comprobarlo en la lista *Publisher Copyright Policies and Self-Archiving* del sitio web SHERPA (http://sherpa.ac.uk/romeo.php). Para saberlo por revistas, el autor puede verificarlo en el *Self-Archiving Policy by Journal* (...). Una wiki diseñada para ayudar a los centros universitarios a entender el autoarchivo y comenzar a hacerlo, ha sido puesta en marcha por Ari Friedman (http://selfarchive.org/index.php/Main_page). También hay una FAQ de autoarchivo (http://romeo.eprints.org). Más detalles y enlaces pueden encontrarse en Open Access Archivangelism blog (http://openaccess.eprints.org)."

37 La mayor parte de archivos OA "estan creados con paquetes de software con licencia *Open source* y desarrollados por grupos de trabajo vinculados de una manera u otra a la *Open Archive Initiative* e implementan un protocolo común: *OAI-PMH* "(REMEDIOS MELERO, «Significado del acceso abierto *(open access*)...», op. cit., pág. 260 y 261) (http://www.openarchives.org/OAI/openarchivesprotocol.html, 17/08/05, 14:37).

relacionados con el aumento de la visibilidad y el impacto de sus artículos, sus autores y de la propia institución[38].

Los archivos OA pueden contener tanto *preprints* como *postprints*. Los *preprints* o "prepublicaciones" han sido definidos[39] como textos finalizados por uno o varios autores pero aún no publicados (evaluados, corregidos, ...) por un editor. Por su parte, los *postprints* o "postpublicaciones" resultan de un proceso de publicación gestionado por los editores, en el que el autor envía su *preprint*, que es evaluado por un comité científico, que a su vez puede demandar algunas correcciones al autor; el texto defitivo es maquetado e imprimido por el editor que, además, se encarga de su difusión[40].

Los archivos OA pueden limitarse a contener *eprints* (pre o postpublicaciones electrónicas de artículos de revistas) o incluir también tesis, conferencias, materiales de curso, objetos de aprendizaje, archivos de datos, audio o vídeo, grabaciones institucionales o cualquier otra clase de archivo digital[41].

Por lo que respecta a los derechos de exclusiva, los archivos OA pueden facilitar, por defecto, el acceso a todos sus contenidos o permitir a sus creadores controlar el grado de accesibilidad a sus obras[42]. No obstante, cuando se trate de artículos de investigación (el contenido más habitual) se ha de tener en cuenta que, para poder liberar las postpublicaciones correctamente habrá que estar al concreto régimen de cesión de derechos a que se haya sometido el artículo en el correspondiente contrato con la editorial.

38 REMEDIOS MELERO, «Significado del acceso abierto *(open access)*...», op. cit., pág. 262: "El impacto de los trabajos científicos, según el patrón de la literatura impresa, se mide a través de las citas a la revista, al autor o al propio artículo [...]. En las publicaciones a través de internet existen otros parámetros que pueden contribuir adicionalmente a estimar el impacto de las mismas, como son el número de veces que se accede a un artículo (*hits*), la cantidad de descargas (*downloads*) y su inclusión como enlace en otras páginas de internet (visibilidad) [...] De acuerdo con los todavía pocos trabajos sobre el impacto de recursos OA, se ha puesto de manifiesto que el libre acceso a través de internet a los artículos científicos aumenta el número de citas que reciben frente a los que su acceso es restringido".

39 GALLEZOT, GABRIEL, *«Le Libre Accès (Open Access): partager les résultats de la recherche»*, http://archivesic.ccsd.cnrs.fr/sic_00001416.html, 09/05/05, 10:46

40 GALLEZOT, GABRIEL, *«Le Libre Accès (Open Access): partager...»*, op. cit., pág. 3: "Cuando un investigador deposita un '*preprint*' en un AO, sus pares acceden directamente al contenido, evalúan la calidad de sus propuestas según sus propios criterios, y pueden comentar el texto (*peer commentary*, o directamente por *mail* al autor). El investigador es libre de corregir su texto en función de la pertinencia de los comentarios. En el caso de una revista con comité de lectura, la 'libertad del investigador' se convierte en 'necesidad de corregir' ". Este autor hace especial referencia a la idea de que el movimiento *Open Access* "llama al desarrollo de nuevas funciones editoriales que permitan trabajar sobre el mismo proceso de escritura, sus condiciones de producción y sus condiciones de cita".

41 PETER SUBER, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 5.

42 PETER SUBER, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 5.

III. El movimiento del *software* libre y las licencias *Creative Commons*

Tal y como recogen numerosas crónicas[43], en 1986 Richard Stallman publicó el Manifiesto GNU, en el que declaraba su intención y motivos para crear una alternativa libre al sistema operativo Unix. Dicho sistema recibió el nombre de GNU (acrónimo recursivo que significa "**G**NU **N**o es **U**nix"). Para asegurar la consecución de sus objetivos, esto es, que cualesquiera usuarios pudiesen ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar dicho software, se redactó una licencia de cesión de derechos de propiedad intelectual, denominada *GNU General Public Licence (GPL)*. Poco tiempo después, Stallman se incorporó a la *Free Software Foundation*, para desde allí coordinar el proyecto[44].

La idea nuclear, sencilla pero brillante, era utilizar el propio sistema de propiedad intelectual, que la ley atribuye, en principio, a su autor, para garantizar que todos puedan ejercer las denominadas "cuatro libertades": libertad de usar el programa con cualquier propósito, libertad de estudiar cómo funciona y adaptarlo a las propias necesidades, libertad de distribuir copias y libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras. Para ello, la licencia *GPL* cede tales derechos a cualquier usuario, con dos condiciones básicas: que siempre se dé acceso al código fuente del programa[45] y que las obras derivadas que se generen estén sometidas a las mismas condiciones. La cesión es irrevocable, en la medida en que el usuario respete las condiciones de la licencia.

Pero la filosofía inspiradora del movimiento del «*software* libre» suscitó notables suspicacias, sobre todo en el ámbito del desarrollo comercial del *software*. Por ello, se ha venido insistiendo reiteradamente en que el término

43 Ver, por ejemplo, MARESCA, FERNANDO, «Aspectos jurídicos del software libre», Alfa-Redi, Revista de derecho informático, núm. 84, julio 2005, http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=917, (consulta: 26/07/05 18:01), de donde tomamos parte de este resumen. Una crónica de la historia y la filosofía del software libre que se ha convertido en un manual de referencia en castellano es la *Introducción al software libre*, de GONZÁLEZ BARAHONA, J., SEOANE PASCUAL, J., y ROBLES, G, accesible en http://www.uoc.edu). También puede consultarse IGLESIAS REBOLLO, CÉSAR, «Otra forma de distribuir software: las licencias de software libre o de código abierto», en VV. AA., *Anuario de Propiedad intel·lectual 2003* (Coord. C. Rogel), Ed. Reus, Madrid, 2004, pág. 309-340; MATIAS, ENRIQUE, «Una introducción al software libre», en http://sindominio.net/biblioweb/s/view.php?CATEGORY2=5&ID= 140 (11/02/06, 18:54)

44 Para más información, http://www.gnu.org y http://www.fsf.org, así como en STALLMAN, RICHARD M., *Free Software Free Socity: selected essays of Richard M. Stallman*, [ed., Joshua Gay], GNU Press, 2002.

45 El programa es una secuencia de instrucciones para el ordenador que se escribe originariamente por el programador en un lenguaje entendible por los humanos, el "código fuente". Para que las instrucciones sean entendidas y ejecutadas por el ordenador, el programa ha de ser traducido a un lenguaje inteligible para él: el "código objeto".

El denominado "software propietario" (por contraposición al "software libre") suele suministrarse exclusivamente en su versión de "código objeto", a fin de intentar evitar eventuales transformaciones no autorizadas y de proteger en la medida de lo posible el monopolio de los derechos.

«*free*» ha de entenderse en su acepción de «libre», no en el de «gratuito». No se impide en absoluto la comercialización del *software* libre, sobre todo si se acompaña de la prestación de servicios o del suministro de otros bienes; lo que se prohíbe es la necesidad de pagar un precio o pedir permiso para el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

Las mencionadas reticencias del sector comercial motivaron también la aparición, en 1998, de la *Open Source Initiative (OSI)*[46], promovida por Eric Raymond, que pone el acento en la disponibilidad del código fuente y en las ventajas que de ello se derivan: posibilidades de desarrollo exponencial, mejora de la seguridad, interoperabilidad, ...etc. Con esta iniciativa se pretende adoptar un discurso más neutro ideológicamente, llegando a aceptar que las licencias acreditadas con la marca OSI permitan la «no contaminación», esto es, que no exijan al autor de obra derivada que use los mismos términos de licenciamiento[47].

En cualquier caso, el análisis de este interesante modelo de utilización del sistema de propiedad intelectual para, precisamente, obviar sus efectos restrictivos, excede la finalidad de este apunte introductorio. Baste señalar, como rasgos jurídicos que a nuestro entender precisan de ulterior desarrollo, los siguientes:

1. Son contratos redactados en el ámbito del derecho anglosajón del *copyright* que, como es sabido, presenta algunas notables diferencias con el régimen de derechos de autor de la Europa continental[48]. Por ello, no solo requieren de una adaptación a la legislación aplicable al titular de los derechos, sino que su vigencia fuera del territorio en cuestión se verá sometida a un margen de inseguridad.
2. Son contratos de adhesión y, por tanto, sometidos a la legislación reguladora de las condiciones generales de la contratación, en prevención de posibles cláusulas abusivas. En este sentido, hay que reflexionar especialmente sobre la cláusula de exención de responsabilidad.
3. La determinación de la autoría y de la titularidad (originaria o derivada) de los derechos puede presentar trazos confusos, sobre todo en los supuestos de

46 Http://www.opensource.org. No confundir con la *Open Access Initiative*, de la que hemos hablado *supra*.

47 MARESCA, FERNANDO, «Aspectos jurídicos del software libre», op. cit., pág. 10. Sobre el carácter "viral" o "contaminante" de las diferentes licencias de software libre o *open source*, puede verse un cuadro en DALMAS, DOMINIQUE, «La difusión del software libre», en IPR-Helpdesk Bulletin, núm. 22, julio-agosto 2005, http://www.ipr-helpdesk.org/newsletter/22/html/ES/IPRTDarticleN103AC.html 01/08/05, 11: 37.

Para un análisis de las principales modalidades de licencias, ver ST. LAURENT, ANDREW M., *Understanding Open Source & Free Software Licensing*, O'Reilly, 2004.

48 Ver, p. e., BERCOVITZ, R., «Tema I. Introducción a la propiedad intelectual», en VV. AA., *Manual de propiedad intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 20; sobre la exclusión de las facultades morales en el ámbito anglosajon, ver MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al art. 14º», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de propiedad* intel·lectual, (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tecnos, 1997, pág. 216.

procesos de creación en los que intervienen diferentes personas y en la creación asalariada o en virtud de relación funcionarial.

4. La cesión, con carácter indefinido e irrevocable (en la medida en que se respeten las condiciones de la licencia) del derecho a modificar y tranformar la obra podría plantear problemas con la irrenunciabilidad del derecho moral a la integridad de la obra[49].

En el contexto de la efervescencia del movimiento del software libre surge *Creative Commons,* organización sin ánimo de lucro, fundada y actualmente presidida por Lawrence Lessig[50]. Inspirada en la licencia *GPL* de la *Free Software Foundation*, *CC* se propone facilitar modelos de licencias que permitan liberar, de forma fácil, el uso, la distribución y, en su caso, la modificación de toda clase de obras de propiedad intelectual (excepto *software*, para el que recomiendan explícitamente el uso de la licencia *GPL*).

Así, partiendo de varias cláusulas tipo que el autor (o titular de derechos de propiedad intelectual) combina a su elección, se conforma una licencia de cesión de derechos que comparte con la *GPL* su irrevocabilidad en la medida en que el licenciatario la respete. Las cláusulas a las que el licenciante puede condicionar el ejercicio de sus derechos son las siguientes: a) "reconocimiento" de la autoría: cualquier uso o distribución de la obra ha de incorporar el reconocimiento de el autor original; b) "usos no comerciales": si se utiliza esta cláusula, se autoriza cualesquiera usos no comerciales (si lo que se quiere es usar la obra para actividades de las que se vaya a obtener un lucro, entonces sí que se ha de solicitar previamente la autorización; esto permitirá que, en su caso, el licenciante pueda obtener, si lo desea, una retribucion económica; c) "sin obra derivada": esta opción permite copiar, distribuir y exhibir la obra, pero no alterarla o transformarla; d) "compartir igual": significa que quien quiera transformar la obra o crear una derivada, habrá de hacerla accesible en las mismas condiciones establecidas en la licencia de la obra original[51].

49 Se han de tener presentes, no obstante, las salvedades ya reseñadas *supra* de GERMÁN BERCOVITZ, «Tema 3. Los derechos de explotación», op. cit., pág. 97, respecto del derecho moral a la integridad de la obra.

50 Lawrence Lessig es profesor de derecho en la Universidad de Stanford. Su currículum y la referencia de su bibliografía (una parte de la cual está accesible en Red) pueden consultarse e su sitio web: http://www.lessig.org/

51 Ver http://creativecommons.org/license/meet-the-licenses, 19/08/05, 12:58. También puede consultarse la información en castellano, en el sitio web de Creative Commons-España: http://es.creativecommons.org/licencia/.

Creative Commons también elabora licencias dirigidas a regular determinados usos específicos, como el "*sampling*": "Las licencias de sampling le permiten invitar a otras personas a utilizar una parte de su obra y hacer una nueva. Por ejemplo:- Tomar un fragmento de su canción e incluirlo en la suya. - Utilizar un clip de su película. - Tomar un fragmento de su fotografía y colocarlo en un collage". http://creativecommons.org/license/sampling?lang=es, 19/08/05, 12:52.

Creative Commons también ofrece su sitio web para que quienes lo deseen, liberen su obra al dominio público[52]. Sin embargo, como hemos visto, éste es uno de los aspectos en que la diferencia entre el sistema anglosajón de *copyright* y el europeo de derechos de autor se hace patente. Mientras que en EEUU o Inglaterra la dedicación de la obra al dominio público "es una manera de declarar, simplemente «sin derechos reservados»", en España y otros estados de la Europa continental, como hemos visto, la legislación sobre propiedad intelectual sólo reconoce el dominio público de la obra una vez agotado el período de vigencia de los derechos de explotación y aún entonces subsisten algunos derechos que pueden ser ejercitados por los herederos del titular o por las administraciones públicas. No queda claro, pues, que la opción de dedicar la obra al dominio público tenga la misma validez en todo el mundo...

Uno de los proyectos más recientemente puestos en marcha por *Creative Commons* es *Science Commons*, cuya misión declarada es "fomentar la innovación científica facilitando a los científicos, a las universidades y a las industrias usar literatura, datos y otra propiedad intelectual científica y compartir su conocimiento con otros. *Science Commons* trabaja con el derecho de autor y la legislación sobre patentes vigentes para facilitar mecanismos que eliminen barreras que dificulten la 'compartición' ". El proyecto, que se encuentra en su fase inicial, parece trabajar en la línea de las propuestas *Open Access*[53].

Una de las objeciones más serias que desde la comunidad de desarrolladores de software libre se han formulado respecto de las licencias *CC* es que, como el mismo Lawrence Lessig dice, *Creative Commons* "da a los creadores la libertad de elegir cómo han de ser usadas sus obras" o, como se indica en un cómic del propio sitio web, "nuestras licencias os ayudan a mantener vuestros derechos de autor permitiendo algunos usos de vuestra obra. Os ayudan a ofrecer vuestra obra creativa con algunos derechos reservados". Pero, como se ha señalado, "eso no es libertad en el sentido que el término es usado en *software* libre"[54].

En efecto, "un requerimiento de reconocimiento de autoría no viola las cuatro libertades" enunciadas por R. Stallman para la *Free Software Definition*, "por lo

Otra de las licencias que ofrece *Creative Commons* es la licencia "Naciones en Desarrollo", mediante la cual los derechos de autor de la obra tendrán plena vigencia sólo en los países desarrollados, mientras que la obra se ofrece de forma abierta en los países en vías de desarrollo; http://creativecommons.org/license/devnations (12/02/06, 13:45): *"1. Definitions [...] c. "Developing Nation" means any nation that is not classified as a «high-income economy» by the World Bank".*

52

53 Para más información, puede consultarse su sitio web: http://sciencecommons.org/ (12/02/06, 13:23)

54 MAKO HILL, BENJAMIN, «*Towards a standard of freedom: Creative Commons and the Free Software Movement*», http://www.advogato.org/article/851.html, 01/08/05, 13:30. También se puede consultar en el sitio web del autor: http://mako.cc/

tanto, una licencia requiriendo esta atribución puede ser libre"; pero "una cláusula de uso no comercial restringe la primera libertad" ["libertad de usar el programa, para cualquier finalidad"], "como resultado, las licencias que exceptuan el uso comercial son consideradas no libres -para bien o para mal". Como descriptivamente se señala, "*CC* ha reemplazado lo que podría haber sido una llamada a un mundo donde «los derechos esenciales no son reservables» por la relativa inconsistencia de «algunos derechos reservados»"[55].

Frente a ello, Lessig responde que "las licencias *Creative Commons* funcionan permitiendo que los creadores den más libertades sobre el uso de sus trabajos. La libertad que se permite está en manos de los creadores. Y cada vez que se usa una licencia *CC*, hay un trozo de cultura que es más libre que si no se hubiera usado esta licencia"[56].

IV. Algunas cuestiones que plantea la normativa de proiedad intelectual en relación con el «Conocimiento Libre» en el ámbito académico del Estado Español

Como es sabido, la norma jurídica básica en materia de propiedad intelectual en el Estado español es el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (LPI)[57]. Veamos, partiendo de este marco normativo, las principales cuestiones que suscita la puesta en práctica de las propuestas de «conocimiento libre» en el ámbito académico.

55 Como se recordará, el símbolo de la doble C dentro de un círculo, que simboliza las licencias de *Creative Commons*, va acompañado de la leyenda "*some rights reserved*".

56 " ... no soy artista, y confieso que no sé cómo tiene que hacer la gente con su trabajo, ni me siento moralmente justificado para decírselo. *Creative Commons* les dice como pueden hacer sus obras más libres, no cómo deben hacerlo, porque creo que este no es nuestro papel", MIQUEL VIDAL, «Resumen de la charla de Lessig en Copyfight», Resumen de Cc-es, Vol 19, Envío 1, http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2005-July/001155.html , 02/08/05, 10:19; también puede consultarse en http://barrapunto.com/especiales/05/07/31/131209.shtml. Copyfight se realizó del 15 al 17 de julio de 2005 en Barcelona, como "ciclo de actividades sobre la crisis imparable del modelo actual de propiedad intelectual, y la emergencia de la cultura libre"; puede accederse a los resúmenes y transcripciones de las diferentes actividades en http://www.elastico.net/copyfight y en http://www.filmica.com/eventos/.

57 Se ha de tener presente, no obstante que la necesidad perentoria de adaptar el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE núm. 97, de 22.4.96) a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.5.2001, 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 (DOCE núm. L 167, de 22.6.01; corr. err. núm. L 6, de 10.1.02; el plazo de transposición finalizó el 22.12.02.]

En primer lugar, como ya hemos hecho notar, es el autor, en tanto que titular originario de los derechos de propiedad intelectual sobre su obra, quien puede decidir su puesta a disposición OA. Pero se ha de tener en cuenta que existen otros posibles titulares de derechos de explotación, fundamentalmente de dos tipos: las editoriales que publican los resultados de la actividad investigadora y docente, y los empleadores de investigadores y docentes (universidades y otras instituciones de investigación y docencia, públicas y privadas).

Centrándonos en la autoría, se ha de tener presente que, cada vez con mayor habitualidad intervienen diversas personas en el proceso de creación. En tales casos, se hace necesario clarificar su régimen de participación: quiénes, por la originalidad de sus aportaciones, pueden considerarse autores y quiénes serán meros colaboradores; si el régimen de toma de decisiones y, en su caso, la existencia de labores de coordinación hacen que estemos ante una obra colectiva (en cuyo caso, y salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra corresponden a la persona, física o jurídica, que la edite y divulgue bajo su nombre), o ante una obra en colaboración (resultado unitario de la colaboración de varios autores, a quienés corresponderán los derechos sobre la obra, en la proporción que determinen). Además, en un proceso de elaboración sucesiva de obras derivadas, también habrá que estar al grado de originalidad de las diferentes aportaciones. Si bien es cierto que esta problemática no es exclusiva de las obras que se pretenda liberar, condicionará, en su caso la correspondiente decisión.

Por lo que respecta a las editoriales, es usual (aunque ello varía, según las áreas de conocimiento y de si se trata de la publicación de monografías o de publicaciones periódicas[58]) que exijan la cesión de la mayor parte de los derechos de explotación y con la mayor amplitud posible, aprovechando que el interés fundamental de los investigadores es el de incrementar la visibilidad y el impacto de su obra. El resultado es que las editoriales (que no pagan a la mayor parte de los autores o les pagan pequeñas cantidades y que también reciben en muchas

llevó a la elaboración de un anteproyecto de Ley de reforma de la LPI, que suscitó notable polémica. El recientemente publicado Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la LPI (BOCG, serie A, núm. 44-1, de 26/08/05) mantiene la mayor parte de los aspectos considerados polémicos (fundamentalmente, los relacionados con los límites a los derechos, tales como la copia privada o la cita e ilustración de la enseñanza).

58 Como refiere REMEDIOS MELERO, «Significado del acceso abierto *(open access*)...», op. cit., pág. 258 y 259, las tendencias, a nivel internacional, parecen estar cambiando o, al menos, moderándose: "La *Universidad de Loughborough* (UK) ha llevado a cabo un proyecto llamado *Romeo* (*Rights metadata for open archiving*) en el que se han analizado los acuerdos de copyright entre autores y editoriales de más de 8.000 revistas publicadas por 103 editoriales. Los resultados, de forma resumida, ofrecieron que el 91% de las revistas (66% editoriales [...]) permitían el depósito de pre- o post-prints. [...] Incluso *Elsevier*, en mayo de 2004, modificó su política de derechos sobre los artículos aceptados para su publicación, consecuencia del impacto creciente y de las iniciativas en torno del acceso abierto a las publicaciones electrónicas. [...] En enero de 2005 la revista *Nature* manifestó en un comunicado de prensa su apoyo e instaba a sus autores al auto-archivo de la versión revisada y aceptada, una vez pasados 6 meses de su publicación"

ocasiones el trabajo de *peer-review* gratuitamente[59]) reciben la plusvalía del trabajo generado mediante la inversión de otras entidades: las instituciones de investigación y enseñanza empleadoras. Además, mientras que las editoriales suelen apropiarse de los derechos de explotación, son las empleadoras de los académicos sus principales clientas, utilizando para ello una parte cada vez más significativa de sus presupuestos para hacer frente a la necesidad de acceder a los resultados de la investigación [véanse los presupuestos de las bibliotecas y/o de publicación (propia o externa) de resultados].

Pero, con independencia de la valoración que nos merezca la situación, lo bien cierto es que mientras los investigadores no cuenten con medios alternativos de difusión de los resultados de su investigación, suficientes y con el adecuado nivel de calidad, van a continuar tendiendo a ceder sus derechos a las editoriales[60]. Habrá que estar, pues, al contenido concreto de las correspondientes licencias de cesión de derechos[61]. Pero también se ha de tener en cuenta que es nulo el contrato de edición no formalizado por escrito o que no exprese el número máximo y mínimo de ejemplares de la edición o la remuneración del autor, a tanto alzado o proporcional a los ingresos (art. 61 LPI).

En cualquier caso, es habitual que las universidades y otras instituciones académicas permanezcan pasivas ante la cesión de los derechos de propiedad intelectual por parte de los autores en favor de las editoriales, cuando lo cierto es que, como veremos, son titulares derivativos de al menos una parte de los derechos de explotación sobre los resultados de la investigación y la docencia que financian.

V. Creadores y empleadores: la titularidad de los derechos de exclusiva

El art. 51 LPI regula el régimen general de la transmisión de los derechos del autor asalariado. En él se establece que "la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se

59 Peter Suber, «*Open Acces Overview...*», op. cit., pág. 4.

60 Ramón Casas Vallés, «La ciencia va al juzgado (el "caso DNA antiguo")», Pe. i., núm. 16, enero-abril, 2004, pág. 109: "La presión para divulgar es muy grande. Aunque siempre quepa la justicia histórica, el científico sabe que su carrera depende de un reconocimiento tempestivo. [...] A la postre, son las publicaciones y su solvencia, valoradas en los correspondientes *índices de citas*, las que determinan la jerarquía en las comunidades científicas. De ellas depende el prestigio de los investigadores y, por tanto, también los recursos que aseguran la continuidad y altura de su trabajo. El conocido *«publish or perish»*, que ha llevado incluso a invertir el orden lógico de las cosas haciendo del medio un fin en sí mismo, resume bien la idea. La ciencia no publicada no existe; y la no citada es *de facto* como si no existiera".

61 Remedios Melero, «Significado del acceso abierto *(open access*)...», op. cit., pág. 258: "la recomendación que hacen organizaciones como la *Open Archives Initiatives*, *Sparc* (*The Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition*) o *BOAI* (*Budapest Open Access Initiative*) es la inclusión de una adenda en dicho acuerdo en la que se especifique que el autor puede disponer de su artículo para archivarlo en repositorios institucionales o en páginas web personales con la referencia y agradecimientos a la fuente donde se haya publicado [...]. También puede darse el caso de que la editorial explicite en sus acuerdos de copyright las condiciones bajo las cuales el

regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito". Además, "a falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral"[62].

En primer lugar, quizá no sea superfluo incidir en que la transmisión al empleador, en su caso, lo es sólo de los derechos de explotación económica de la obra, puesto que, como es sabido, los derechos morales únicamente son ejercitables (con carácter irrenunciable, y con las excepciones ya citadas) por el autor. Por tanto, aún en los supuestos en que se produzca la transmisión legal, los derechos morales se mantienen por el autor.

Por lo demás, partiendo de que "la aplicación del art. 51 LPI exige como presupuesto que exista una relación laboral entre el autor y quien va a ser titular de los derechos de explotación de la obra"[63], podemos extraer una primera conclusión: las creaciones de propiedad intelectual de todo el personal laboral de las instituciones de investigación y enseñanza que sean fruto, precisamente, de dicha relación laboral, estarán sometidas al citado régimen de transmisión de derechos.

Eso incluye, por tanto, de una parte, al personal docente e investigador contratado entre cuyas funciones se incluya cualquier clase de creación intelectual: profesorado ayudante, ayudante doctor, colaborador, contratado doctor, asociado y visitante (art. 48.1 de la Ley Orgánica de Universidades) y a "personal docente, personal investigador, personal técnico u otro personal, para el desarrollo de proyectos concretos de investigación científica o técnica" (art. 48.3 LOU). Pero también al personal de administración y servicios con relación de carácter laboral que incluya la creación de obra de propiedad intelectual (art. 73 LOU).

En cambio, paradójicamente, no parece que pueda incluirse en la transmisión legal de derechos del artículo 51 LPI a la obra de propiedad intelectual realizada por los funcionarios, tanto PDI como PAS, ya que, como es sabido, el art. 1.3, a) del Estatuto de los Trabajadores los excluye de la condición de trabajadores por cuenta ajena.

autor puede disponer de una copia para su inserción en un repositorio institucional, página web personal, etc."

62 Como excepción, "la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario" se regula en un artículo distinto, el 97.4 LPI, aunque, a los efectos que nos ocupan, las diferencias no son notables: "la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario" (si bién aquí no será necesario que el pacto conste por escrito, la cesión se da imperativamente).

63 ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «Tema 6. La transmisión de los derechos de autor», en VV. AA. , *Manual de propiedad intelectual* (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2003, pág. 164 y 165.

En efecto, aunque algunos autores, siguiendo la tendencia que propugna un tratamiento común de ambas figuras (laboral y funcionarial[64]), han propuesto una aplicación analógica del artículo 51 LPI, dado que en la relación funcionarial se darían los tres elementos exigibles en toda relación laboral (ajeneidad, dependencia y remuneración dineraria)[65], no debe olvidarse que, cuando el legislador ha querido equipararlas, lo ha hecho. Es el caso de la Ley de Patentes que en su artículo 20.1 declara aplicables, en general, las normas reguladoras de la invención laboral[66] a los funcionarios, y establece en los apartados 2 a 9 del mismo artículo 20 LP todo un régimen especial para las invenciones realizadas por el profesorado universitario en el "ámbito de sus funciones docente e

64 Sobre la tendencia a la «laborización» del funcionariado, si bien en el contexto de las invenciones laborales, ver PÉREZ PÉREZ, MANUEL, *Invenciones laborales de trabajadores, profesionales universitarios y personal investigador*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 139-141.

65 RODRÍGUEZ TAPIA, JOSÉ MIGUEL, «Comentario al artículo 51º», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de propiedad* intel·lectual, (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tecnos, 1997, pág. 841 y 842: "La analogía está prohibida únicamente para normas penales, excepcionales o de ámbito temporal, lo que no es nuestro caso. [...] La identidad de razón entre los supuestos análogos y el contemplado en el artículo 51 se dará cuando [...] los elementos de la *ratio* son tres: a) creación no espontánea del cedente, sino a instancia del cesionario, porque le ha encomendado ciertas funciones o le ha dado precisas instrucciones; b) deber de no competencia con el cesionario o subordinación al mismo; c) enajenación de los resultados del trabajo. Parece que estos tres elementos se dan sin duda en las relaciones nacidas de la función pública, pero la falta de «espontaneidad en la creación» no abarca todas las creaciones del funcionario sino aquéllas dadas como consecuencia del servicio público". También abogan por la aplicación analógica GALÁN CORONA, EDUARDO, «Comentario al Título VII del Libro I», en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Dirs. M. Albaladejo y S. Díaz), EDERSA, tomo V, vol 4º B, Madrid, 1995, pág. 261, y ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica», Pe.I., 2001, núm. 8, pág. 44.

66 Art. 15 LP: "1. Las invenciones, realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa, que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato, pertenecen al empresario. 2. El trabajador, autor de la invención, no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, excepto si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa exceden de manera evidente del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo".

El Título IV de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (arts. 15 a 20) está íntegramente dedicado a la regulación de las invenciones laborales. Para su análisis, ver LOIS BASTIDA, FÁTIMA, *La protección del inventor asalariado*, Civitas, Madrid, 2000; FERNÁNDEZ DE CORDOBA, SOFÍA, *Derecho de patentes e investigación científica,* Tirant lo Blanch, 1996; y BLANCO JIMÉNEZ, ARACELI, *Protección jurídica de las invenciones universitarias y laborales*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

investigadora" y para las del "personal investigador de entes públicos de investigación"[67] [68].

Todo ello nos conduce a remarcar dos cuestiones: la primera es que, en cualquier caso, para que se produzca la transmisión legal de derechos de propiedad intelectual de su autor a la universidad o centro público de investigación, se ha de tratar de una obra creada en virtud de relación laboral que incluya, precisamente, la obligación de «crear obra»[69]. La segunda es que, como hemos ido reiterando, la creación intelectual puede ser de muy diversa índole y, por tanto, no estar sometida a la legislación de propiedad intelectual, sino a la de propiedad industrial.

Así, como acabamos de ver, si el resultado de la labor investigadora es una invención, la Ley de Patentes establece que "corresponde a la Universidad la titularidad de las invenciones realizadas por el profesor como consecuencia de su función de investigación en la universidad y que pertenezcan al ámbito de sus funciones docente e investigadora". E idéntico será el régimen aplicable a la obtención de nuevas variedades vegetales, en virtud de la remisión que a él hace la Ley de protección de las obtenciones vegetales (art. 10.5[70]). En cambio, será

67 En relación con el personal al servicio de entes públicos de investigación, ver, además, el Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación (BOE núm. 26, de 30.01.02), que establece que "corresponde a los organismos públicos de investigación [...] la titularidad de las invenciones realizadas por el personal investigador como consecuencia de las actividades desarrolladas en el ámbito específico de sus funciones".

68 Seguimos, con ello, la opinión de DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, «Comentario al artículo 97º», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de propiedad* intel·lectual, (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tecnos, 1997, pág. 1441: "La comparación con lo dispuesto en la Lpat. me parece muy ilustrativa. [...] En ausencia de norma extensiva similar en la LPI, no creo que deba admitirse una aplicación analógica. En el sistema de la LPI no hay más cesiones legales, que suponen excepción a la norma general del artículo 43, que las determinadas expresamente en la ley; y es obvio que la ley no se refiere expresamente a los funcionarios". El profesor Delgado añade, además, que "nunca sería posible, respecto del funcionario, el «pacto en contrario» previsto al final del precepto: señal de que éste no pretende incluirlo".

69 VALDÉS ALONSO, ALBERTO, *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 91: "El sentido de este precepto está presuponiendo que la relación laboral existente siempre tiene por objeto la creación de obras intelectuales con independencia de que se hayan pactado expresamente (art. 51.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), o no se haya hecho [de tal manera] (51.2 TRLPI), los términos por los que habrá de regirse la transmisión de los derechos de explotación inherentes a las mismas. La ausencia de pacto expreso sobre la cesión de los derechos de la obra creada no presupone, en absoluto, que la actividad contratada sea ajena a la creación intelectual".

70 Art. 10.5 de la Ley 3/2000, de 7 de enero, por la que se aprueba el régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (BOE núm. 8, de 10.01.00): "Cuando el obtentor sea un trabajador por cuenta ajena o empleado público, el derecho del obtentor se regirá por la normativa aplicable a la relación de servicios de que se trate y, en su defecto, se aplicará supletoriamente la regulación de las invenciones laborales, contenida en el Título IV de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes".

más difícil de determinar si el régimen de las invenciones laborales es aplicable a todo el profesorado y personal investigador cuando la creación sea objeto de la Ley de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores (chips)[71] o de la Ley de protección jurídica del diseño industrial[72]. En relación con ello, podría ser de utilidad consultar lo previsto al respecto, en su caso, en los correspondientes Estatutos universitarios o en sus normas de desarrollo[73].

Por lo demás, queda abierta la cuestión de si son posibles los pactos *extralegem* para los supuestos en que no se da una transmisión legal de derechos de explotación, como es el caso, entendemos, de la creación «funcionarial».

VI. Derecho público y Derecho privado: interés general y «propiedad» del conocimiento y de la cultura

A la vista del panorama esbozado, ¿cual es la situación actual y cuales las perspectivas de cambio de las Universidades y otras instituciones públicas españolas de investigación en relación con el movimiento *Open Access*?.

Respecto de la titularidad de los derechos de explotación sobre los resultados de la investigación que financian, ya se ha expuesto la situación paradójica que se da: mientras que los derechos sobre el trabajo del personal laboral son objeto de transmisión legal en su favor (salvo pacto en contrario), la titularidad de los correlativos derechos sobre resultados generados por personal funcionario va a depender de si se trata de obras protegidas jurídicamente por la propiedad intelectual o por alguna de las modalidades de propiedad industrial. Es bastante probable que tan caótico (y potencialmente conflictivo) régimen sea una de las causas de la pasividad de las instituciones públicas de investigación.

71 Art. 3.2. a) de la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores (BOE núm. 108, de 05.05.88): "El derecho a la protección de las topografías de productos semiconductores, creadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo con la Empresa, se regirá por lo establecido en el Título IV, Invenciones Laborales, de la de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes

b) El derecho a la protección de las topografías de productos semiconductores, creadas en virtud de un contrato no laboral, corresponderá a la parte contractual que haya encargado la topografía, salvo que el contrato estipule lo contrario.".

72 Art. 15 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial (BOE núm. 163, 08/07/03): "Cuando el diseño haya sido desarrollado por un empleado en ejecución de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario o empleador, o por encargo en el marco de una relación de servicios, el derecho a registrar el diseño corresponderá al empresario o a la parte contractual que haya encargado la realización del diseño, salvo que en el contrato se disponga otra cosa"

73 No obstante, la «hipersensibilidad» que puede generar la materia lleva, las más de las veces, a la redacción de normas excesivamente genéricas, o que remiten a ulteriores desarrollos reglamentarios (pendientes de elaboración), o que restringen su ámbito a la regulación de las invenciones, ignorando otras creaciones intelectuales (comenzando por la más general, la literatura académica).

Pero también ha quedado reseñada otra paradoja, de mayor alcance si cabe: mientras que las principales empleadoras de los investigadores son financiadas mayoritariamente con recursos provinentes del erario público, los derechos de explotación sobre sus resultados son cedidos, con la mayor amplitud posible y muchas veces gratuitamente, a editoriales y otras empresas privadas, que se aprovechan del interés de los investigadores en incrementar la visibilidad y el impacto de su obra. La paradoja se completa cuando se observa que son precisamente las instituciones (mayoritariamente públicas) de investigación las principales clientas de las editoriales de literatura académica.

Y no son estos los únicos perjuicios que se derivan para las entidades académicas públicas del vigente sistema de propiedad intelectual. Por una parte, la modalidad pedagógica del denominado *e-learning* comienza a plantear cada vez mayores interrogantes sobre la utilización en línea de obras de propiedad intelectual (o industrial) como ilustración de los contenidos[74]. Por otra, la cada vez mayor presión de las corporaciones detentadoras de derechos de exclusiva para ampliar sus ingresos pone en peligro tradicionales excepciones como el

74 Ver al respecto, COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL PARA EDUCACIÓN Y CULTURA, "e-Learning. Designing Tomorrow's Education. Report on the consultation workshops 'Access Rights for e-Learning Content' & 'Creating, sharing and reusing e-Learning Content' ", DG EAC/BH D(2004), Bruselas, 5.7.2005; IGLESIAS, Mª JOSÉ, "Excepciones educativas a los derechos de autor en la enseñanza en línea: la Teach act americana y el panorama europeo", IPR-Helpdesk Bulletin, núm. 17, Oct-Nov. 2004,

http://www.ipr-helpdesk.org/newsletter/17/html/ES/IPRTDarticleN10592.html , 28/12/04, 10:29; y SUTHERSANEN, UMA, "Copyright and Educational Policies: A Stakeholder Analysis", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, núm. 4 (2003), pág. 585-609.

En relación con ello, el citado Proyecto de Ley de modificación de la LPI (26/08/05) propone la introducción de un nuevo apartado 2 en el artículo 32 que, si bien explicita la autorización al "profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios" lo limita estrictamente: "cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida" y únicamente respecto de obras ya divulgadas, citando la autoría y la fuente, salvo que resulte imposible.

préstamo gratuíto por bibliotecas públicas[75] u otros usos no lucrativos hasta ahora excluídos[76].

Frente a todo ello, parece llegada la hora de que universidades y otras instituciones académicas vayan adoptando una posición más activa en la reivindicación de su papel de socialización del conocimiento. No debe olvidarse, en primer lugar, el mandato constitucional que establece que "los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho" y que "promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general" (art. 44 CE)[77].

75 IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Tema 15...», op. cit., pág. 300: "El art. 37 va a permitir digitalizar los fondos de las instituciones mencionadas en dicho precepto siempre que se den las condiciones legalmente previstas, pero no es posible al amparo de dicha norma poner en línea los fondos de una institución, puesto que en este caso hay comunicación pública de la obra. Si la obra es accesible desde un único ordenador, entendemos que estamos ante una reproducción permitida, no ante una comunicación al público. Si son varios los ordenadores desde los que se puede acceder a la obra, habrá que estar al número concreto de ellos".

El Proyecto de Ley de modificación de la LPI (26/08/05) propone añadir un apartado 3 al art. 37 que autoriza exclusivamente "la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación, cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado [museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español] y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia".

76 IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Tema 15...», op. cit., pág. 300: "respecto de las bases de datos electrónicas, el art. 34.2,b) permite al usuario el acceso en línea sin autorización del autor (interpretando que el término «utilización» incluye el acceso en línea) siempre que estemos dentro de los límites estrictos de la norma, aunque no queda claro si dicho usuario debe ser el legítimo —como parece ser lo lógico, a la vista del artículo 34.1 y del 135.1 b)— o cualquiera. Lo mismo debe decirse en el caso del art. 135.1 b) respecto de la extracción vía Internet de partes no sustanciales de bases de datos, aunque en este caso es claro que la excepción sólo juega para el usuario legítimo".

Art. 34.2 LPI: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 31 [Reproducción sin autorización], no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley y que haya sido divulgada: [...] b) Cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente."

Art. 135.1 LPI: "El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, en los siguientes casos: [...] b) Cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente."

77 PÉREZ PÉREZ, MANUEL, *Invenciones laborales...*, op. cit., pág. 58 y 59: "el artículo 44.2 utiliza la expresión en imperativo, promoverán, referible a los poderes públicos. En qué debe consistir la acción de promoción es algo fácil de entender si uno se atiene al verbo utilizado: ante todo mover hacia adelante el objeto referido o procurar moverlo hacia posición superior, porque se estime que está postergado o por debajo del lugar que debería corresponderle; pero también,

Pero además, tampoco se ha de perder de vista que, más allá del debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual[78], ésta no deja de ser, en cualquier caso, "propiedad"; especial, no cabe duda, pero "propiedad"[79]. Y, como la propia Constitución establece, la propiedad privada tiene su límite en su función social[80]; por ello, razones de utilidad pública o interés social pueden llegar a justificar su desprivatización. En ese sentido, precisamente, una de las

tratar de lograrlo como objetivo, y, por tanto, no sólo obviando los obstáculos que lo impidan sino sobre todo facilitando su consecución primero y su acceso después con medios de todo tipo, en definitiva, a través de políticas facilitadoras de su alcance".

78 PLAZA PENADÉS, JAVIER, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 235-238, analiza las diferentes teorías doctrinales sobre el alcance del «derecho a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica» reuniéndolas en tres grandes grupos: "A) Aquellos que defienden que el artículo 20.1.b) CE consagra un derecho a la creación y producción intelectual totalmente distinto y desconectado del derecho de autor. [...] los defensores de esta teoría sitúan la protección de la propiedad intelectual en el artículo 33 de la Constitución, junto con la protección constitucional de la propiedad ordinaria. B) Aquellos que piensan que «todo» el derecho de autor está protegido constitucionalmente, «y en su integridad», en el artículo 20.1.b) CE. [...] C) Por último, nos encontramos con aquellos que escinden la protección del derecho de autor en dos: la protección del [sic] derechos personales o morales, por un lado, y la protección de los derechos patrimoniales o de explotación por otro. Entendiendo que la protección del derecho moral del autor estaría ubicada en el artículo 20.1.b) CE, mientras que la de los derechos patrimoniales estarían [sic] recogidos en el artículo 33 de la CE".

También recorre las mencionadas teorías doctrinales DE ROMÁN PÉREZ, R., «Naturaleza jurídica del derecho de autor», en VV. AA., *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, (Coord., C. Iglesias), Editorial Reus, Madrid, 2005, pág. 13-48. Esta autora, que se manifiesta partidaria de la ubicación del derecho de autor a través del art. 33, recoge la tesis de E. AMAT LLARÍ [*El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992], que guarda un cierto paralelismo, en relación con la explotación comercial de la imagen personal: "el derecho a la intimidad sería un derecho de la personalidad, pero el derecho al valor comercial de la imagen sería, en cambio, un derecho de propiedad".

79 BERCOVITZ, R., «Tema I. ...», op. cit, pág. 22 y 23: "Esta inmaterialidad de la obra no es obstáculo para que el derecho de autor, que la tiene por objeto, sea considerado como un derecho de propiedad. Así queda reconocido explícitamente tanto en la denominación de propiedad intelectual como en los artículos 428 y 429 CC, que —no se olvide— siguen vigentes. Cierto que los mencionados preceptos reenvían a la ley sobre propiedad intelectual vigente en cada momento para la regulación de la misma, pero reconocen que se trata de un derecho de propiedad, aunque especial (el Título IV del Libro II —en el que se integra el Capítulo III: «De la propiedad intelectual»— se titula «De algunas propiedades especiales») por razón de su objeto, y que, como tal, atribuye a su titular (originariamente el autor) «el derecho de gozar y disponer» de la obra «sin más limitaciones que las establecidas en la Ley» dice el art. 2º LPI. Lo que consiste —toda propiedad cualquiera que sea la naturaleza de su objeto— en un derecho de exclusiva sobre la obra. Su titular es el único que puede disfrutarla y explotarla. De manera que puede prohibir su utilización a cualquier sujeto y puede autorizarla a quien quiera y en los términos que quiera". ROMÁN PÉREZ, R., «Naturaleza jurídica del derecho de autor», en pág. 46-48, refiere la defensa de la propiedad intelectual como propiedad especial por parte de un amplio sector de la doctrina autorizada.

80 LACRUZ BERDEJO, J. L., «Comentario al art. 2º», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de propiedad* intel·lectual, (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tecnos, 1997, pág. 38: "En el concepto de *propiedad* se integra, con arreglo al artículo 33 de la Constitución, la llamada «función social» de

"especialidades" de la propiedad intelectual, la de su duración limitada, puede estar dando un indicio de que su función social es más acentuada[81]: se ha de compatibilizar, cuanto menos, el derecho individual a la propiedad privada del art. 33 CE, con el derecho colectivo al acceso a la cultura en igualdad de condiciones del art. 44 CE[82].

Otro ejemplo de la tensión (o, si se prefiere, de la necesidad de conciliación) entre interés individual y colectivo que subyace en la propiedad intelectual lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 40 LPI[83], cuando establece que "Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que

aquélla, que «delimita su contenido de acuerdo con las leyes». En términos generales, se entiende que este precepto significa que la propiedad desempeña una función social al par que la individual, regla de principio que no proporciona la solución expresa de ningún problema, pero que suministra una directriz genérica que habrán de tener en cuenta, en el momento de decidir, el legislador mismo, o el juez, o el propietario. Significa que el bien tiene también un valor protegible para la colectividad: para los *no dueños*, y por tanto para el conjunto de los ciudadanos actuales o futuros. Lo cual puede predicarse de modo eminente de la propiedad intelectual, que encierra —o puede encerrar— valores sociales que han de ser defendidos frente a todos, e incluso frente al propio titular (cfr. Arts. 14.5º y 40). [...] "si la función social plantea siempre al legislador o al intérprete el difícil problema de establecer un equilibrio entre el carácter tendencialmente absoluto y total de las facultades del dueño en el plano estructural del derecho de propiedad, y los imperativos sociales que por mandato de la Constitución la conforman y moldean en el plano funcional, este contraste es palmario en tema de propiedad intelectual, formando parte de la esfera íntima y personal del autor, entregada a su discreción y constitucionalmente defendida frente a unos valores sociales que, a su vez, tampoco pueden ser sacrificados sin condiciones al individuo".

81 Marín López, J. J., «Comentario al art. 41º», op. cit., pág. 702: "si se repara en que la función social del derecho de propiedad delimita su contenido, la propia institución del dominio público cuenta con respaldo constitucional, hasta el punto de que quizá una hipotética perpetuidad de los derechos de explotación no fuera concorde con la Constitución".

82 Anguita Villanueva, Luis, «Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura», en VV. AA., *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, (Coord., C. Iglesias), Editorial Reus, Madrid, 2005, pág. 65 y 66.

83 Para una crítica jurídico-técnica de este artículo, ver Anguita Villanueva, L., «Derechos fundamentales y propiedad intelectual...», op. cit., pág. 82-85, quien, aunque lo califica como "tal vez el más inútil artículo respecto al encuentro entre propiedad intelectual y el derecho de acceso a la cultura consagrado en el art. 44 de la CE", acaba por incluirlo entre ellos (art. 14, 5º, que limita el derecho moral a modificar la obra mediante la exigencia de respeto a la protección de los "bienes de interés cultural"; arts. 15 y 16, que legitiman a las instituciones públicas con funciones de carácter cultural para ejercer, *mortis causa*, determinados derechos morales; art. 32, referido al denominado "derecho de cita"; arts. 34.2, 40 ter y 135.1,b, en relación con los límites a la propiedad intelectual de las bases de datos; art. 37, para la autorización de la reproducción y préstamo en instituciones públicas; y el 41, dado que, a su juicio, la existencia del acceso al dominio público, en tanto que "especialidad respecto al resto de las propiedades viene fundamentada en el derecho de acceso a la cultura").

tenga un interés legítimo". Como se ha señalado, "a nuestro legislador no parece haberle movido el respeto a la voluntad del autor, operando así una transformación extrema en el contenido de la facultad de divulgación, que queda en entredicho tras la muerte de su titular natural, convirtiéndose en una facultad que ha de actuarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, es decir, de acuerdo al interés social, según resulta del emplazamiento sistemático de tal precepto constitucional, sin que haya referencia legal a la intención del autor"[84].

La cuestión que, en definitiva, queda abierta es hasta dónde pueden llegar las Universidades y otras entidades académicas públicas en su "promoción y tutela" del acceso a la cultura, la ciencia y la tecnología. De lo que no cabe duda es que, en el proceso, habrán de adoptar un papel más activo en la mediación entre los legítimos intereses particulares de los creadores y los intereses colectivos a que se deben en virtud de su financiación pública.

84 Caramés Puentes, J., «Comentario al art. 40», en VV. AA., *Comentarios a la Ley de propiedad* intel·lectual, (Coord. R. Bercovitz), 2ª ed., Tecnos, 1997, pág. 688.

El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español

Henar Álvarez Cuesta*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Derechos morales del creador universitario de software; 3. Derechos de explotación de los programas de software creados en el ámbito universitario; 4. Posibilidad de alterar la regulación legal: pacto entre investigador y Universidad; 5. Creación de software libre por el personal universitario; 6. El fallido Proyecto de Directiva europea sobre patentes de software

Resumen

En las siguientes páginas aparecerán esbozadas las líneas generales de las posibilidades presentes en España para elaborar software libre en el ámbito universitario y las condiciones laborales previstas para su desarrollo, así como quién tiene el derecho de explotación sobre la obra y la decisión última sobre la forma de divulgación y las facultades que conserva el personal investigador. Por último, resulta conveniente reflexionar sobre las consecuencias que acarrearía la opción legal de su regulación en forma de patente en este ámbito.

Palabras clave: Software libre. Profesor universitario. Derechos económicos. Derechos morales. Derechos laborales. Patente.

Abstract

The following pages describe the general lines of the present possibilities in Spain to elaborate free software in the university area and the labour conditions for these special workers. The problem is who has the economic rights and what kind of rights preserve the professors. At the end, it appears a reflection about the consecuences of protecting software by copyright.

Key word: Free software. Professor. Economic rights. Moral rights. Labour rights. Copyright.

Recibido: 11/02/2006 •Aceptado: 28/02/2006

* Doctora en Derecho por la Universidad de León (España). Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de León (España). Correo electrónico ddahac@unileon.es.

1. Introducción

La Ley de Propiedad Intelectual española define en su artículo 96 el programa de ordenador como "toda secuencia de instrucciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuera su forma de expresión y fijación". Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), es "el conjunto de instrucciones que cuando se incorpora a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consigne una función, tarea o resultados determinados"[1]. Por su parte, la doctrina lo considera "un conjunto de órdenes o instrucciones que, siguiendo una lógica determinada, guían o dirigen las actividades del sistema (ordenador), indicándole las acciones u operaciones a realizar para lograr el fin deseado"[2].

Tomando como referencia el término software libre ofrecido por la *Free Software Definition,* este concepto hace referencia a la libertad de los usuarios para ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el software. Entre las libertades propias del software libre aparecen las siguientes:

- La libertad de usar el programa, con cualquier propósito (libertad 0).
- La libertad de estudiar cómo funciona el programa, y adaptarlo a tus necesidades (libertad 1). El acceso al código fuente es una condición previa para esto.
- La libertad de distribuir copias, con lo que puedes ayudar a tu vecino (libertad 2).
- La libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras a los demás, de modo que toda la comunidad se beneficie. (libertad 3). El acceso al código fuente es un requisito previo para esto.

Haciendo uso de las mismas leyes de derecho de autor, una de las estrategias jurídicas desarrollada consiste en el *copyleft*, el cual se da cuando el titular de los derechos de autor de la obra renuncia al monopolio de explotación bajo la condición de que las futuras distribuciones de su software, en su versión original o modificada, concedan a los potenciales usuarios las mismas facultades de utilización que él confirió, no permitiéndose a los redistribuidores añadir a su licencia restricciones adicionales a las de la licencia que se sirvieron.

La dificultad con que tradicionalmente se ha enfrentado el software libre ha sido el de la financiación para su creación y desarrollo, en tanto y pese a que libre no significa gratuito (lo que se prohíbe es la necesidad de pagar un precio o

1 OMPI, *Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Suiza, 1980, pág. 228.

2 DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Derecho informático*, Pamplona (Aranzadi), 1993, pág. 118.

pedir permiso para el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual), no resulta económicamente tan rentable para las empresas, y por tal motivo, pocos son los trabajadores contratados para su creación. No obstante, existen fórmulas para lograr su rentabilidad, por ejemplo, empresas que distribuyen versiones de programas de código abierto garantizando su funcionamiento a cambio de un precio, o bien corporaciones que pretenden conseguir una determinada imagen de marca por poner a disposición del usuario dicho software. Dichas empresas contratarán trabajadores sometidos al Derecho Laboral así como a las normas de propiedad intelectual.

Más acorde con el espíritu de este software resulta su creación en el seno de una Administración Pública, amparada dicha investigación por razones de interés público y de modo específico en las universidades, volviendo al origen de su nacimiento y en cumplimiento del mandato constitucional antes mencionado: "promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general" (art. 44 Constitución Española).

El fundamento para la creación de software libre en el seno universitario parece claro, pero la legislación actual no lo contempla, procede por tanto analizar las vías jurídicas para su elaboración y el régimen jurídico aplicable a sus autores, anunciando que las respuestas ofrecidas servirán también para el resto de trabajadores contratados por empresas privadas.

Existen dos colectivos que prestan servicios en el ámbito universitario, funcionarios y laborales. Los primeros, y pese a la falta de un precepto específico que aplique los artículos 51 y 97 de la Ley de Propiedad Intelectual a los funcionarios (al contrario que la Ley de Patentes), cabe entender cómo, al darse las circunstancias de subordinación y realización de una labor creativa en el marco de un servicio específico, el régimen previsto en la LPI para los trabajadores por cuenta ajena será también el aplicable a los funcionarios y personas unidas por vínculo estatutario[3]. En cuanto a los segundos, no cabe duda cómo las nuevas figuras contractuales creadas por la Ley Orgánica de Universidades (profesores ayudantes, ayudantes doctores, contratados doctores, eméritos[4]…) están unidas a la Universidad correspondiente a través de un vínculo laboral, y por tanto, les será de aplicación la normativa a continuación expuesta.

3 QUIRÓS HIDALGO, J. G. "El artículo 51 LPI y los derechos de autor del profesorado universitario", en prensa. ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: "Un ensayo sobre la protección jurídica de los programas de ordenador", *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 8, 2001, pág. 44 y RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: "Comentario al artículo 51 LPI", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Tecnos), 1997, pág. 841. *Contra*, SENENT VIDAL, M. J.: "Una aproximación jurídica al concepto de 'conocimiento libre'", en prensa.

4 Sobre su regulación, REY GUANTER, S. (del) y MARTÍNEZ FONS, D.: "El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria", *RL*, núm. 14, 2005, págs. 13 y ss. y MORENO GENÉ, J.: *La actividad investigadora y la contratación laboral: una constante relación de desencuentros*, Valencia (Tirant lo blanch), 2005.

Respecto a si entre sus funciones cabe exigirles la creación de programas informáticos a aquellos de tal especialidad, y dejando a un lado discusiones bizantinas sobre las obligaciones del profesorado universitario, la duda quedaría despejada al acudir a los grupos de investigación organizados que firman contratos donde se comprometen a realizar tales funciones y a ellos habrá que estar; también aparece como un derecho y un deber de los docentes las tareas investigadoras en los diversos Estatutos de las Universidades.

Una vez definidos los parámetros, conviene profundizar en el régimen de transmisión de los derechos sobre el software en una relación estatutaria o laboral. El creador de un programa de ordenador, sea libre o propietario, como regla general, adquiere los derechos morales y económicos. En cambio, cuando el creador está vinculado a través de un contrato laboral, el artículo 97.4 LPI establece una cesión *ex lege* de las facultades de explotación a su empresario, en este caso, la Universidad, conservando el autor los derechos morales.

2. Derechos morales del creador universitario de software

Respecto a los derechos morales, varias son las facultades que los integran:

- así, el investigador podrá renunciar posteriormente a su creación al reconocimiento de su paternidad, nunca antes: "el programador podría exigir que su nombre apareciera como creador del *software* –en los casos en los que esta identificación sea posible– en los elementos de acceso al mismo y en toda la documentación complementaria, en lugar y de modo que no pase fácilmente inadvertido"[5].
- ocultarla y evitar los eventuales perjuicios a su reputación profesional;
- en cuanto al respeto a la integridad de la obra ("exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación" –art. 14.4 LPI–), resulta transformado en esta materia, pues el empresario ostenta un amplio margen para adaptar el programa con el fin de satisfacer los intereses de su factoría[6]; y en el caso del software libre no sólo por parte del empresario, también de los usuarios o licenciatarios, pues, dependiendo de las distintas licencias, les concederá ese derecho.

5 SOLER MASOTA, P.: "Tratamiento jurídico del *software* desarrollado en régimen asalariado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 1999", *RTSS(CEF)*, núm. 209-210, 2000, pág. 143.

6 RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La siempre conflictiva relación del trabajador intelectual y un apunte específico para el creador de "software"*, León (Universidad), 2004, pág. 67.

Importantes consideraciones plantea el derecho del autor a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma desde un punto de vista jurídico[7]; en el ámbito laboral, el programador ha ejercitado dicha opción a la firma del contrato laboral, eligiendo su divulgación a través de la explotación por el empresario.

- por último, el artículo 14.6 LPI otorga la facultad de retirar la obra del comercio y desvincularse del contrato de cesión sobre el que se apoya la explotación de la obra por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, referido al software libre, por ejemplo, que un creador de software propietario cambiara su ideología sobre tal cuestión, pero esta retirada está condicionada a la previa indemnización de daños y perjuicios al empresario[8]. No cabría la posibilidad contraria, que un programador de software libre (contratado bajo tal consideración) decidiera retirar su programa del comercio bajo tal régimen (libertad) para comercializarlo con posterioridad como software propietario, pues en tal caso perseguiría un fin económico contrario a la finalidad de la norma. En consecuencia, tampoco cabrá aducir por parte del creador un derecho al arrepentimiento e impedir, por este camino, su comercialización; la oposición es considerada por la jurisprudencia como abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual, capaces ambas de amparar un despido disciplinario[9].

Estos derechos morales deben ser ejercitados conforme al deber de buena fe[10] presente en el contrato de trabajo, por tal motivo, estos derechos del programador en el seno de una relación laboral son prácticamente nulos.

7 Divulgación es toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma, AA.VV.: *Manual de propiedad intelectual* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.), Valencia (Tirant lo blanch), 2003, pág. 116.

8 PÉREZ PUEYO, M. A.: "La protección jurídica de los programas de ordenador. Una visión desde la legislación española", *Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pág. 398.

9 "Este se opuso a la utilización del programa informático propiedad de la empresa, conducta que evidencia un abuso de confianza en el desempeño del trabajo y un desconocimiento de la buena fe que debe presidir el desarrollo de toda relación laboral", STSJ Asturias 10 diciembre 1999 (Art. 4114).

10 La buena fe, definida como "un principio general que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, convirtiéndose en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones, de modo que empresario y trabajador tienen derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación sea social y contractualmente correcta", [ESCUDERO MORATALLA, J. F.; FRIGOLA VALLINA, J. y CORBELLA HERREROS, T.: "El principio de buena fe en el contrato de trabajo", *RL*, núm. 19, 1997, pág. 46] obliga a que "el trabajador, como cualquier otro contratante, [ajuste] su conducta a una norma de rectitud y de honradez frente a la otra parte, con realización de todo lo que contribuya al mejor cumplimiento de la relación y abstención de comportamientos desleales", MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 2005, pág. 574.

3. Derechos de explotación de los programas de software creados en el ámbito universitario

Por su parte, la Universidad adquiriría los programas de ordenador creados por sus trabajadores mediante una verdadera cesión legal, *ope legis*, el trabajador no podría acreditar la falta de transmisión, pues ésta sucede en defecto de la voluntad de las partes. La atribución al empleador de los derechos de explotación en este caso es directa, consecuencia natural de la relación de dependencia (laboral o funcionarial) y podrá ejercer los derechos de explotación contemplados en el artículo 99 LPI.

Los tribunales han aplicado la doctrina anterior al considerar cómo "la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto al programa fuente […] como el programa objeto corresponderán exclusivamente al empresario… La negativa del trabajador a la entrega de dichos programas supone una violación de sus obligaciones laborales por lo que en su opinión el despido deviene plenamente ajustado a derecho por transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza y desobediencia"[11].

En cuanto a la posibilidad de liberar el software creado, no existirá problema jurídico alguno, cuando en el contrato de trabajo esté claramente especificado si lo creado por el trabajador va a ser o no software libre, al propio contrato se ha de estar. Cuando tal cláusula no esté presente, habrá que estar al contenido de la prestación de servicios. Así, el empleado cumple con entregar el objeto de su investigación, el programa al empleador; la facultad de decidir si su puesta a disposición será en forma de software libre o propietario corresponderá al empleador, de acuerdo con la finalidad del contrato de trabajo. La descompilación, recogida en el artículo 100 LPI, aparece encuadrada como un límite a las facultades del derecho de explotación, y como tal, pertenecerá al empresario, pero, incluso de considerarlo como una facultad perteneciente al operario, no podrá ejercer este derecho abusando de él sino limitado por el especial vínculo de subordinación y dependencia que ha decidido asumir. Por tal motivo, si el trabajador decide liberalizar el software en contra de la opinión del empresario, tal actitud será contraria a la buena fe contractual y susceptible de ser sancionada hasta con el despido disciplinario o la correspondiente prevista para los funcionarios públicos.

4. Posibilidad de alterar la regulación legal: pacto entre investigador y Universidad

El artículo 97.4 *in fine* LPI parte del principio de libertad de pacto, en virtud del cual empresario y trabajador podrán establecer las reglas que entiendan más adecuadas para la explotación de los derechos de propiedad intelectual sobre el

11 STSJ Asturias 10 diciembre 1999 (Art. 4114).

programa, abriendo así la posibilidad de realizar entre empresario y trabajador "un pacto en contrario", tanto en el propio contrato laboral como un acuerdo durante su vigencia o presente en el convenio colectivo[12], quebrando la cesión *ope legis supra* analizada[13].

De este modo, pueden acordar la creación de software libre desde el inicio, la posibilidad de liberarlo por el propio trabajador después de un período de explotación económica por el empresario o pactar el paso de crear software libre a propietario.

Tal posibilidad de pacto presenta gran importancia en el ámbito universitario, pues cabe pactar con la Universidad, en el inicio del contrato o en cualquier momento de su vigencia, la fórmula para la explotación del software creado por su personal laboral o funcionario; de este modo, cabrá establecer un plazo para su paso de software propietario a libre, por ejemplo o la distribución a través de una concreta licencia de software libre.

A falta de pacto alguno, los trabajadores y funcionarios que presten servicios en una Universidad estarán sometidos al régimen analizado, debiendo estar al objeto de su contrato o de su vínculo funcionarial para analizar si han sido contratados para programar. Desde luego, la Ley Orgánica de Universidades española contempla, con carácter general, la celebración de contratos para el desarrollo de trabajos científicos del profesorado de las universidades con otras universidades, entidades públicas o privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico (art. 83), remitiendo la ley a los respectivos estatutos de cada Universidad el establecimiento de los procedimientos de autorización de los contratos y los criterios de explotación de los bienes que se obtengan, incluida la explotación de los programas de software creados en este marco.

También la Ley alude al supuesto tan habitual de los contratos de investigación celebrados por el profesor con entidades públicas o privadas (a través de proyectos de investigación, por ejemplo), en tal caso, el contrato deberá especificar a cual de las partes contratantes corresponderá la titularidad de la misma.

Realizando un somero recorrido por las previsiones recogidas a este respecto en algunos Estatutos, pocos son aquellos que contemplan el régimen de explotación de los programas de ordenador creados por sus trabajadores o funcionarios. Tal sucede con el Estatuto de la Universidad Jaume I de Castellón, el cual dispone cómo "en los convenios y contratos, de acuerdo con las normas de desarrollo, se fijarán los compromisos de cada una de las partes, las compensaciones, en su caso, por la utilización de los servicios y la infraestructura

12 PÉREZ PUEYO, M. A.: "La protección jurídica de los programas de ordenador. Una visión desde la legislación española", cit., pág. 395.

13 RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La siempre conflictiva relación del trabajador intelectual y un apunte específico para el creador de "software"*, cit., págs. 83 y ss.

de la Universidad, así como las cuestiones sobre la titularidad de los derechos de propiedad intelectual o industrial de la obra resultante" (art. 145.3) y respecto a las invenciones reenvía a un reglamento aprobado por el Consejo Rector (art. 147; art. 158.2 Estatuto de la Universidad de León; art. 186 Universidad Autónoma de Barcelona). Por su parte, la Universidad Complutense de Madrid dispone cómo "en todos los contratos celebrados al amparo de este Capítulo se deberá especificar la titularidad de los derechos de propiedad intelectual o industrial de la obra resultante. Los beneficios netos que se produzcan como consecuencia de la explotación de patentes y marcas se distribuirán al 50 por ciento entre la UCM y los inventores" (art. 174 Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid).

Más específicamente, la Universidad de León, juntamente con la regulación de las patentes de los profesores e investigadores, se atribuye la titularidad de los programas de ordenador creados por su personal de acuerdo con la LPI (disposición adicional Reglamento de la Oficina de Transferencia de Resultados de Investigación –OTRI– de 1999).

Más extraño resulta encontrar algún precepto en la regulación universitaria que mencione la posibilidad de utilizar software libre o bien fomentar su creación y desarrollo en el propio seno de la organización.

5. Creación de software libre por el personal universitario

Sin embargo, no todo el software creado por los investigadores pertenecerá a la Universidad, así, un empleado, al desarrollar un programa en su tiempo libre y sin conexión con su contrato de trabajo ni con su ámbito de investigación, en principio quedaría fuera de la aplicación del artículo 97.4 LPI; la actividad del autor se comparará con la desarrollada habitualmente para decidir sobre la deslealtad de la competencia, no prohibiéndole abstractamente toda oportunidad de creación individual y propia.

Siguiendo tal teoría, no existe una obligación legal de ofrecer al empleador ese resultado, ni siquiera una opción preferente para su compra por aplicación analógica de la Ley de Patentes o en virtud de la lealtad debida por el trabajador a su empresario[14]. Así un programador podría dedicar su tiempo libre a crear software libre sin ninguna vinculación con la actividad empresarial de su empleador y sin repercusión alguna en el vínculo que les une, salvo posibles cláusulas de exclusividad.

Pero en el supuesto de que su comercialización concurra con la actividad del empresario en el mercado, empiezan a surgir inconvenientes. En tal caso, la jurisprudencia mayoritaria lo considera competencia desleal (art. 21.1 ET)

14 En contra, manteniendo la existencia de una obligación del trabajador de ofrecer la obra primeramente a su empresario antes que a un tercero en virtud de la buena fe contractual, VALDÉS ALONSO, A.: *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Madrid (Civitas), 2001, pág. 297.

"sancionable, [que] se da cuando se produce una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador, que entre en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado en el que se disputa el mismo potencial de clientes, o lo que es igual, sólo se da la concurrencia cuando se trabaja en una empresa que hace la competencia a la propia sin ésta saberlo, radicando la deslealtad en la competencia que se hace a la empresa y no en el trabajo que se presta"[15]; constituyendo razón y motivo suficiente para extinguir el contrato calificándolo como despido procedente [art. 54.2 d) ET].

Tal solución procedería incluso cuando el programador no pretendiera lucrarse con el software libre, cediéndolo de modo gratuito. Pero en ese caso, también habría competencia desleal, pues el fundamento de la prohibición establecida en el artículo 21.1 ET radicaría en evitar el perjuicio para el empresario[16], no el beneficio de su trabajador[17].

6. El fallido Proyecto de Directiva europea sobre patentes de software

El Parlamento europeo ha discutido y, por el momento, rechazado, el Proyecto de Directiva 579/2002, sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador, la cual, en su artículo 4, encomendaba a los Estados la misión de garantizar "que las invenciones implementadas en ordenadores sean patentables a condición de que sean nuevas, supongan una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial".

Aplicado el precepto anterior a los programas informáticos, serían patentables las invenciones que incorporen programas de ordenador a máquinas o aparatos que producen resultados industriales, esto es, resultados que tengan una manifestación física susceptible de ser comercializada autónomamente, o que produzcan efectos técnicos en el funcionamiento del ordenador.

15 STSJ Andalucía/Granada 30 septiembre 1999 (Art. 4754).

16 También se produciría aun cuando no hubiera ninguno: "la deslealtad consiste en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone" [SSTS 24 y 25 febrero y 26 septiembre 1984 (RJ 918, 921 y 4478)], "pero también en abusar de la confianza recibida de la empresa, en razón del cargo desempeñado, rebasando los límites de éste, en provecho propio o de un tercero que no sea acreedor directo de las prestaciones empresariales. Dicha falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, bastando el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad propios de la relación laboral" [SSTS 26 mayo 1986 (RJ 2689) y 26 enero 1987 (RJ 130)], "pues los daños y perjuicios causados son uno de los elementos a tener en cuenta para valorar la gravedad de la falta, pero no el único, pudiendo ponderarse otros como la situación objetiva del riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza, o el efecto pernicioso para la organización productiva" (SSTSJ Navarra de 20 noviembre 1997 (AS 3907) y Andalucía/Málaga 11 junio 1999 (AS 1939)].

17 AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, León (Universidad), 2003, pág. 291.

Si se pretende proteger por medio de patentes estas invenciones, tal y como pretendía el Proyecto de Directiva, se exigiría que tanto los medios como el resultado sean industriales, que la descripción que deba hacerse pública incluya el código fuente y deberá permitirse plenamente la investigación sobre el objeto de la patente y por tanto su descompilación, protegiendo el programa de ordenador y las ideas caracterizadoras del mismo.

Las críticas a este Proyecto han sido numerosas, comenzando con el peligro real de crear un "monopolio" de grandes empresas, las cuales cuentan con mayor número de solicitudes y pueden llegar a, por un lado, colapsar el sistema y, por otro, pleitear por la patente de sus invenciones, aun cuando contengan un mínimo nivel inventivo[18].

A través de la LPI, la protección resulta más fácil para los autores, habida cuenta que se consigue por el simple hecho de la creación, sin necesidad de registros ni pago de tasas.

En cuanto al ámbito específico de la relación laboral, en caso de considerarlos patentes, tal protección asegura al empresario una mejor por más directa asignación de titularidad de derechos[19], pues de acuerdo con el art. 15.1 LP, las invenciones realizadas por el trabajador pertenecen al empresario durante la vigencia del contrato y un año después de su extinción (art. 19 LP), restringiéndose considerablemente los derechos en favor del trabajador[20]: por ejemplo, no tiene derecho a remuneración complementaria alguna por su realización, excepto cuando la aportación personal exceda de forma evidente del contenido explícito del contrato de trabajo o de la prestación de servicios.

Incluso, fuera del caso anterior, cuando el trabajador realizase una invención en relación con su actividad profesional en la empresa y en su obtención hubieran influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, pertenecerá al empresario, quien podrá asumir su titularidad o reservarse un derecho de utilización sobre la misma (art. 17.1 LP). En ese caso, el trabajador tendrá derecho a una compensación económica justa, fijada en atención a la importancia industrial y comercial del invento y teniendo en cuenta el valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y las aportaciones propias del trabajador (art. 17.2 LP).

También la Ley de Patentes prevé un procedimiento para la comunicación de la invención realizada: mediante comunicación escrita de trabajador a empresario, con los datos e informes necesarios para que éste pueda ejercitar los derechos

18 BERCOVITZ, A.: "Sobre la patentabilidad de las invenciones referentes a programas de ordenador", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 571, 2003, pág. 4.

19 ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.: "Un ensayo sobre la protección jurídica de los programas de ordenador", *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 8, 2001, págs. 62 y ss.

20 Sobre la regulación de las invenciones laborales, por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B.: "De las invenciones laborales", *TS*, núm. 83, 1997, págs. 37 y ss.

que le corresponden en el plazo de tres meses. El incumplimiento de esta obligación llevara consigo la pérdida de los derechos reconocidos al operario (art. 18 LP).

El régimen legal favorece que las Universidades asuman la titularidad sobre las patentes creadas por el profesor universitario como consecuencia de su investigación y siempre que caigan dentro del ámbito de funciones docentes e investigadoras propias. El profesor (inventor) tiene derecho, no obstante, a una remuneración en los beneficios obtenidos como consecuencia de la explotación de la patente; la cuantía concreta de dicha participación será determinada por cada estatuto de Universidad particularmente (art. 20 LP).

Sin embargo, también cabe la posibilidad opuesta, la Universidad cederá la titularidad de las invenciones realizadas al autor de las mismas, reservándose una licencia no exclusiva, intransferible y gratuita de explotación y cuando el profesor obtenga beneficios de la explotación, la Universidad tendrá derecho a una participación en los mismos determinada por los Estatutos de la Universidad (art. 20.4 y 5 LP).

7. A modo de conclusión

Para finalizar, cabe precisar cómo la aplicación del artículo 97 LPI al profesorado universitario viene motivada por las recientes reformas operadas en el régimen de contratación del personal docente e investigador en los centros de educación superior en España. Así, la aplicación del artículo 97 LPI al personal laboral contratado por las Universidades resulta de la propia dicción literal legal, mas tal doctrina encuentra serios inconvenientes y numerosas críticas respecto al funcionamiento efectivo de tal cesión legal.

En fin, sólo cabe denunciar la ausencia de una regulación específica y completa para aquellos creadores que prestan servicios por cuenta ajena, sea para un empresario privado o para una Administración Pública, y tal silencio se hace aún más patente en cuanto al ámbito del conocimiento libre y más en las Universidades, quienes, y pese a contar con las facultades necesarias para regular la creación intelectual libre por parte de sus investigadores, han preferido normar las invenciones y patentes y no una herramienta tan poderosa de desarrollo como es el software libre, olvidando cómo lo que conduce y arrastra el mundo no son las máquinas sino las ideas, y sobre todo, las ideas libres.

"El régimen de propiedad intelectual del profesorado universitario en España y su relación con los sistemas Open Access"

José Gustavo Quirós Hidalgo*

SUMARIO: 1. Régimen jurídico aplicable a la transmisión de los derechos patrimoniales de las obras científicas del profesorado universitario. 2. La producción científica del profesorado universitario y las posibilidades del sistema *Open Access.* 3. Implicaciones de los sistemas *Open Access* para los derechos morales y patrimoniales de la propiedad intelectual en el ámbito universitario. 4. A modo de conclusiones.

Resumen

Los derechos de propiedad intelectual que surgen de una obra para su autor pueden ser de tipo moral o patrimonial. En cuanto a la transmisión de los segundos que derivan de la producción científica del profesorado universitario, se discute si pertenecen o no *ab initio* a la Universidad empleadora. En ese caso, la utilización de mecanismos *Open Acces* institucionales (revistas electrónicas y repositorios) serían un mecanismo ideal para la divulgación del conocimiento. También, por supuesto, en caso contrario, por cesión del propio autor o de la editorial privada donde se hubiera publicado previamente el trabajo. Además, su inclusión en Internet no supone necesariamente una mayor facilidad para lesionar aquellos derechos, debido a los mecanismos de protección ideados y a la seriedad, rigor y profesionalidad de la comunidad científica.

Palabras clave: Propiedad intelectual. Profesorado universitario. *Open Access.*

Abstract

Author' intelectual property rights contents in its work can be moral or economic. Concerning the transmisión of the second kind of rights derived from the university professor's scientist produce, there are a debate about if they belong *ab initio* to the

Recibido: 25/02/2006 •Aceptado: 01/03/2006

* Licenciado en Derecho y Doctor por la Universidad de León (España). Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León (España). Correo electrónico ddajrh@unileon.es

employer University. In that case, the use of Open Access institutional mechanisms (electronic journals and repositories) would be an ideal mechanism in order to spread knowledge. And as well, of course, in the opposite hypothesis, if the author or the private publishing firm (that had published previously the work) transmitted the rights. In addition, its inclusion on the Internet does not suppose necessarily a greater facility to injure those rights, due to the mechanisms of protection thought up and to the seriousness, severity and professionalism of the scientific community.

Key words: Intelectual property. university professors. Open Access.

1. Régimen jurídico aplicable a la transmisión de los derechos patrimoniales de las obras científicas del profesorado universitario

La regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de Propiedad Intelectual (LPI) atiende y desarrolla los derechos recogidos en el art. 20.1.b) de la Constitución Española[1] a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a los cuales, por regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, les resulta de aplicación la protección dada por el art. 53.1 de la Norma Fundamental, debiendo su ejercicio venir regulado por ley. La producción científica del profesorado universitario encuentra cobijo en el concepto de obra protegida contenida en el art. 10 de la citada norma, por cuanto el objeto de la propiedad intelectual aparece definido como "todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro"[2].

Por tal motivo, la LPI ha de quedar configurada como la norma reguladora de los derechos de propiedad intelectual del profesorado universitario sobre sus

1 Sobre el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad intelectual y la posibilidad de un mejor encuadramiento en el art. 33 CE (derecho a la propiedad privada) frente al 20.1.b) (que protege la "producción y creación literaria, artística, científica y técnica"), VALDÉS ALONSO, A.: *Propiedad intelectual y relación de trabajo: la transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo: artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Madrid (Civitas), 2001, págs. 39 y ss.

2 Teniendo claro que lo amparado por la tutela ofrecida no viene dado por el contenido, sino más precisamente por la propia obra en sí misma, por su forma literaria o artística o, en definitiva, lo que de creación pueda tener su texto o contenido, AVILÉS CARCELLER, R.: "La investigación científica y su protección en nuestro ordenamiento a la vista de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2004", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 621, 2004 ó VALBUENA GUTIÉRREZ, A.: *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada (Comares), 2000, págs. 31 y ss., citando a muchos otros autores de igual opinión a partir de la Convención Universal de Ginebra.

obras[3], utilizando el legislador nacional a tal efecto el término "propiedad intelectual" en sentido estricto, y remitiendo a las normas relativas a la "propiedad industrial" (significativamente, Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad –LP–) para, en su caso, brindar oportuna protección a otros elementos de la "propiedad intelectual" incluidos en el amplio significado del concepto utilizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o la Organización Mundial de Consumo, como serían las ideas, principios, teorías, diseños y aplicaciones industriales o marcas derivadas de aquéllas.

De cualquier obra así concebida surgen para el profesor universitario ("persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica", art. 5.1 LPI) los denominados "derechos de autor", consistentes en la unión de dos especies de distinta naturaleza: los de carácter personal o moral y los de carácter patrimonial, "que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley" (art. 2 LPI). Aun cuando se encuentran en dos aparentes compartimentos estancos, guardan entre sí una muy estrecha relación; realmente, el vínculo entre unos y otros sería de anterioridad en el tiempo y, por tanto, requisito previo uno del otro, pues resulta difícil pensar en, por ejemplo, comunicar públicamente una obra (derecho de explotación) si previamente el autor no ha ejercitado en sentido positivo su divulgación (facultad moral)[4].

Los primeros, definidos como "aquel cúmulo de facultades que asisten al autor para proteger su obra en cuanto proyección de su personalidad"[5], comprenden el derecho a decidir si se divulga o no; en caso afirmativo, a hacerlo con su nombre o bajo seudónimo; a exigir el reconocimiento de la autoría o permanecer en el anonimato; el derecho a la integridad, a modificar la obra y, en fin, a retirarla del comercio debido a un cambio de convicciones intelectuales previa indemnización (art. 14 LPI)[6]. Tales derechos son irrenunciables,

3 "Ante el planteamiento de qué normativa regula y protege la investigación científica, se considera generalmente que la ley idónea para estos supuestos es la Ley de la Propiedad Intelectual, ya que la actividad científica es un quehacer en que la intelectualidad es evidente", AVILÉS CARCELLER, R.: "La investigación científica y su protección en nuestro ordenamiento a la vista de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2004", cit.

4 RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La siempre conflictiva relación del trabajador individual y un apunte específico para el creador de 'software'*, León (Universidad), 2004, pág. 26.

5 VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados", en AA.VV.: *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (RODRIGUEZ PIÑERO-ROYO, M. C., Coord.), Madrid (Tecnos), 1999, págs. 99 y ss.

6 Un completo estudio sobre los derechos morales en la obra citada en la nota anterior o en AA.VV. (RIGEL VIDÉ, C., Coord.): *En torno a los derechos morales de los creadores*, Madrid (Reus), 2003 y OLLERO TASSARA, A.: "Los llamados derechos morales del autor en los debates parlamentarios", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 34, 1995, págs. 29 y ss.

inembargables, inalienables y, alguno de ellos (exigir el reconocimiento de la autoría o impedir cualquier deformación), imprescriptible tras la muerte del autor, pudiendo ser confiado su respectivo ejercicio a persona física o jurídica por disposición de última voluntad (art. 15 LPI) y, en ausencia de las mismas, al Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales e Instituciones públicas de carácter cultural (art. 16 LPI).

Por otra parte, los patrimoniales vienen dados por "aquellas facultades cuyo ejercicio puede generar un aprovechamiento patrimonial para el autor"[7] no necesariamente económico[8] –si bien constituirá, a buen seguro, el principal beneficio de su titular, habida cuenta suponen "el reconocimiento al autor de su derecho a controlar la obra y a obtener rendimientos económicos de su trabajo o creación"[9]– Abarcan los derechos de reproducción (art. 18 LPI), distribución (art. 19 LPI), reproducción o comunicación pública (art. 20 LPI), transformación (art. 21 LPI), colección completa o escogida (art. 22 LPI), participación (art. 24 LPI) y remuneración por copia privada (art. 25 LPI)[10]. Su ejercicio exclusivo corresponde originariamente al autor (art. 17 LPI) y son transmisibles, siendo cada uno de ellos independientes entre sí (art. 23 LPI).

La titularidad de unos y otros corresponde al autor "por el solo hecho de su creación" (art. 1 LPI), pero ello no impide, como se ha indicado, la posible existencia de transmisiones *mortis causa* para ambos tipos o mediante actos *inter vivos* para los patrimoniales, incluso a favor de personas jurídicas como una Universidad (art. 5.2 LPI). Precisamente, y desechando el estudio pormenorizado de las consecuencias de aplicar uno u otro régimen, ésta última cuestión constituye el objeto de estudio del presente trabajo, encaminado a determinar la concreta vía a través de la cual operará la cesión en el supuesto del profesorado universitario, bien mediante la ordinaria marcada por los arts. 43 y ss. LPI, bien por la fijada en el art. 51 de la misma norma, supuesto en el cual dicho colectivo formaría parte del denominado "autor asalariado"[11].

7 VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados", cit., pág. 101.

8 "Las formas de explotación no suponen necesariamente la obtención de un rendimiento económico, pues no requieren ánimo de lucro ni la obtención de un resultado lucrativo", BONDÍA ROMÁN, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Civitas), 1997, pág. 92.

9 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades" en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Madrid (Tecnos), 1997, pág. 298.

10 Sobre los mismos, BOTANA AGRA, M.J.: "Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de Propiedad Intelectual", *Actas de Derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 12, 1987, págs. 37 y ss.

11 También se prescinde del estudio del régimen aplicable al profesorado universitario cuando el objeto de la creación es *software*, regulado en el art. 97.4 LPI; al respecto, ÁLVAREZ CUESTA, H.: "El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español", *Revista Derecho y Tecnología*, número 6-7, 2005.

La diferencia resulta enormemente trascendente, habida cuenta en el primer supuesto únicamente existirá cesión, exclusiva o no, cuando medie acto expreso escrito del titular identificando los derechos cedidos y la extensión temporal y geográfica, teniendo derecho a una remuneración proporcional, ante cuya ausencia no cabrá apreciar transmisión alguna[12]; en cambio, para el segundo, y a falta de regulación expresa en pacto escrito entre empleador y empleado, "se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral", resultando de aplicación, en la medida de lo posible, las disposiciones comunes "siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato"[13]. En definitiva, de aplicar el régimen ordinario, los derechos patrimoniales continuarían residenciados en el dominio del profesor y sólo por pacto expreso y escrito cabría entenderlos cedidos a la Universidad (su empleador directo) o a un tercero (editoriales); de considerar al docente e investigador como "autor asalariado", la normal ausencia de mención alguna tanto en el contrato como en documento escrito alguno, haría que la Universidad quedara configurada como titular exclusivo (y con el alcance necesario[14] para el ejercicio de su actividad habitual[15]) de esos derechos patrimoniales por la transmisión *ope legis* y *iuris tantum* establecida por el legislador[16]. No obstante, a la hora de solventar la disyuntiva planteada resulta procedente distinguir entre dos colectivos bien diferenciados: aquellos vinculados por una relación laboral y cuantos mantengan un nexo funcionarial con la Universidad.

12 Al respecto, BERCOVITZ, G.: "La transmisión de los derechos de autor", en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.): *Manual de propiedad intelectual*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, págs. 147 y ss.

13 Más en detalle sobre el asunto, RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La siempre conflictiva relación del trabajador individual y un apunte específico para el creador de 'software'*, cit., págs. 29 y ss.

14 "Sin duda, dicho concepto aparece dependiente del objeto social o de la práctica comercial normal de la empresa en el mercado. Debe recurrirse a una interpretación finalista que determine si la cesión de un derecho de explotación o de una modalidad es indispensable para cumplir con el contrato y con la intención buscada por las partes", ERDOZAIN, J.C.: "Los derechos de los autores asalariados", en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.): *Manual de propiedad intelectual*, cit., pág. 166.

15 "Junto al criterio del objeto social y de la práctica habitual debe recurrirse al criterio de la especialidad propia del trabajador creador para dirimir los casos dudosos", ERDOZAIN, J.C.: "Los derechos de los autores asalariados", cit., pág. 166.

16 Habida cuenta el art. 1251 CC señala que "las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba", sin que el art. 51.2 LPI lo haga, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 2001, 19ª ed., pág. 319.

Tomando en primer lugar el personal docente e investigador contratado[17], la respuesta parece clara e indubitada en favor de la norma especial, habida cuenta el art. 51 LPI regula la "titularidad y explotación de aquellas obras que son producto del trabajo destinado de forma específica a la creación de una obra intelectual bajo dependencia laboral"[18]. En este sentido, y como elemento "preciso, susceptible de valoración económica"[19] y fiel a los requisitos de posibilidad, licitud y determinación exigidos por los arts. 1271 a 1273 del Código Civil, la creación de obras científicas constituye sin duda alguna uno de los objetos del contrato de trabajo del profesorado[20]; en efecto, la Ley Orgánica 6/ 2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU) concibe la investigación

17 Según algún estudio, el colectivo alcanza proporciones considerables, pues si en 1983 el porcentaje de docentes contratados en las universidades españolas era del 61%, en el año 2000 era del 43%; datos obtenidos de SAN SEGUNDO GÓMEZ DE CADIÑANOS, M.J.: "Promoción y remuneración del profesorado universitario: de la LRU a la LOU", *Hacienda Pública Española*, núm. 172, 2005, pág. 95.

18 RAMS ALBESA, J.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1995, T. V, vol. 4-A, pág.794. Incluso, el tenor literal del precepto –"obra creada en virtud de una relación laboral"– podría permitir incluir otras creaciones, en especial aquéllas realizadas con la técnica o medios del empresario y/o con la experiencia o los conocimientos adquiridos por el trabajador en su puesto de trabajo [en opinión discordante, hay quien aboga por la solución contraria, "si bien en estos casos se pueden presentar determinadas limitaciones a la libertad de divulgación de las obras así creadas, derivadas de la relación laboral misma y basadas en la necesidad de respeto a la confidencialidad, en el deber de mantenimiento del secreto en sus múltiples variantes, o en el de no favorecer la posición comercial, industrial o técnica de las empresas competidoras u otras del mismo orden y fundamento", RAMS ALBESA, J.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales,* cit., pág. 795]. La razón viene dada por el hecho de que el precepto no exige expresa ni necesariamente que la actividad creadora sea objeto del contrato, simplemente que la obra se haya producido "en virtud de la relación laboral". Por tanto, no resultaría exagerado admitir tal postura. Sí quedarían excluidos, en cambio, los supuestos en los cuales hayan sido producidas en el centro de trabajo pero absolutamente al margen de esa relación. En cualquier caso, para estos supuestos problemáticos, el pacto escrito entre empresario y trabajador sería instrumento apropiado e idóneo para zanjar lo relativo a eventuales creaciones [RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La siempre conflictiva relación del trabajador individual y un apunte específico para el creador de 'software'*, cit., págs. 31-32].

19 VALDÉS DE LA VEGA, B.: "El contrato de trabajo", en AA. VV. (QUESADA SEGURA, R., Coord.): *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1994, pág. 463.

20 "Una aplicación automática de las prescripciones generales contenidas en la… LPI puede conducir a atribuir los derechos a la universidad empleadora. Y ello porque parece el objeto del contrato, al menos en parte, se integra por la actividad de investigación o creación de una obra científica o la realización de una invención, En este sentido, recuérdese que, de conformidad con el art. 51 LPI indica que las creaciones originales que se produzcan en el transcurso de la relación laboral se regirán de conformidad con lo pactado en el contrato de trabajo. Si nada se indica al respecto, se presume que se entregan al empresario los derechos de explotación de la obra que se inscriba en la actividad empresarial habitual en el momento de entrega de la obra" , DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D.: "El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2005, págs. 54-55.

como un derecho y un deber del personal docente e investigador (art. 40)[21]. Los mayores problemas vienen dados porque el citado art. 51 LPI remite al contrato para regular la transmisión de los derechos de explotación al empresario, en este caso la Universidad y, en un gran número de los casos (por no decir todos sin excepción) nada incluirá al respecto, por lo cual cabe presumir (al amparo del segundo párrafo del precepto) que "han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario".

No obstante lo dicho, resulta necesario puntualizar en atención a las diversas figuras contempladas en la normativa universitaria[22]. Así, los ayudantes, los ayudantes doctores, los contratados doctores y (opcionalmente) los eméritos y visitantes [así como, "otro personal para el desarrollo de proyectos concretos de investigación científica o técnica" (art. 48.3 LOU)], tienen efectivamente (o pueden tener) por objeto la investigación, por lo que operará la cesión automática si nada se previera en contrario en el contrato o en pacto escrito. Por el contrario, no cabe decir lo mismo respecto de los profesores colaboradores (figura a la que puede acudirse para "impartir enseñanzas", *ex* art. 51 LOU) y, seguramente, tampoco respecto de los asociados (pues, el art. 52 LOU nada dice al respecto –al contrario que para las otras figuras–[23]). A pesar de ello, y reconociendo también la fructífera actividad investigadora que este personal lleva a cabo, nada impide que el contrato incluya la cesión de los derechos patrimoniales o que, si no fuera así, permanezca en su patrimonio de forma natural. En definitiva, y a salvo de estos supuestos, según el tenor legal la Universidad obtendría los derechos patrimoniales inherentes a las creaciones científicas de su personal laboral, debiendo respetar lógicamente el elenco de derechos morales que seguirán residenciados en la persona del autor (si bien la opción por la divulgación iría implícito en la cesión).

En segundo término, para dirimir y determinar el régimen aplicable al personal docente e investigador funcionario (Catedráticos de Universidad, Titulares de Universidad, Catedráticos de Escuela Universitaria y Titulares de Escuela Universitaria) resulta necesario nuevamente atender a la alternativa entre el art. 51 y las reglas generales para concluir sobre el régimen de la transmisión. Conviene recordar que éste último precepto se refiere a "obras creadas en virtud de una relación laboral", omitiendo cualquier mención a los sujetos pertenecientes

21 Y así lo reiteran los estatutos de las universidades, como por ejemplo los de la Universidad de León en su artículo 164.A: "cumplir sus obligaciones docentes, investigadoras o de otra índole, con el alcance y dedicación que se establezcan para cada categoría".

22 Sobre la validez de la remisión efectuada por la LOU a la normativa autonómica para entrar a concretar las figuras contractuales y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, DE LA VILLA GIL, L.E.: "Sobre la actividad normativa de las comunidades autónomas y de las universidades en materia de contratación laboral del profesorado universitario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 6, 2004.

23 Redundando en lo dicho en texto, los Estatutos de la Universidad de León, por ejemplo, les atribuye exclusivamente funciones docentes.

al cuerpo de funcionarios de la Universidad con funciones de investigación; laguna no superada ni por la LOU ni por la normativa aplicable a dicho colectivo.

En principio, quienes se oponen a la cesión *ab initio* alegan que el art. 20 LP extiende a "los funcionarios, empleados y trabajadores del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, municipios y demás entes públicos" las previsiones en ella contenidas sobre las invenciones laborales[24], interpretando tal previsión para afirmar cómo la voluntad expresa de equiparación manifestada en aquel precepto no existe en la LPI, motivo por el cual rechazan una aplicación analógica del art. 51 para el funcionario[25], pues además, "nunca sería posible, respecto del funcionario, el pacto en contrario previsto al final del precepto: señal de que éste no pretende incluirlo"[26].

No obstante, cabe afirmar cómo, ante la laguna legal existente, la analogía aparece únicamente prohibida para normas penales, excepcionales o de ámbito temporal, lo cual no es el caso[27], y su aplicación provocaría un idéntico tratamiento

24 Más en concreto, el art. 15 LP determina que "las invenciones, realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa, que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato, pertenecen al empresario" y que "el trabajador, autor de la invención, no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, excepto si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa exceden de manera evidente del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo". Para un análisis de los arts. 15 a 20 LP, dedicados a la regulación de las invenciones laborales, LOIS BASTIDA, F.: *La protección del inventor asalariado*, Madrid (Civitas), 2000 o BLANCO JIMÉNEZ, A.: *Protección jurídica de las invenciones universitarias y laborales*, Pamplona (Aranzadi), 1999. Además, los apartados 2 a 9 del mismo artículo 20 LP establecen todo un régimen especial para las invenciones realizadas por el profesorado universitario en el "ámbito de sus funciones docente e investigadora" y para las del "personal investigador de entes públicos de investigación". Sobre la tendencia a la "laborización" del funcionariado, si bien en el contexto de las invenciones laborales, PÉREZ PÉREZ, M.: *Invenciones laborales de trabajadores, profesionales universitarios y personal investigador*, Madrid (Civitas), 1994, págs. 139-141.

25 "La comparación con lo dispuesto en la LP me parece muy ilustrativa… En ausencia de norma extensiva similar en la LPI, no creo que deba admitirse una aplicación analógica. En el sistema de la LPI no hay más cesiones legales, que suponen excepción a la norma general del artículo 43, que las determinadas expresamente en la ley; y es obvio que la ley no se refiere expresamente a los funcionarios", DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Las creaciones de los asalariados", cit., pág. 1441.

26 No obstante, nada impediría tal extremo, pues la exigencia de forma escrita se ha de predicar del pacto que contenga lo relativo a la transmisión (en este caso, destructor de la presunción), que puede o no coincidir con el de trabajo si es que éste existe; al respecto, RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La siempre conflictiva relación del trabajador individual y un apunte específico para el creador de 'software'*, cit., págs. 44 y ss.

27 "Los elementos de la *ratio* son tres: a) creación no espontánea del cedente, sino a instancia del cesionario, porque le ha encomendado ciertas funciones o le ha dado precisas instrucciones; b) deber de no competencia con el cesionario o subordinación al mismo; c) enajenación de los resultados del trabajo. Parece que estos tres elementos se dan sin duda en las relaciones nacidas de la función pública, pero la falta de espontaneidad en la creación no abarca todas las creaciones del funcionario sino aquéllas dadas como consecuencia del servicio público", RODRÍGUEZ TAPIA,

para todos cuantos de hecho desempeñan similares o idénticas funciones docentes e investigadoras pero en categorías o con encuadramientos diversos, desterrando cualquier viso de discriminación por tal motivo y procurando un régimen unificado.

En cualquier caso, la situación puede resultar harto compleja si, manteniendo la disparidad, se atiende a supuestos habituales como los proyectos de investigación financiados por un Ministerio, por una Comunidad Autónoma o por una empresa privada, donde surgirá una relación tripartita (autor, financiador, Universidad) en la cual será difícil atribuir con exactitud los derechos de explotación (si bien parece que ha de primar el "encargo", lo cual excluiría el particular régimen del art. 51 LPI), obras en coautoría o colaboración (art. 7 LPI), obras colectivas (art. 8 LPI, el cual atribuye al editor los derechos sobre la obra), etc.; hipótesis todas ellas en las cuales los autores del resultado de la investigación o de la obra han podido ser al tiempo tanto profesores laborales como funcionarios o, incluso, de la misma o distinta Universidad.

A pesar de todo lo dicho, aun cuando desde un punto de vista teórico y legal cabe atribuir a la Universidad la titularidad de los derechos de explotación sobre la producción científica del profesorado tanto en régimen laboral como, más discutiblemente, funcionarial, la práctica diaria muestra cómo unánimemente las Universidades españolas siguen el régimen ordinario de la LPI y no el de su art. 51, de tal manera que los derechos de explotación permanecen en la esfera patrimonial del personal docente e investigador, cualquiera que sea la naturaleza de su vínculo. Así, dicho personal publica sus obras científicas en forma de monografías o artículos doctrinales en editoriales privadas o en publicaciones de entidades ajenas a su propia Universidad; de hecho, si lo hace en el Servicio de Publicaciones de la Universidad a la que pertenece, lo hará firmando un contrato de edición donde se expresan los términos de la transmisión de esos derechos patrimoniales a cambio de concretas contraprestaciones. A pesar de la contrariedad entre la realidad y la letra de la ley, la cuestión no ha llegado a propiciar pronunciamiento judicial alguno interpretando el correcto régimen de transmisión aplicable en materia de propiedad intelectual en el ámbito universitario[28].

J. M.: "Transmisión de los derechos del autor asalariado", cit., pág. 841; igualmente favorables a la aplicación analógica del art. 51 LPI a los funcionarios, GALÁN CORONA, E.: "Comentario al Título VII del Libro I", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid (EDERSA), Tomo V, Vol 4 B, 1995, pág. 261 o ERDOZAIN LÓPEZ, J.C.: "Un ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica", *Pe.I.: Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 8, 2001, pág. 44.

28 Sí hay algunas sentencias en materia de propiedad intelectual en el seno de la Universidad, pero referidas a las copias privadas (fotocopias) de libros u otras obras sometidas a derecho de autor [por todas, SSAP Zaragoza 2 diciembre 1998 (AC 2303) o Sevilla 30 octubre 2003 (AC 1828)] o a concretos derechos morales por la inclusión en una tesis doctoral de partes de trabajos de otros autores sin ser citados [SAP Cantabria 20 abril 1999 (AC 754)].

El origen primero del problema pudiera ser la contrariedad existente entre diversas normas que resultan de aplicación, amén de otras ya derogadas. Así, la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, preveía la posibilidad de recurrir a Profesores Asociados y Ayudantes mediante contratación administrativa. En cambio, la actual LOU elimina tal tipología y somete a dicho personal al régimen laboral[29], por lo que resulta aplicable el régimen previsto por el art. 51 LPI, el cual no fue modificado o aclarado en este punto cuando se aprobó el Texto Refundido de 1996 a partir de la antigua Ley 22/1987, de 11 de noviembre. Es más, el actual proyecto de ley que modifica la LPI[30], no altera el art. 51, pues aparece centrado en la aplicación de la Directiva 2001/29/CEE, de 29 de mayo, sobre derechos de autor y otros derechos afines, tendente a reducir la piratería en relación con otro tipo de obras.

Tampoco la propia legislación universitaria (LOU) acometió la tarea de "puntualizar el régimen jurídico de la explotación de los derechos de propiedad intelectual"[31], pues guarda casi absoluto silencio al respecto. No obstante, algún precepto ciertamente ambiguo parece optar implícitamente por el régimen ordinario de transmisión, pues el art. 42.2 afirma cómo "el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico corresponderá en el ámbito universitario a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la legislación aplicable, sin perjuicio del desarrollo de programas propios de las Universidades y con la finalidad, entre otros objetivos, de asegurar… h) La generación de sistemas innovadores en la organización y gestión por las Universidades del fomento de su actividad investigadora, de la canalización de las iniciativas investigadoras de su profesorado, de la transferencia de los resultados de la investigación y de la captación de recursos para el desarrollo de ésta", sin saber si esa mención se refiere a la aplicación práctica de esos resultados o a la cesión de los derechos de propiedad intelectual de ellos derivados. Pero, por otra parte y acto seguido, parece implantar una retribución específica para la actividad investigadora, lo que podría suponer un salario destinado a compensar la labor creadora y su transmisión a la Universidad. En concreto, los arts. 69.1 y 2 (para funcionarios) y 55 LOU (para laborales) facultan al Gobierno o a las Comunidades Autónomas para establecer retribuciones adicionales ligadas a méritos investigadores; de

29 "La apoyatura legal pretérita para la celebración de estos contratos (administrativos) de prestación de servicios (Disposición Adicional vigésima de la Ley 30/1984, de 2 de agosto), ha sido suprimida por la Ley Orgánica de Universidades (Disposición Derogatoria única, uno, párrafo segundo), aunque lógicamente puede resucitar en cualquier momento", DE LA VILLA GIL, L.E.: "Sobre la actividad normativa de las comunidades autónomas y de las universidades en materia de contratación laboral del profesorado universitario", cit., pág. 2.

30 Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de agosto de 2005.

31 DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D.: "El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria", cit., págs. 54-55.

hecho, los sexenios de investigación contemplados actualmente en el RD 1086/ 1989 constituyen una forma retributiva indirecta de dichas tareas[32].

Tampoco los estatutos de las universidades o su normativa interna suelen aportar más luz. Sin embargo, se encuentran algunas excepciones. Por ejemplo, la Universidad Pompeu Fabra (UPF), dentro de su normativa interna, tiene un texto titulado "Regulación de los derechos de propiedad intelectual en la creación y fijación en soporte digital de materiales didácticos en el ámbito del Campus Global u otros medios electrónicos de la UPF". Según el mismo, pertenecerán a la UPF (sin perjuicio de reconocer su autoría) los materiales didácticos y docentes y las obras colectivas del Personal Docente e Investigador (PDI), ya sea funcionario o laboral, "de acuerdo al art. 51 LPI" (con lo cual interpretan que el art. 51 resulta igualmente aplicable al cuerpo de funcionarios). Por otra parte, cuando se trata de documentos originales de profesores para que se incluyan en el Campus Global reconoce los derechos morales y de explotación que la LPI reconoce, pero concediendo una licencia no exclusiva a la UPF para que la edite en sus medios digitales.

Por último, en la experiencia de nuestra negociación colectiva resulta raro, por no decir imposible, encontrar un convenio colectivo que tenga como contenido regulador los derechos de autor[33], y el de las Universidades con su personal laboral no es una excepción; tampoco las vías de los Acuerdos y Pactos a través de las cuales se articula la negociación de los funcionarios públicos[34].

En definitiva, tan caótico y potencialmente conflictivo régimen parece ser una de las causas de la pasividad de las instituciones públicas de investigación a la hora de regular la materia[35]. Como afirma quien ha profundizado en el estudio de la materia, "la cuestión que, en definitiva, queda abierta es hasta dónde pueden llegar las universidades y otras entidades académicas públicas en su 'promoción y tutela' del acceso a la cultura, la ciencia y la tecnología. De lo que no cabe

32 Si bien se estiman como insuficientes pues no llegan a representar en el mejor de los casos un 15% de los ingresos anuales, teniendo en cuenta además que "la evaluación llevada a cabo por comisiones nacionales de investigadores destacados, ha denegado los complementos de investigación a un porcentaje apreciable de solicitantes de su propio campo científico", SAN SEGUNDO GÓMEZ DE CADIÑANOS, M.J.: "Promoción y remuneración del profesorado universitario: de la LRU a la LOU", cit., págs. 106 y 108.

33 En principio, el nivel de regulación y protección dispensado por la LPI parece suficientemente razonable para no sentir necesidad de acuerdos colectivos añadidos; sin embargo, y por lo expuesto, en el ámbito del profesorado universitario laboral podría aclarar el régimen aplicable en uno u otro sentido; sobre la cuestión, RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La siempre conflictiva relación del trabajador individual y un apunte específico para el creador de 'software'*, cit., págs. 49-50.

34 Sobre tales instrumentos, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J; AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Murcia (Laborum), 2005, págs. 111 y ss.

35 SENENT VIDAL, M.J.: "Una aproximación jurídica al concepto de conocimiento libre", documento de trabajo para las Jornadas sobre Universidad y Conocimiento Libre. Universidad Jaime I de Castellón. 20 y 21 de octubre de 2005, pendiente de publicación.

duda es que, en el proceso, habrán de adoptar un papel más activo en la mediación entre los legítimos intereses particulares de los creadores y los intereses colectivos a que se deben en virtud de su financiación pública"[36].

2. La producción científica del profesorado universitario y las posibilidades del sistema *Open Access*

Frente a la situación descrita, en los últimos tiempos vienen surgiendo cada vez más opiniones efectuando una severa crítica, aludiendo a la función de difusión de la cultura y el conocimiento inherente a la Universidad[37], sobre todo a partir de las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías y redes de comunicación y, en concreto, los sistemas *Open Access*[38]. Como entidades públicas –se afirma– las universidades no sólo prescinden de los derechos de explotación que, en teoría, ostentan sobre la producción científica de sus empleados públicos o laborales, sino que posteriormente invierten una parte más o menos sustancial de su presupuesto económico para incorporarla a sus fondos bibliográficos[39].

Los sistemas *Open Access* tienen una doble manifestación, consistentes en las revistas electrónicas y los repositorios[40]. En ambos casos la finalidad radica

36 SENENT VIDAL, M.J.: "Una aproximación jurídica al concepto de conocimiento libre", cit.

37 Presente en cualquier modelo universitario, más si cabe en el alemán o humboldtiano, según el cual "la universidad debe ser libre y autogeneradora de ciencia, a través de los propios profesores, de una manera desinteresada y autónoma", RODRÍGUEZ ROJO, M.: "Sociedad, Universidad y Profesorado", *Revista Interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 38, 2000, pág. 87; en similares términos, RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: "Ciencia y comunicación científica: edición digital y otros fundamentos del libre acceso al conocimiento", *El profesional de la información*, Vol. 14, núm. 4, 2005, págs. 246-247.

38 Una definición del concepto conforme a las Declaraciones de Budapest (2002) y Bethesda (2003) en MELERO, R.: "Acceso abierto a las publicaciones científicas: definición, recursos, copyright e impacto", *El profesional de la información,* Vol. 14, núm. 4, 2005, págs. 257 y ss.

39 "Mientras que las principales empleadoras de los investigadores son financiadas mayoritariamente con recursos provinentes del erario público, los derechos de explotación sobre sus resultados son cedidos, con la mayor amplitud posible y muchas veces gratuitamente, a editoriales y otras empresas privadas, que se aprovechan del interés de los investigadores en incrementar la visibilidad y el impacto de su obra. La paradoja se completa cuando se observa que son precisamente las instituciones (mayoritariamente públicas) de investigación las principales clientas de las editoriales de literatura académica", SENENT VIDAL, M.J.: "Una aproximación jurídica al concepto de conocimiento libre", cit.

40 Una descripción detallada de cada uno de ellos en JOHNSON, R.K.: "Open Access: unlocking the value of Scientific Research", disponible en http://www.arl.org/sparc/resources/OpenAccess_RKJ_preprint.pdf; SENENT VIDAL, M.J.: "Una aproximación jurídica al concepto de conocimiento libre", cit.; PÉREZ AGÜERA, J.R. y MELERO, R.: "Plataforma digital de revistas científicas electrónicas españolas. Su relación con el movimiento Open Access", *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, núm. 8, 2004; MARTÍN GONZÁLEZ, J.C. y MERLO VEGA, J.A.: "Las revistas electrónicas: características, fuentes de información y medios

en permitir el acceso libre, gratuito y en línea a la literatura científica, renunciando el autor total o parcialmente a los derechos patrimoniales existentes sobre la obra pero manteniendo siempre la facultad moral de reconocimiento de la autoría. Así, el documento generado podrá ser leído, descargado, copiado, transmitido, impreso y, en función de la extensión de la licencia concedida (total o parcial) podrá llegar a abarcar el mero uso, reproducción, distribución y comunicación pública, realización de obras derivadas o compuestas, etc.; lógicamente, será el titular de dichos derechos quien decida o permita su inclusión, cuestión abordada en el epígrafe anterior.

Respecto a las revistas, las fórmulas utilizadas son también variadas[41], pudiendo permitir el acceso al contenido de forma completa, libre y gratuita o estableciendo algún límite, por ejemplo, exigiendo una suscripción y otorgando una clave de acceso, a partir de un determinado período de tiempo después de su publicación (denominado "embargo"), a los números posteriores a una concreta fecha, a los resúmenes… La gestión puede estar a cargo de una entidad o editorial privada, en cuyo caso aun cuando sea de libre acceso el autor puede recibir una contraprestación por la transmisión de los derechos (sin entrar ahora a dilucidar a quien pertenecen legítimamente), habida cuenta existirán otras formas de financiación adicionales, como publicidad, subvenciones privadas o públicas, cobro de otros servicios adicionales prestados, etc. Pero también puede pertenecer a un organismo público y, entre ellos, a una Universidad, a cuyo fin, sería de gran ayuda aclarar el régimen de los derechos de explotación del profesorado.

En cuanto a los repositorios o "archivos e-print", consisten en el depósito del artículo científico[42] en versión provisional (pre-print) o definitiva (post-print) en una especie de base de datos[43]. Para la Universidad resultaría tremendamente fácil implantar este tipo de instrumento en su propia página Web (de nuevo con independencia de a quién corresponda la titularidad de los derechos

de acceso", *Anales de documentación*, núm. 6, 2003, págs. 155 y ss.; MUELA, Z.: "Desafíos críticos de los repositorios públicos de conocimiento en la sociedad de la información", *Pez de Plata. Bibliotecas públicas a la vanguardia*, núm. 2, 2004 ó VIVES i GRÀCIA, J.: "Aspectos de propiedad intelectual en la creación y gestión de repositorios institucionales", *El profesional de la información*, núm. 4, 2005, págs. 267 y ss.

41 Para una descripción detallada con su denominación anglosajona, JOHNSON, R.K.: "Open Access: unlocking the value of Scientific Research", cit., pág.13.

42 Pues se basan en el principio del autoarchivado, VIVES i GRÀCIA, J.: "Aspectos de propiedad intelectual en la creación y gestión de repositorios institucionales", cit., pág. 269.

43 El pre-print hace referencia a aquellos "artículos o trabajos que no han sido todavía publicados y que se someten al refrendo y evaluación de la comunidad científica"; por su parte, los post-prints serían la versión acabada o corregida del anterior, y muy útil para comunicaciones a congresos, seminarios o incluso tesis doctorales, pues "la denominada literatura gris no goza habitualmente de canales de difusión y uso comparables con su importancia e interés", RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: "Ciencia y comunicación científica: edición digital y otros fundamentos del libre acceso al conocimiento", cit., págs. 247-248.

patrimoniales[44], salvo que pertenezcan a un editor privado que ha publicado previamente la obra[45]), habida cuenta que resulta enormemente económico desarrollarlo y mantenerlo[46].

De utilizar alguno de los instrumentos mencionados se facilitaría la disponibilidad para toda la comunidad de un conocimiento por el que han pagado parte de sus impuestos y supondría un nuevo medio de publicación, igualando las posibilidades de divulgación y difusión para los autores[47] (cosa que hoy día es, en las versiones impresas de editoriales privadas, harto complicado o incluso oneroso) y se cumpliría el mandato constitucional según el cual han de "promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general" (art. 44 CE)[48], sin olvidar además que la propiedad intelectual no deja de tener

44 Pues aun cuando se entiendan pertenecientes al profesorado, existirán "buenos y suficientes argumentos para convencer a los futuros depositantes de la bondad de los repositorios sin tener que entrar en debates estériles... sobre la propiedad de los resultados de la docencia y la investigación", VIVES i GRÀCIA, J.: "Aspectos de propiedad intelectual en la creación y gestión de repositorios institucionales", cit., pág. 270.

45 En tales supuestos, "la recomendación que hacen organizaciones como la *Open Archives Initiative*, *Sparc* (*The Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition*) o *BOAI* (*Budapest Open Access Initiative*) es la inclusión de una adenda en dicho acuerdo [autor-editor] en la que se especifique que el autor puede disponer de su artículo para archivarlo en repositorios institucionales o en páginas web personales con la referencia y agradecimientos a la fuente donde se haya publicado. También puede darse el caso de que la editorial explicite en sus acuerdos de copyright las condiciones bajo las cuales el autor puede disponer de una copia para su inserción en un repositorio institucional, pagina web personal, etc", MELERO, R.: "Acceso abierto a las publicaciones científicas: definición, recursos, copyright e impacto", cit., pág. 258.

46 De igual opinión, y afirmando que "las Universidades deberían crear archivos Eprint institucionales para sus investigadores", HARNAD, S.: "Open Access to Peer-Reviewed Research Through author/institution self-archiving: maximizing research impact by maximizing online access", en AA.VV. (ANDREWS, J. y LAW, D., Eds.): *Digital libraries. Policy, planning and practice*, Hants (Ashgate), pág. 73. Un completo listado de revistas y repositorios en www.openarchives.org y www.doaj.org .

47 "Se propone que los resultados de las investigaciones financiadas por instituciones públicas deben publicarse en la red con licencias abiertas que faciliten su máxima difusión", pues "se ha cimentado históricamente en un ideal de búsqueda del conocimiento por sí mismo. Ese valor ideal ha estado siempre impregnado por los valores personales y sociales –contextuales– de los científicos; influencia más acusada en la investigación humanística que en la científica", FELTRERO OREJA, R.: "Propiedad intelectual y conocimiento público: derechos del investigador y del ciudadano sobre el *copyright*", *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 28, 2003, 154.

48 "No hay que olvidar que el artículo 44.2 utiliza la expresión en imperativo, promoverán, referible a los poderes públicos. En qué debe consistir la acción de promoción es algo fácil de entender si uno se atiene al verbo utilizado: ante todo mover hacia adelante el objeto referido o procurar moverlo hacia posición superior, porque se estime que está postergado o por debajo del lugar que debería corresponderle; pero también, tratar de lograrlo como objetivo, y, por tanto, no sólo obviando los obstáculos que lo impidan sino sobre todo facilitando su consecución primero y su acceso después con medios de todo tipo, en definitiva, a través de políticas facilitadoras de su alcance", PÉREZ PÉREZ, M.: *Invenciones laborales de trabajadores, profesionales universitarios y personal investigador*, cit., págs. 58 y 59:

naturaleza privada, limitada por la Carta Magna en atención a su función social (por ejemplo, acotando en el tiempo el ejercicio de dichos derechos patrimoniales sobre las obras *ex* arts. 26-30 LPI).

Junto a las ventajas constatadas, entre muchas otras, que se arguyen a su favor, también se le realizan ciertos reproches. Entre otros, el hecho de tener que visualizarlo en la pantalla (solventado fácilmente con su posterior impresión en papel); la posibilidad de que la página Web en la cual están insertados desaparezca (si bien en las institucionales de las Universidades será poco probable); no saber con exactitud si la versión es la definitiva cuando se trate de un "pre-print" (a cuyo fin suele especificarse dicho aspecto en el texto); el eventual aumento exponencial de la producción científica (aunque tal crítica puede verterse igualmente para las publicaciones impresas); la forma de acreditar o certificar la publicación como mérito a los efectos oportunos, especialmente en relación con acreditaciones, habilitaciones o pruebas de acceso a las plazas de profesorado (si bien junto a su inclusión on-line, lo cual puede ser comprobado sin mayores problemas, la entidad gestora podrá emitir certificados documentales); en relación con lo anterior, el criterio para valorar dicha publicación, y más concretamente, si atenderá a iguales criterios que para obras escritas, los cuales, por cierto, en determinadas ciencias no son especialmente objetivos…[49]; en fin, y por no seguir, el perjuicio económico por el riesgo de acabar con el negocio editorial, sobre todo con el sector de las revistas especializadas[50].

3. Implicaciones de los sistemas *Open Access* para los derechos morales y patrimoniales de la propiedad intelectual en el ámbito universitario

Las revistas electrónicas y los repositorios *on line* aparecen ineludiblemente unidos a las nuevas tecnologías y a la red de redes. Aun cuando el avance experimentado ha sido y es sin duda alguna beneficioso, la Sociedad de la Información implica en esta materia determinados efectos perniciosos[51], entre

49 "El impacto de los trabajos científicos, según el patrón de la literatura impresa, se mide a través de las citas a la revista, al autor o al propio artículo, de acuerdo con los criterios y fuentes del *Institute for Scientific Information* (*ISI*). En las publicaciones a través de Internet existen otros parámetros que pueden contribuir adicionalmente a estimar el impacto de las mismas, como son el número de veces que se accede a un artículo (*hits*), la cantidad de descargas (*downloads*) y su inclusión como enlace en otras páginas de Internet (visibilidad)", MELERO, R.: "Acceso abierto a las publicaciones científicas: definición, recursos, copyright e impacto", cit., pág. 262.

50 Sobre estos y muchos otros, y aportando valiosos argumentos capaces de desmontar la crítica, FELTRERO OREJA, R.: "Propiedad intelectual y conocimiento público: derechos del investigador y del ciudadano sobre el *copyright*", cit., págs. 155 y ss. o HARNAD, S.: "Open Access to Peer-Reviewed Research Through author/institution self-archiving: maximizing research impact by maximizing online access", cit., págs. 77 y ss.

51 Como ya advertía *El libro Verde sobre el derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 19 de julio de 1995, precedente de la Directiva; al respecto, HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DEL VALLE,

ellos, una internacionalización o globalización capaz de superar las fronteras geográficas[52] y una desmaterialización de la obra que facilita enormemente su almacenamiento, reproducción y utilización[53], capaces ambos de provocar vacíos legales o problemas de aplicación práctica[54], lo cual exige "la creación de nuevos y más eficaces mecanismos de protección para salvaguardar los intereses de los creadores y de la industria y, a la postre, para garantizar el pleno desarrollo de la sociedad de la información; mecanismos jurídicos y también tecnológicos"[55].

El mayor problema tal vez radique en que un gran número de usuarios de la Red presuponen la existencia de una licencia implícita e ilimitada para utilizar libremente y sin traba alguna todo el material contenido en Internet, como si se tratara de bienes de dominio público. No obstante, es cierto que los mencionados riesgos aparecen más directamente relacionados con la piratería de obras sonoras y audiovisuales que con la producción científica, pudiendo afirmar que en este último ámbito ni se crean ni se agravan viejos problemas como el plagio, pues "a estas conductas no les inviste especificidad ni actualidad alguna la nueva tecnología"[56]; sin olvidar además la profesionalidad y el rigor científicos del

I.: "Los derechos de propiedad intelectual y la sociedad de la información", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 154, 1997, págs. 83.

52 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual", en AA.VV.: *El Derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid (Ministerio de Cultura), 1996, pág. 92.

53 "Con estas técnicas aumenta considerablemente la facilidad para efectuar modificaciones o alteraciones en obras protegidas, sustituir o eliminar el nombre de su autor, cambiar los textos, insertar palabras, etc", SERRANO GÓMEZ, E.: *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid (Civitas), 2000, pág. 62; en similares términos, CARBAJO CASCÓN, F.: *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid (Colex), pág. 20.

54 "Se habla incluso de una nueva revolución en el campo de la propiedad intelectual, similar a la que en su día causó la invención de la imprenta… Las principales consecuencias que el desarrollo tecnológico ha provocado en el esquema tradicional de propiedad intelectual son los siguientes: 1. Implica nuevos medios o soportes a través de los cuales las creaciones intelectuales se pueden manifestar al exterior y que hasta ahora eran desconocidos. Hoy en día, por ejemplo, es común que un libro se presente no sólo en su formato tradicional, es decir en papel, sino también en formato CD-ROM. 2. Permite nuevos usos y utilizaciones de una misma obra intelectual. Como muestra, un libro puede ser escaneado, leído desde la pantalla de un ordenador, enviado por correo electrónico, etc. 3. Contribuye a la proliferación de nuevos mecanismos, más baratos y difíciles de controlar, para cometer infracciones de los derechos reconocidos a los autores. 4. Facilita la realización indiscriminada de copias de obras intelectuales. 5. Permite una comunicación e intercambio global de obras protegidas, sin que existan restricciones de tipo geográfico, económico o cultural, lo cual favorece la transmisión y comercio de las mismas. 6. Ha provocado el inicio de un fenómeno digitalizador de las creaciones intelectuales, facilitando su almacenamiento y su propagación", SERRANO GÓMEZ, E.: *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit., págs. 58-60.

55 CARBAJO CASCÓN, F.: *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid (Colex), pág. 20.

56 LACRUZ MANTECÓN. M.: "Propiedad intelectual y sociedad de la información", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, Vol. 149, 2002, págs. 431-433.

profesorado universitario, permitiendo afirmar cómo sólo muy esporádicamente se producen lesiones a derechos patrimoniales derivados de obras ajenas.

Así, y en relación con los derechos morales, pueden ser fácilmente vulneradas la paternidad de la obra[57], su integridad (deformándola, modificándola o alterándola de alguna manera) o la posible retirada de la obra del comercio (pues la eliminación de la revista electrónica o del repositorio no impide que el artículo haya sido copiado en otro lugar, aun cuando los fines son precisamente divulgativos, lo cual destierra posibles intereses comerciales).

Por cuanto hace a los derechos patrimoniales, el acceso libre y gratuito parece en principio excluir daños a los mismos, los cuales han sido precisamente cedidos en un afán de alcanzar los mayores niveles de reproducción, distribución y comunicación pública y, en definitiva, llegar a al máximo número de destinatarios posible. No obstante, si la entidad gestora no es una Universidad sino una entidad privada, sí resultará más fácil apreciar eventuales violaciones, sobre todo en relación con la copia privada y, de nuevo, principalmente en relación con obras audiovisuales[58]. Por otra parte, las revistas o los repositorios pueden estar

57 En relación con el art. 14 LPI, la obra puede ir firmada por el autor o ser publicada bajo seudónimo o anónimamente. "En toda obra que se ponga en línea debe constar de forma clara (creemos que bastaría un enlace normal) el nombre del autor o autores, y si se incumple dicha obligación el autor puede exigir que se reconozca su condición de tal. A este respecto, es importante señalar que… la Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información, protege la información que facilita la gestión electrónica de la explotación de la obra, información que incluye el nombre del autor o autores; lo que en la práctica asegura un mayor respeto del derecho de paternidad en Internet", GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "La propiedad intelectual en la sociedad de la información", en AA.VV (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.): *Manual de propiedad intelectual*, cit., pág. 288. Un comentario a la Directiva citada en PALOMAR CUELI, M.: "Los derechos de explotación en la Directiva 29/2001/CE", *Autor y Derecho. Ciberrevista sobre propiedad intelectual*, 15 de febrero de 2002 o PLAZA PENADÉS, J.: "Propiedad intelectual y sociedad de la información. La Directiva comunitaria", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi,* núm. 45, 2001. La citada norma europea ha de ser completada con la mención de la reciente Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de Propiedad Intelectual, comentada en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "La Directiva antipiratería", *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2004.

58 Cabe recordar las facilidades para llevar a cabo una copia privada digital sin pérdida de calidad, lo cual puede generar en el ámbito estrictamente privado una cadena imparable de reproducciones obviando los derechos de su titular. Por tal motivo, algunos autores han solicitado que los Estados hagan uso de la facultad prevista por la Directiva 29/2001/CE para establecer limitaciones o excepciones al derecho de copia privada cuando ésta sea digital (pues su art. 5.2.b lo permite expresamente "en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6"). El supuesto hace referencia a los sistemas de intercambio *peer to peer*, "donde un sinfín de usuarios pueden intercambiarse gratuitamente copias de obras a través de un programa de ordenador puesto a disposición del público en una plataforma o servicio común de búsqueda e intercambio en línea de ficheros gestionado por un tercero sin consideración alguna a los derechos de propiedad intelectual, con el

organizadas conformando una base de datos creada específicamente a tal fin, lo cual supone una nueva obra sujeta igualmente a los derechos de propiedad intelectual de la Universidad o a la editorial que la han elaborado a partir de las obras científicas a su disposición. Tal instrumento aparece protegido como contenido específico de la propiedad intelectual a partir de la Directiva 9/1996/CE, de 11 de marzo (incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 5/1998, de 6 de marzo), a través de la creación de lo que se ha denominado un derecho *sui generis*, traducido en la facultad otorgada al creador (ya sea persona física o jurídica) para prohibir la extracción o la reutilización no autorizada del contenido de una base de datos, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo (art. 133.1 LPI). La cuestión más traumática viene dada por determinar si las reproducciones técnicas provisionales (aquellas producidas desde que salen del emisor hasta que llegan al receptor, como pudieran ser las copias provisionales realizadas en el proxy-caché de los proveedores de acceso o en el disco duro del ordenador) quedan incluidas en el objeto de la tutela, pues pueden servir potencialmente para la comunicación de la obra, prestación al público, obtención de copias o utilización real y efectiva[59].

Frente a tales riesgos, pudiera pensarse que la protección ofrecida a la propiedad intelectual resulta en la actualidad insuficiente. Sin embargo, la propia tecnología ofrece soluciones adecuadas a través de los sistemas de gestión automatizada de los derechos de propiedad intelectual sobre publicaciones electrónicas. La figura central son, sin duda, las licencias de uso; junto a las originarias destinadas al *software* e incluidas en el sistema *Creative Commons*[60],

consiguiente perjuicio. Sin embargo, hay que reconocer que en la gran parte de los casos esa trasgresión a un derecho moral se produce en el ámbito privado de quien lo realiza, de tal manera que no será conocido ni por el autor ni por nadie y, por lo tanto, será irrelevante y la autoría no se verá afectada públicamente**",** BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual", cit., pág. 81.

59 El art. 5 Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, las excluye del derecho de reproducción contemplado en su art. 2. No obstante, no deja ser polémico, habida cuenta habrá que determinar cuáles de esos actos de reproducción provisional integran un proceso tecnológico dirigido a procurar la transmisión de la obra en una red entre terceras partes por un intermediario o suponen una utilización lícita carente en sí misma de una significación económica independiente. Las cuestiones de responsabilidad de prestadores de servicios intermediarios se contemplan expresamente con carácter general en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior. Sobre la protección de bases de datos, MESSIA DE LA CERDA, J.A.: *La protección jurídica del fabricante de bases datos: derecho* sui generis *y competencia desleal*, Madrid (Dykinson), 2005, MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Otros derechos de propiedad intelectual", en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Coord.): *Manual de propiedad intelectual*, cit., págs. 235 y ss. o CÁMARA LAPUENTE, S.: "El nuevo derecho *sui generis* sobre las bases de datos", *Actualidad Civil*, núm. 3, 1999, págs. 84 y ss.

60 En concreto, existen seis tipos de licencias *standard* y otros tres específicos con fines altruistas (*public domain*, *developing nations* y *sampling*). Respecto a las primeras, "permiten la

resulta incipiente un sistema paralelo y específico para el ámbito investigador, *Sciencie Commons*. En ambos casos, dicha licencia supone "la cesión del derecho de reproducción a efectos única y exclusivamente de la percepción, uso y disfrute temporal o permanente de la copia concreta incorporada a un ejemplar electrónico o transmitida en línea"[61], permitiendo desde la simple percepción y disfrute en pantalla o la descarga hasta las más variadas formas de uso bajo los términos fijados en las condiciones de uso o el aviso legal[62]. Complementando lo anterior, y como formas no ya individuales sino colectivas, existe un sistema denominado "*Electronic Rights Management Systems*" (ERMS) que incluye precauciones como huellas digitales, programas araña, certificados digitales, sobre digital…, a completar con otros sistemas de información digital de material protegido[63].

copia, distribución y comunicación de las obras siempre que se cumplan las condiciones establecidas por el autor o licenciador. Actualmente todas ellas requieren el reconocimiento del autor original de la obra y de aquellas partes que el autor o licenciador designe. Las licencias son de ámbito mundial, sin derecho de remuneración, no exclusivas e indefinidas. La cesión de derechos se extiende a la vigencia de los derechos de propiedad intelectual establecida por la ley y es irrevocable, aunque el licenciador se reserva el derecho a divulgar o publicar la obra en condiciones distintas o incluso a retirarla. En este caso la licencia continuará vigente para aquellos que hubieran recibido la obra con anterioridad. Otra de las condiciones que establecen todas las licencias es dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra al copiarla o distribuirla. Las restricciones que se aplican en la copia, distribución y comunicación pública vienen determinadas por el tipo de licencia escogida: reconocimiento (*by*), se permite su uso comercial, así como el de las posibles obras derivadas, cuya generación y distribución está permitida sin ninguna restricción; reconocimiento-no comercial (*by-nc*): es posible la generación de obras derivadas siempre que no se haga un uso comercial. Tampoco puede utilizarse la obra original con fines comerciales; reconocimiento-no comercial-compartir igual (*by-nc-sa*), no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, cuya distribución debe hacerse mediante una licencia igual que la sujeta a la obra original (*sa = share alike*); reconocimiento-no comercial- sin obra derivada (*by-nc-nd*), no se consiente un uso comercial de la obra original ni la generación de otras derivadas; reconocimiento-compartir igual (*by-sa*), se admite el uso comercial de la obra y de las derivadas, cuya distribución debe hacerse mediante una licencia igual que la sujeta a la obra original; reconocimiento-sin obra-derivada (*by-nd*), se permite el uso comercial de la obra pero no la generación de derivadas", LABASTIDA i JUAN, I.: "Nota al artículo 'El sistema de las Creative Commons'", *El profesional de la información*, Vol. 14, núm. 5, 2005, págs. 362-364.

61 CARBAJO CASCÓN, F.: *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, cit., pág. 242, quien también efectúa en las páginas siguientes un interesante desarrollo de las distintas clases de licencias de uso y sus respectivos regímenes jurídicos.

62 "Supuesto que la transmisión de una copia digitalizada y almacenable sólo es útil en la medida en que permite reproducciones, visualizaciones o audiciones perceptibles por los sentidos, parece claro que esa transmisión debe considerarse como una licencia, de manera que el uso que el receptor de la copia digitalizada haga de la misma deberá mantenerse dentro de los límites de la autorización recibida. La propia transmisión a un tercero de la copia digital sólo será admisible si así se admite en la licencia en virtud de la cual se transmitió al usuario la primera copia digitalizada", BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas", cit., pág. 105.

63 En extenso, CARBAJO CASCÓN, F.: *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, cit., págs. 279 y ss.; respecto a las primeras, alude a la sobreimpresión y watermaking (insertar los

4. A modo de conclusiones

El presente trabajo no aboga por la transmisión de los derechos patrimoniales a la Universidad según el régimen previsto por el art. 51 LPI siempre y en todo caso, sino que simplemente denuncia las diferentes y encontradas interpretaciones derivadas de la confusa regulación legal para que puedan ser superadas.

Tal vez la solución óptima pasaría por, manteniendo el *status quo* observado en la realidad (aplicando el régimen ordinario de transmisión), ampliar las facultades y derechos de la Universidad empleadora en relación con la explotación de las obras creadas; así por ejemplo, compatibilizar la transmisión y publicación en editoriales privadas con licencias no exclusivas a la Universidad, para incluir dichas obras en publicaciones propias impresas o en revistas electrónicas o repositorios de acceso libre institucionales. De ser así, cumplirían mejor el mandato constitucional de "promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general" (art. 44 CE).

Además, los derechos morales del autor y los patrimoniales del titular (ya sea el profesor, la Universidad o una editorial privada) aparecen salvaguardados por la propia tecnología, que ha sabido implantar mecanismos bastante eficaces, si no para las obras audiovisuales, sí para los resultados de la investigación científica accesibles on-line.

datos del autor en cada página de forma codificada y visible o como marca opaca); información oculta (transformaciones especiales en el interlineado para crear modificaciones pequeñas pero regulares no detectables por el ojo humano, aun cuando sí por programas informáticos específicos); identificación contenido/autor (asignar un código único y unívoco a cada línea que permite detectar la copia ilegal o el plagio, todo ello basado en el formato ASCII); encriptado y contraseñas (contraseñas de acceso, con lo que queda desprotegido cuando pasa al suscriptor)...; respecto a los segundos, podría citarse el ISBN, extendido a las publicaciones electrónicas por la Agencia Internacional del ISBN; también el ISSN u otros más novedosos y de mayor trascendencia en el campo de las publicaciones electrónicas, como el DOI (*Digital Object Identifier*), diseñado por la *International DOI Foundation*, la cual a su vez ha sido fundada y promovida por las principales asociaciones de la industria editorial.

Derecho y tecnología de protección de las obras en formato electrónico

Juan Pablo Aparicio Vaquero*

SUMARIO. 1. Introducción. Tecnología, Economía, Sociología y Derecho. 2. Las tecnologías de protección en los textos jurídicos internacionales. 3. El Derecho vigente y las próximas reformas legislativas: 3.1. Relación entre la protección tecnológica y la copia para uso privado. El Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. 3.2. Programas de ordenador, copias para uso privado, copias de seguridad e ingeniería inversa. 3.3. La elusión de las medidas tecnológicas como delito.

Resumen

Las medidas tecnológicas representan el futuro de la protección de las obras tuteladas por el Derecho, pues sólo con la concurrencia de ambos (tecnología y Derecho) se garantiza una adecuada defensa de los intereses de los legítimos titulares de las mismas. Ahora bien, la necesaria protección de los usuarios plantea algunos problemas en la asimilación de dichas medidas por parte de las normas positivas. Dichos problemas, derivados de la implantación de las medidas de seguridad, constituyen el objeto del presente artículo, en el marco del ordenamiento español.

Palabras clave: Medidas tecnológicas anticopia. Obras electrónicas. Derecho de Autor. Copia Privada

Abstract

Technological measures represent the future of copyrighted works protection. Only by joining Technology and Law we shall be able to provide a suitable framework for the defence of their rightful owners' economic interests. However, the also necessary users'

Recibido: 18/02/2006 •Aceptado: 16/03/2006

* Doctor en Derecho. Profesor Ayudante Doctor (Derecho Civil) en la Universidad de Salamanca. Miembro del Grupo de Investigación "Derecho y Tecnologías de la Información", de dicha Universidad. Autor de dos monografías y diversos artículos y capítulos de libros sobre Derecho y Tecnologías de la Información. Profesor en varios Másters de temas informáticos y empresariales relacionados con el comercio electrónico, impartiendo las materias relativas al Derecho Informático. Ponente en diversos Congresos y Jornadas Científicas, tanto en España como en el extranjero.

rights protection creates several problems to positive Law; this article deals with some of them.

Keywords: Anticopy tecnological measures. electonic works. Copyright. Private copy.

1. Introducción: Tecnología, Economía, Sociología y Derecho

En cuanto bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, los creadores y titulares de los derechos sobre programas de ordenador, obras multimedia y, en general, cualquier otra obra en formato electrónico, sea distribuida en línea o fuera de línea (música en CD, películas en DVD...), pueden disponer las medidas que estimen oportunas para la protección de sus creaciones, siempre que queden garantizados los derechos de terceros adquirentes legítimos de dichas obras. Resulta claro que este derecho de los titulares aparece recogido en el ordenamiento, pues, según veremos, el Código Penal vigente castiga expresamente la elusión de tales medidas, y las normas comunitarias las regulan. El Proyecto de Ley que reformará el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual también las contempla expresamente, y si bien introduce algunas restricciones a su uso, el hecho de que aparezcan tuteladas da una idea clara de su importancia en los nuevos desarrollos de la normativa de protección de los derechos de autor.

A diferencia de los remedios jurídicos, que castigan la realización de determinadas conductas en relación con un previo marco de derechos reconocidos y, por lo tanto, actúan *a posteriori* frente al infractor, las medidas tecnológicas pretenden impedir la realización de copias no autorizadas (denominadas, en general, "copias pirata") o cualquier otra forma de transgresión de los derechos exclusivos, mediante la disposición de todo tipo de dificultades que no hagan rentable el tiempo y recursos invertidos en la elusión de las mismas frente a la simple opción de adquirir copias de forma legal.

El empleo de las medidas tecnológicas anticopia ha ido parejo al desarrollo y expansión de las formatos digitales. Ya en los comienzos de la explosión informática se apreció la insuficiencia práctica de los mecanismos jurídicos para la defensa de los intereses de los titulares de derechos sobre los programas de ordenador, pues en torno a ellos hubo, desde el principio, un creciente mercado *pirata*[1]. En la actualidad, la aparición y difusión de los chips informáticos ha

1 Efectivamente, los mayores avances tecnológicos en este campo se han producido en torno a la necesaria protección del software.

Los programas informáticos pueden ser tan sencillos como una serie de instrucciones que ocupe apenas unas pocas líneas de texto en código fuente (unos kilobytes en código objeto), o tan complejos que se necesiten miles de páginas para contenerlos y hasta varios gigabytes de memoria en el ordenador que ha de ejecutarlos. No obstante, unos y otros tienen en común lo sencillo que

permitido también plasmar en un nuevo formato, el digital, otro tipo de obras (música, películas, texto...) que, a partir de ese momento, se han enfrentado al mismo problema que los programas de ordenador: su facilidad de copia. En los últimos tiempos, la existencia de *hardware* y *software* capaz de cambiar los formatos en los que tales obras han sido originalmente grabadas y comprimirlas en otros a bajo costo (prácticamente nulo) y sin merma apreciable de su calidad[2], junto con la aparición de redes de intercambio de archivos[3] y conductas como el llamado *top-manta*[4], ha propiciado un renovado interés por la búsqueda de medidas tecnológicas que impidan la realización de copias no autorizadas.

Desde el principio, el fenómeno de la piratería ha tenido importantes repercusiones, no sólo jurídicas (en cuanto conductas infractoras de derechos exclusivos de terceros), sino también económicas y sociales.

Desde el punto de vista económico, lo cierto es que no siempre la industria ha optado por la lucha sin tregua contra ella de manera tan decisiva como en la actualidad. Ya en los años sesenta del siglo XX la discusión en torno a la patentabilidad o no de los programas (hoy día resucitada) escondía también el afán de algunas grandes empresas de que no se protegiera el software con el fin de facilitar la comercialización del hardware, que entonces era el verdadero motor del sector tecnológico[5]. Hoy día, en cambio, es impensable que cualquier empresa que gestione derechos de autor, sea cual sea el tipo de obra que distribuya (software, obras multimedia, música, etc.) se permita dudar de la oportunidad y conveniencia (para los intereses de la industria) de todas las protecciones posibles, y se han agrupado en asociaciones que defienden los derechos exclusivos –*Business Software Alliance* (BSA), *Recording Industry Association of America* (RIAA), etc– Cobran renovada fuerza las tradicionales asociaciones de gestión colectiva de derechos de autor –en España, la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)–, por antonomasia) y surgen otras nuevas –como, recientemente,

resulta, a priori, su copia, pues basta con tener otro soporte en el que fijar los mismos símbolos (código fuente) o las secuencias de bits (código objeto) originales. La protección de los legítimos intereses del creador de *software* (tanto morales, a ser reconocido su autor, como económicos, dado el tiempo y dinero invertidos en el mismo) pronto se convirtió en uno de los caballos de batalla de la comercialización de los programas, especialmente desde el momento en que se desligó de la venta de los ordenadores, generando una incipiente y cada vez más pujante industria, a mediados de los años setenta del pasado siglo. La necesidad de protección, tanto técnica como jurídica se agudizó con la aparición de los ordenadores personales y los programas creados para ellos, distribuidos entre los usuarios mediante soportes magnéticos susceptibles de ser copiados.

2 Me refiero, evidentemente, de los formatos mp3 de música, divX de vídeo, etc.

3 Redes de pares o P2P, cuya legalidad es muy cuestionable y a las que, aunque no son objeto del presente artículo, haremos referencia también más adelante.

4 Venta de copias pirata en las calles, literalmente, encima de una manta tendida en el suelo.

5 Steve Wozniak, cofundador de Apple, admitía en 1984 que la piratería del *software* había ayudado a vender muchos más ordenadores (cit. por EINHORN, D. A., "*Shrink-wrap licenses*: The debate continues", *IDEA*, 1998, vol. 38, no. 3, p. 384, nota 4).

Promusicae, evolución de la anterior Asociación Fonográfica y Videográfica de España AFYVE–

Desde el punto de vista sociológico, el marco tecnológico ha propiciado nuevas maneras de entender la propiedad intelectual y el conocimiento en general, fomentando formas de distribución al margen de los canales tradicionales y permitiendo incluso obviar a muchos de los intermediarios habituales entre el creador y los destinatarios de las obras. El conocimiento es libre, ha de estar accesible para todos (entiéndase "gratuito", en muchas ocasiones) y las obras han de circular sin restricciones, se dice. Frente a ello, los tradicionales intermediarios de la propiedad intelectual (editores, productores, titulares, en definitiva, de los derechos de explotación por cesión de los autores) se muestran más interesados que nunca en proteger su inversión, gastando enormes cantidades en el desarrollo de medidas tecnológicas de protección. Tratándose de grandes empresas multinacionales, no han tardado en ganarse las antipatías de los nuevos consumidores, mucho más conscientes de su situación y con mayores posibilidades, a través de Internet, de manifestar su descontento. Se discute, en definitiva, sobre el precio del conocimiento y del ocio.

Los sistemas tecnológicos de protección de las obras en formato electrónico procuran evitar que los ejemplares originales distribuidos entre el público o suministrados a un concreto cliente en virtud del oportuno contrato sean duplicados y utilizados por terceros o por los propios adquirentes más allá de los términos permitidos por la ley (con el polémico "derecho de copia privada") o sus correspondientes licencias de uso (en programas de ordenador y obras distribuidas por Internet). Pretenden, por lo tanto, impedir la copia no autorizada de las obras contenidas en los soportes puestos en circulación de una u otra manera en el mercado, o residentes en los servidores para su descarga desde ordenadores remotos.

Se emplean, para ello, los más dispares medios. La solución más intuitiva y utilizada en relación con los programas de ordenador u otras obras que requieren de un ordenador para su disfrute (por acceso remoto, multimedia, etc.) consiste en la utilización de un *password* o *clave de instalación o acceso*, que permite la identificación del usuario mediante la introducción, al inicio de la instalación o en cada ejecución del programa de una secuencia de letras y/o números, dada por el licenciante, y que *presupone* la legitimidad del usuario[6]. Su eficacia es limitada en la mayoría de los casos, pues el disfrute de la mayoría de obras

6 Las hay de muy diferentes tipos, según su finalidad y el alcance del acceso permitido. La introducción de algunas activa opciones inicialmente desactivadas (y permiten así el uso completo del programa u obra) o la anulación de pantallas recordatorias de la necesidad de registro o simplemente publicitarias (mecanismos todos ellos utilizados en la distribución de *shareware*, *demos* de videojuegos, etc.). La clave permite la vinculación de una obra a un solo usuario (que es quien la conoce) e, incluso, a un solo ordenador, pues es posible sobrescribir el programa de instalación con los datos del ordenador donde se produzca su primera instalación, impidiendo que sea cargado en otros.

digitales no queda vinculado necesariamente al ordenador, sino que se produce también a través de otros muchos dispositivos (lectores de DVD, cadenas de música, discman, videoconsolas...) que no reconocen la existencia misma de dicha protección. Además, incluso en el primer caso, la clave puede igualmente transmitirse junto a una copia de la obra o puede desactivarse, si se dispone de suficientes conocimientos técnicos. Por otra parte, en sí misma no impide la realización de copias del contenido del soporte en el que se suministra la obra, pudiendo activarse habitualmente todas las copias realizadas con la clave suministrada para el ejemplar original.

Más eficaces se muestran ciertos *mecanismos físicos o lógicos que impiden la copia o la hacen inoperante*. Mediante determinados algoritmos pueden ocultarse algunos archivos o datos de identificación del ejemplar legal (número de serie, volumen del soporte, espacio de disco ocupado, sectores no formateados en un determinado soporte, introducción de datos ilegibles para determinados dispositivos pero que bloquean los programas de lectura de los ordenadores, etc.), de manera que los dispositivos o programas habituales de copia de que disponen los ordenadores no pueden acceder a ellos y, por lo tanto, no aparecen en la copia realizada (o, directamente, ésta queda impedida). Cuando se pretende el disfrute de la obra y el dispositivo de lectura los reclama (o se los encuentra, sin esperarlos) la obra deviene imposible de instalar o disfrutar. Desde el punto de vista tecnológico, dichos procedimientos cuentan, sin embargo con dos inconvenientes: primeramente, no resisten por lo general una copia minuciosa, *bit a bit*, con programas más potentes y con un usuario más avezado, que pueda darse cuenta de qué es lo que falla (se pide el volumen del disquete o el espacio grabado no coincide con el real, etc.); y, en segundo lugar, tienen que permitir el disfrute de la obra por dispositivos estándares de sólo lectura, tales como cadenas de música o lectores de DVD, pues de lo contrario hacen inútil el producto adquirido[7].

Otros medios para impedir a copia, tales como plasmar los programas o videojuegos en soportes físicos (*hardware*, cartuchos...) no han resultado económicamente rentables, y lo son menos aún actualmente pues, como ya he señalado, existen diferentes utilidades de transformación o conversión que, con los instrumentos adecuados, permiten realizar copias de los mismos, y distribuirlos *on line* o en soportes como CDs o DVDs, perfectamente legibles por todos los ordenadores. En definitiva, el empleo generalizado de estos medios no responde a la técnica y a la filosofía del actual mercado informático y de ocio, aunque en determinados subsectores (como en juegos para videoconsolas portátiles) sí pueda tener un cierto interés.

7 Algunas de tales medidas se han mostrado sumamente ineficaces, a pesar de la inversión realizada: son famosos los casos del algoritmo de protección de los DVD, hecho público por un adolescente que lo descifró, o el de los CDs musicales cuyas medidas de protección podían ser inutilizadas tan sólo marcando el borde con un rotulador o pulsando la tecla "Mayúsculas" al introducirlos en el ordenador.

Desde el punto de vista jurídico, las medidas tecnológicas que protegen las obras en formato electrónico se enfrentan a ciertas cuestiones que dificultan su implementación generalizada.

Por una parte, y como hemos señalado, las medidas no pueden resultar tan restrictivas que conviertan en inútil al ejemplar distribuido, pues estaríamos en tal caso ante la venta (entendida en sentido amplio) de bienes defectuosos. Ello sucede cuando, por ejemplo, se han incluido en el soporte unas medidas tales que impiden su disfrute en algunos lectores existentes en el mercado, a pesar de que dichos lectores cumplan con todos los estándares y sean plenamente capaces de leer el formato de la obra en cuestión. El problema se incrementa cuando, además, el consumidor o usuario no es advertido de la existencia de dichas medidas y sus posibles incompatibilidades con los equipos disponibles, por lo que puede adquirir un CD de música o un DVD conteniendo una película que, para dicho consumidor en particular, resultan ser absolutamente inútiles al no poder disfrutar de ellos o hacerlo de forma no satisfactoria (con saltos, paradas de imagen, etc.)[8].

También podría ser tildado de defectuoso (a los efectos de la normativa de consumo), si el ejemplar contuviera, como medida de seguridad, un virus (troyanos o bombas lógicas) o cualquier rutina "destructiva" (en cuanto exceda de la mera inutilización del programa una vez que su uso deviene ilegítimo). Tales recursos tecnológicos no son jurídicamente admisibles en cuanto medios de protección de los programas. Además, y esto resulta más grave, su inclusión en programas o videojuegos (posibles y probables receptores de tales medidas) podrían ocasionar pérdidas de datos o documentos electrónicos, entradas no autorizadas en sistemas, o inutilización, alteración o daños de programas o equipos informáticos, resultados todos ellos enmarcados dentro del más genérico delito de daños (artículo 264.2 CP). El empleo de simples rutinas de desactivación de programas ante su uso ilícito no puede ser tal que destruya datos diferentes a los archivos del programa ilegítimamente utilizado contenidos en la memoria del ordenador del usuario, debiendo respetar, incluso, los archivos generados por el usuario durante la utilización lícita del programa, si ésta se produjo. De otro modo, la finalidad de defensa legítima amparable por el ordenamiento sería

8 Tal es el supuesto resuelto por Tribunales franceses (en concreto, por el Tribunal de Grande Instance de Nanterre, en sentencias de 24-VI-2003 y 2-IX-2003) en que se obligaba a la discográfica a devolver el precio pagado por un CD de música que no podía ser reproducido en algunos equipos (los radioCDs de los automóviles), debido a la implementación de medidas tecnológicas anticopia en dichos discos. Hemos de observar, sin embargo, que a pesar del uso que se ha hecho de estas resoluciones judiciales para atacar la legalidad de los mecanismos para impedir la copia privada, en realidad, en estos supuestos, la condena a la discográfica procede no por la incorporación de las medidas en sí, sino porque tales medidas (las implementadas en el caso particular) hacían defectuoso el disco adquirido (en la actual normativa de consumo española diríamos que "el bien no es conforme con el contrato celebrado"). Estamos, por lo tanto, en presencia de un producto defectuoso, no cuestionándose la validez de las medidas tecnológicas como mecanismo para impedir el "derecho" de los usuarios a realizar copias privadas.

rebasada por una conducta generadora de daños no requeridos para la protección del interés propio y, como tal, susceptible de ocasionar responsabilidades, tanto de índole civil como penal[9].

Por otra parte, dichas las medidas tecnológicas deben permitir el ejercicio por parte de los usuarios de sus derechos respecto a las obras adquiridas, singularmente la realización de copias de seguridad (para los programas de ordenador) y, en su caso, la de copias para uso privado que derivan del límite establecido legalmente a los derechos exclusivos del autor o titular de la obra. Existe, sin embargo, un gran desconocimiento por el público en general sobre el alcance de estos conceptos y su actual reconocimiento en las leyes vigentes. A aclarar la situación dedicamos las páginas que siguen.

2. Las tecnologías de protección en los textos jurídicos internacionales

Las medidas tecnológicas de protección de las obras sometidas al derecho de autor y afines aparecen por primera vez en textos internacionales recogidas en los Tratados de Derecho de Autor (TODA) y Tratado sobre Intérpretes, Ejecutantes y Fonogramas (TOIEF), ambos de 20 de diciembre de 1996 y auspiciados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Bajo el epígrafe "medidas relativas a las medidas tecnológicas" dichos Tratados Internacionales imponen a los Estados firmantes la obligación de proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos en sus respectivas legislaciones nacionales contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizados por los autores, por los artistas intérpretes o ejecutantes o por los productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los titulares de tales derechos (arts. 11 TODA y 18 TOIEF).

Así concebidas, pretenden estos Tratados otorgar protección a las medidas tecnológicas utilizadas voluntariamente por los titulares de los derechos que se

9 Tal era la disputa que subyacía en otra polémica reciente: la originada por el mecanismo denominado *electronic self-help*, el cual permite la desactivación a distancia de las copias distribuidas, cuando son o se convierten en ilegítimas (por falta de pago, realización de copias ilegales...), mediante la inclusión en cada una de ellas de un cierto código residente y habitualmente inactivo que puede ser ejecutado por el licenciante o titular de los derechos cuando el usuario está conectado en red, y cuya función consiste en destruir o inutilizar el programa u obra electrónica. La última versión del infortunado *Uniform Computer Information Transaction Act* (UCITA) estadounidense prohibía esta práctica en el *software* de distribución masiva, por cuanto deja una "puerta de entrada" al programa que puede ser aprovechada por individuos malintencionados, así como injustificadamente por los propios creadores del programa, que se convierten en jueces a la hora de determinar la existencia de un incumplimiento contractual o un acto de piratería, "tomándose la justicia por su mano". Puede consultarse APARICIO VAQUERO, J. P., "Uniform Computer Information Transactions *Act* (EE.UU.)", *Academia. Revista Jurídica*, nº 1, julio-diciembre 2000, Universidad Verazcruzana, México, pp. 170-181

reconocen en los mismos y que sean efectivas, esto es, que requieran actos conscientes para su elusión, lesionando tales derechos. Se trata de normas de mínimos, pues compete a las autoridades nacionales el proporcionar los medios jurídicos adecuados para hacer cumplir tales disposiciones, así como compaginarlas con los límites que cada una reconozca a los derechos exclusivos (tales como, por ejemplo, el de copia privada), tipificar las infracciones y establecer las correspondientes sanciones.

Los citados Tratados recogen igualmente la tutela de las medidas que protejan la información electrónica sobre gestión de derechos (arts. 12 TODA y 19 TOIEF) que puede ir incorporada a los ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas distribuidos por sus titulares.

Hemos de observar que, a diferencia de lo que ocurre en la normativa europea o en la propuesta para su pronta vigencia en España, no se diferencia en estos textos internacionales entre las obras electrónicas distribuidas en línea o fuera de línea, puesto que su naturaleza y formato son sustancialmente idénticos, variando tan sólo su soporte, de manera que pueden ser protegidas por medidas similares, que han de gozar en todo caso de la misma protección.

La influencia de estos textos ha sido grande en las normativas estadounidense y europeas. La Directiva 2001/29 y la normativa española las veremos a continuación y, por lo que respecta a la estadounidense, cabe decir, brevemente, que fue el *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 28-X-1998 la norma que recogió lo establecido en el TODA y el TOIEF, adaptándolo al concepto anglosajón del "fair use" de las obras protegidas por el copyright, y compaginando las medidas tecnológicas con las copias privadas permitidas dentro de dicho concepto de "uso lícito" (son posibles siempre que no se afecte el mercado potencial, entre otros requisitos). Se prohíbe así la fabricación y puesta a disposición del público de productos o servicios destinados a eludir tales medidas, aunque subsiste la duda de si los medios de elusión de fabricación propia y para uso privado vulneran o no los derechos de exclusiva, pues el *fair use* permisivo de la copia privada parece, en los términos de la norma, prevalecer sobre las medidas anticopia. Ahora bien, como apunta algún autor, la regulación hecha puede llegar a anular en la práctica la doctrina del *fair use*, pues existe una auténtica afectación del mercado, cuando es posible controlar efectivamente el uso individual y la no realización de copias mediante las medidas tecnológicas, a diferencia de lo que sucedía con las obras tradicionales (en formato papel, por ejemplo) para las cuales se desarrolló tal concepto[10]. Existen resoluciones judiciales, como las de *Real Networks contra Streambox* (W. D., Washington, 18-I-2000) que afirman que la distribución comercial de ciertos mecanismos que permiten convertir formatos de archivos eludiendo sus medidas tecnológicas de control de copia es ilegal. Otra que también alcanzó notable difusión fue la de

10 GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet*, Comares, Granada, 2001, p. 529.

Universal City Studios contra Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), en torno al algoritmo DeCSS de protección de los DVD, ordenando al titular de una página donde se había colgado el código de dicho algoritmo retirarlo.

3. El Derecho vigente y las próximas reformas legislativas

En realidad, la normativa española vigente no define qué ha de entenderse por "medidas de seguridad", aunque éstas aparezcan mencionadas en el Código Penal (art. 270) y en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual –TRLPI– (bajo la expresión "dispositivo técnico utilizado para proteger", en relación con los programas de ordenador, art. 102). En todo caso, es claro que el concepto ha de ajustarse a lo establecido por la Directiva 2001/29[11], en cuyo artículo 6º se dice que los Estados miembros han de garantizar una adecuada tutela jurídica frente a los instrumentos destinados a la neutralización de las "medidas tecnológicas eficaces" empleadas para la protección de las obras.

En este contexto, "medida tecnológica" es toda "técnica, dispositivo o componente que en su funcionamiento normal esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor (...)". Además, las medidas se considerarán 'eficaces' cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logra este objetivo de protección. Apunta CARBAJO que se trata de medidas tecnológicas específicamente diseñadas para evitar (impedir o restringir) actos sobre las obras que no estén autorizados por sus titulares, y cuya finalidad esencial sea precisamente otorgar esa protección. Esto excluye a las medidas dispuestas sobre obras de dominio público, pues en tal caso ha expirado la protección legal, así como las que protejan obras o prestaciones tan sólo de forma accidental. El requisito de "eficacia" y los modos citados legalmente no son más que simples ejemplos no exhaustivos que recogen algunas de tales medidas.

La norma comunitaria ha de ser incorporada el Derecho interno español para su plena eficacia y aunque el plazo para dicha incorporación (transposición, en términos jurídicos) expiró el 22-XII-2002, se está realizando en la actualidad, a través del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI de 1996, sobre la anterior Ley de Propiedad Intelectual de 1987), cuyos trabajos parlamentarios están en curso[12]. El Proyecto

11 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 (DOCE L nº 167, de 22-VI-2001).

12 Actualmente, el Proyecto ha superado la fase de Informe de la Ponencia, y ha vuelto a la Comisión de Cultura del Congreso, donde seguirá su tramitación (vid. BOCG-Congreso de los Diputados, de 2 de marzo de 2006, Serie A, nº 44-13).

recoge expresamente la tutela de las medidas de seguridad y las vincula directamente a la protección de los derechos de los titulares de derechos exclusivos sobre obras en formato electrónico y el respeto a las limitaciones de tales derechos, en especial, la copia privada. No afecta su regulación, en principio, a los programas de ordenador, en cuanto éstos siguen teniendo una normativa propia que impide la realización de copias para uso privado.

No obstante, desde el punto de vista del Derecho español, el ordenamiento vigente *ya* otorga esa protección, según he indicado, mediante la consideración de infracción de los derechos de propiedad intelectual y la tipificación como delito de las prácticas tendentes a romper esas medidas de protección.

3.1 Relación entre la protección tecnológica y la copia para uso privado. El Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

El artículo 31 TRLPI regula, en el sentido de autorizarla, la copia de obras (una vez divulgadas) para uso privado del copista, incluso sin la anuencia del titular de las creaciones intelectuales, salvo que se trate de programas de ordenador. No hay copia para uso privado de programas de ordenador más allá de las permitidas por los propios licenciantes, pero sí quedan incluidas en el precepto, y por lo tanto podrían realizarse, en principio, copias para uso privado del resto de obras en formato electrónico.

Por "copia para uso privado" se entiende, tradicionalmente, la reproducción de la obra de forma permanente, fijándola en un soporte distinto del original, para su utilización por el copista, entendiendo por tal a quien materialmente realiza la copia[13]. Tal concepción impide considerar copias privadas a las realizadas en establecimientos abiertos al público con tal fin, como pone de manifiesto el RD 1434/1992, incluso aunque sean realizadas por el propio usuario[14]; En concreto, y por lo que ahora nos interesa, el artículo 31 TRLPI, en su redacción vigente a día de hoy, establece que las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

Obsérvese que el actual art. 31 no menciona en absoluto la existencia de medidas de seguridad ni su posible relación con las copias privadas. Para entender

13 El Proyecto de Ley de Reforma del TRLPI, en el que sería el nuevo art. 31.2, elimina el término "copista" para evitar equívocos, y permite la reproducción "a partir de una copia legal" realizada por una persona física para su uso privado, siempre que la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

14 Hoy día el problema se plantearía con máquinas del tipo Copyplay®, que permiten la copia de CDs en lugares públicos, donde se encuentran tales máquinas que realizan copias a cambio de la oportuna suma de dinero (a semejanza de las tradicionales máquinas expendedoras automáticas).

dicha relación se hace preciso, por lo tanto, hacer alguna precisión en torno al concepto de "copia privada" y su consideración por el ordenamiento como un límite a los derechos exclusivos del titular, y no un auténtico derecho del adquirente de un ejemplar de una obra en formato electrónico.

Efectivamente, no existe un auténtico "derecho de copia privada" tal cual es esgrimido por algunos en defensa de la legalidad de toda copia realizada por usuarios particulares. No es un auténtico "derecho", sino una *limitación (un límite) de los derechos exclusivos del autor* o titular. El art. 31.2º TRLPI no tiene su origen tanto en la protección o tutela de los intereses de los destinatarios de las obras (como sí el 31.3º), como en una simple limitación de la exclusiva del titular derivada de la imposibilidad práctica de perseguir la copia en el ámbito que relaciona: privado y sin finalidad lucrativa. Si esto es así ya en el caso de las obras escritas, cuánto más en el de las grabaciones sonoras y videográficas, en especial en formato electrónico, cuando hoy día los propios usuarios disponen de los aparatos de copia. Desde esta perspectiva, además, ha de entenderse que, en cuanto limitación de derechos del titular, ha de ser interpretado restrictivamente (*odiosa sunt restringenda*) y, por lo tanto, *limitar al máximo la copia privada*. En este contexto, se entiende perfectamente que no existe una contradicción legal (como pretendían algunos) entre el art. 31.2º TRLPI y la reforma del Código Penal que castiga la tenencia o distribución con ánimo de lucro de mecanismos que permitan eludir las medidas tecnológicas implementadas para impedir la copia, incluso la destinada a un uso privado, por cuanto no se está recortando ningún derecho previo de los usuarios. Cosa distinta es que la sensibilidad de ciertos sectores (asociaciones de internautas, usuarios...), e incluso políticos (como ponen de manifiesto las periódicas declaraciones desde ciertos sectores políticos), les impulse a promover un cambio de tal situación, y que se reconozca la existencia de un auténtico derecho a la copia privada. Los desarrollos normativos, sin embargo, no parecen recoger estas propuestas.

Las normas comunitarias parecen enfatizar la importancia de las medidas tecnológicas, en el sentido de encomendar a éstas la propia prohibición de realizar copias privadas, si así lo desea el titular de los derechos sobre la obra. La Directiva 2001/29, artículo 5.2.b), permite que los Estados establezcan limitaciones al derecho de reproducción en relación con las reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado, incluso de obras digitales, y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares reciban una compensación equitativa, *teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6*. No es algo especialmente novedoso. Ya en 1995 DÍAZ ALABART señalaba que los programas de ordenador quedaban excluidos del límite de copia privada porque, a diferencia de otras obras (entonces, en el tradicional formato papel, o en cintas y discos de vinilo), existía posibilidad por parte de los titulares de impedir o limitar por medio de la tecnología la copia privada de programas. Obsérvese que ello es extensivo actualmente a cualquier obra electrónica (de hecho, no se entiende el

porqué del tratamiento distinto). A juicio de CARBAJO CASCÓN las instancias internacionales aún no se han atrevido a prohibir la copia privada de obras digitales plasmadas en soportes materiales, pese a que su naturaleza es sustancialmente idéntica a la de los programas de ordenador o a las distribuidas en línea (cuya utilización sí queda sujeta en exclusiva a las condiciones del contrato, generalmente "de licencia", por virtud del cual se adquiere el derecho a disfrutarlas, según señala el art. 6.4 Directiva 2001/29), en cuanto su formato electrónico facilita la copia y transmisión entre particulares. Sin perjuicio de lo incongruente que resulta el sistema en cuanto diferencia el entorno en línea y fuera de línea cuando, en realidad, la obra "electrónica", por definición, tiene el mismo formato en ambos, el rechazo a la prohibición de toda copia privada fuera de línea se ha debido tanto a la persistencia de la idea de la propiedad intelectual como medio para conseguir el equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los de los destinatarios de las obras como a la posibilidad por parte de aquéllos de introducir medidas tecnológicas de protección que impidan cualquier copia, incluso la privada. Aun cuando, como afirma CARBAJO, parece desprenderse una intención favorable del legislador comunitario a que fueran los titulares los que *motu proprio* autorizaran, en línea y fuera de línea, la realización de una o dos copias para uso privado, las posibilidades de regulación que la Directiva permite son demasiado amplias como para que dicha interpretación haya de cuajar necesariamente.

En definitiva, si la copia para uso privado, como se ha venido diciendo hasta fechas recientes, es tolerada debido a la imposibilidad de su control efectivo, para compensar su realización y resarcir en alguna medida a los titulares de los derechos, el legislador ha previsto una remuneración compensatoria. Efectivamente, la realización de copias para uso privado de obras protegidas está íntimamente vinculada al pago del famoso "canon" (compensación equitativa que reciben los titulares a través de las entidades de gestión colectiva de sus derechos) sobre los mecanismos y soportes aptos para realizar y contener copias, respectivamente (de ahí la remisión al art. 25 TRLPI). Dicho canon en la actualidad recae sobre los equipos y aparatos de reproducción, así como sobre los soportes que se utilizan para contenerlas, con independencia del tipo de tecnología de que se trate (analógica o digital). El más reciente desarrollo ha sido la imposición de un canon, cuyo importe ha sido negociado entre la entidades de gestión y las empresas del sector, sobre los CDs y DVDs, discos sobre los cuales pueden grabarse música, películas, programas de ordenador, etc. El sistema compensatorio queda cerrado mediante las licencias que las entidades de gestión conceden a los establecimientos que realizan copias o ponen a disposición de los usuarios las máquinas para realizarlas (*ex* arts. 150 y 157 TRLPI), pues, según se ha señalado, tales copias no son propiamente "copias privadas" y, por lo tanto, no se benefician de la limitación del art. 31. Mediante dichas licencias, se entiende concedida la autorización de los titulares para la realización de tales copias, en las condiciones acordadas.

Así entendido el sistema, resulta obvia la posible contradicción entre la recepción en la ley de medidas tecnológicas que impidan la realización de copias privadas y el mantenimiento, a pesar de tal recepción, de las remuneraciones compensatorias por las copias privadas aplicables a los soportes aptos para contener obras digitales. Quizá en estos casos haya que razonar en términos de riesgo y posible eficacia en el tiempo de dichas medidas tecnológicas[15], las cuales, en el actual *status* tecnológico, son sobrepasadas en plazos breves (semanas o meses; tengamos en cuenta que basta con que alguien consiga desactivarlas en cualquier parte del mundo para que la obra quede a disposición de todos) en relación con la inversión necesaria para su implementación. No se trata *sólo*, pues, de que resulte justa o injusta su imposición en un caso concreto (a un usuario particular que, por sus conocimientos, no podría nunca superar dicha medida), sino de dar una solución al problema *global* de la copia. Por otra parte, es de suponer que las críticas arreciarán cuando se pretenda la extensión de dicho canon a "el" soporte por antonomasia en la Sociedad de la Información: el disco duro[16]. Dicha extensión, sin embargo, resulta bastante lógica, desde el momento en que la remuneración compensatoria se establece sobre soportes "aptos" para contener obras protegidas y el disco duro o, incluso, los actuales "pendrives" o reproductores mp3, lo son.

Y por lo que respecta a la cuestión principal, la relación entre las medidas tecnológicas anticopia y el reconocimiento de la copia privada por la Ley, de los términos expuestos se deduce que no son ilegales las medidas que la impidan, pues no suponen recorte alguno de derechos de los usuarios, en la normativa actualmente vigente en materia de propiedad intelectual. Antes bien, a fecha de hoy, *las medidas tecnológicas anticopia son plenamente legales, y pueden lícitamente impedir la realización de cualquier copia privada por parte del adquirente de un ejemplar*, pues el límite, que no "derecho", de copia, en su (necesaria) interpretación restrictiva así lo permite. La medida tecnológica es legal y no puede ser eludida con el fin de realizar copias para uso privado. Ello permite la plena coordinación de los artículos del TRLPI y el CP.

La situación, en cambio, tiene visos de *cambiar en un futuro muy próximo*. Efectivamente, el Proyecto de Reforma del TRLPI actualmente en tramitación propone modificar el art. 31 TRLPI en el sentido no hacer necesaria la autorización del autor para la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física "a partir de una copia legal" para su uso privado y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni

15 Vid. más adelante la redacción propuesta para relacionar el canon y las medidas tecnológicas.

16 El Proyecto de Reforma del TRLPI, en contra de lo que se afirma, no contiene una exención total del canon para los discos duros, pues, en el estado actual de su redacción, el art. 25.7.b) excluiría a los discos duros "en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6", por lo cual podrían establecerse excepciones, relacionar las exenciones y su cuantía con la capacidad de los discos..

lucrativa, sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en el artículo 25 (el *canon*), *que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a que se refiere el art. 161* (y excluyendo en todo caso a los programas de ordenador, que continúan regidos por su normativa propia). Se establece así una clara relación entre copia privada, canon y medidas tecnológicas, que es desarrollada por los nuevos arts. 25.6, 160 y 161.

Conforme al propuesto art. 160 TRLPI, que permita a los titulares de derechos de propiedad intelectual el ejercicio de las acciones previstas en la Ley frente a quienes eludan medidas tecnológicas eficaces que protejan obras tuteladas, así como frente a quienes fabriquen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente que sirva para eludirlas o, en concreto, "esté concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección". Por "medidas tecnológicas eficaces", entiende el nuevo artículo lo mismo que la Directiva 2001/29, pues se limita en este punto a reproducirla tal cual.

El nuevo art. 161, por su parte, pretende establecer los límites al uso de tales medidas en relación, a su vez, con las limitaciones que la Ley impone a la propiedad intelectual. En este sentido, los titulares de derechos que implementen medidas tecnológicas para la protección de sus obras deberán facilitar a quienes se beneficien de los límites legales los medios adecuados para el disfrute de los mismos, siempre que tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra de que se trate. Por lo que ahora nos interesa, y en relación con la copia privada, significa que los titulares de derechos podrán adoptar tan sólo aquellas medidas tecnológicas que no impidan al usuario o adquirente legítimo la realización de al menos una copia para uso privado[17]. Asegurado este mínimo legal, y si los titulares no han adoptado otras medidas voluntarias fruto de acuerdos con los interesados, las medidas tecnológicas que impidan la realización de más copias serán plenamente eficaces y no podrán ser enervadas por los beneficiarios del "límite" de copia privada (obsérvese que el texto se cuida mucho de no decir "derecho", aunque cada vez cobra mayores tintes de serlo).

Quiere así el legislador, en este Proyecto en tramitación, que los titulares puedan tan sólo introducir medidas que permitan *limitar el número* de copias privadas en obras distribuidas en formatos tangibles (pues en el caso de las licenciadas en línea primaría absolutamente la medida tecnológica y lo dispuesto por el titular, según el art. 161.5), pero no impedir la operativa del límite de copia privada establecido por ley al derecho exclusivo. Dicho límite podría incrementarse si se llegara a acuerdos entre los titulares y los interesados, o si, simplemente, los titulares concedieran autorizaciones para las mismas.

17 Cuando el Proyecto comenzó a tramitarse el número de copias que habían de permitir era de tres. En realidad la reducción del número responde a la presión de los titulares de derechos sobre obras aunque se me antoja que, desde el punto de vista técnico, es igualmente complicado impedir la realización de más de una copia que la de más de tres.

En cambio, cuando se trate de puesta a disposición del público de obras "de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija", no se aplicará excepción ninguna a las medidas tecnológicas (art. 161.5), de tal manera que no se reconoce en tal supuesto el límite de copia privada. Se refiere la norma, por ejemplo, a los sitios legales (con las oportunas licencias) de descarga de música en línea, a través de Internet. De esta forma, añade en su Exposición de Motivos, "podrán desarrollarse en la red modelos de negocio que respondan a un amplio abanico de posibilidades de utilización diferenciadas e independientes, más próximas a la licencia o a la autorización de datos". En este ámbito, "prevalecerán las medidas tecnológicas" sobre la copia privada (textualmente, EM, IV, penúltimo párrafo).

Finalmente, y en relación con la compatibilidad entre el canon por copias privadas que pagarían los soportes susceptibles de contenerlas y medidas tecnológicas que prohíban tales copias, el Proyecto de Reforma del TRLPI, propone, en el previsto art. 25.6.4ª.e), que el establecimiento del canon negociado entre el Gobierno y las entidades de gestión de derechos tenga en cuenta, entre otros extremos, "la disponibilidad, grado de aplicación y *efectividad* de las medidas tecnológicas". Así pues, son compatibles, tomando el legislador como argumento la imposibilidad real de que existan medidas tecnológicas infranqueables; no obstante, su uso y efectividad deberá valorarse a la hora de determinar la cuantía en sí del canon (que, presumiblemente, será mayor si no se adoptan medidas o éstas son totalmente ineficaces).

En definitiva, en el entorno fuera de línea, la copia privada tiene una cierta preeminencia sobre las medidas tecnológicas dentro de los límites legalmente previstos, establecidos en base a un número concreto de copias que es lícito realizar. Se trata de una solución que ha tenido en cuenta, evidentemente, los intereses de los usuarios, pero resulta igualmente obvio que es más complicado, desde el punto de vista tecnológico, asegurar la realización de un número concreto de copias (siquiera una sola) e impedir el resto que prohibirlas todas. Formalmente intenta satisfacerse a todos los sectores implicados, pero el resultado es una norma que no se decanta ni por las medidas tecnológicas ni por un auténtico derecho de copia privada, por lo que aporta poco a la regulación vigente. Cabe hacer, además, alguna otra crítica a la opción elegida.

En primer lugar, si lo que pretende el legislador es garantizar el disfrute continuado de la obra adquirida, con independencia de su soporte (uno de los argumentos esgrimidos por los consumidores es que la realización de copias privadas asegura disponer de alguna si se pierde o deteriora el original adquirido), quizá fuera mejor hablar de "copias de seguridad" de obras digitales en formatos tangibles, al igual que sucede con el *software*, en lugar de copias para uso privado, cuyo régimen podría encomendarse plenamente a los titulares; de hecho, y siguiendo con el paralelismo sugerido, en la actualidad no es nada extraño encontrarse con casas de *software* que permiten la instalación de sus productos en el ordenador principal del usuario y en el portátil que pudiera tener, a la

manera de "copia para uso privado" de ese programa por parte del adquirente final.

En segundo lugar, se establece una más que cuestionable diferencia con el entorno en línea, pues en el propuesto art. 161.5 se otorga plena eficacia a las medidas tecnológicas y se excluye la posibilidad de hacer copias de las obras distribuidas en línea, cuyo disfrute queda sometido en exclusiva a las condiciones de acceso a las mismas propuestas por sus titulares (en los contratos de licencia de uso o acceso al servicio). La distinción con el entorno fuera de línea es absolutamente incongruente, pues la naturaleza digital de la obra hace que sea igual de sencilla su copia a partir del ejemplar "original", sea éste un soporte físico, sea una transmisión en línea. La única explicación a tal dislate habría de buscarse en el interés en fomentar el comercio electrónico, dando mayores posibilidades de control a los titulares para, de este modo, incentivar su actuación en dicho ámbito y permitir, como señala la propia Exposición de Motivos, el desarrollo "en la red (de) modelos de negocio que respondan a un amplio abanico de posibilidades de utilización diferenciadas e independientes, más próxima a la licencia o a la autorización de actos".

Además, el legislador no está ciertamente muy seguro de la opción elegida. La Disposición Adicional Única faculta al Gobierno a modificar por decreto (se trata de una delegación legislativa) lo dispuesto en el art. 161 en relación con los límites a los derechos exclusivos que han de respetarse por las medidas tecnológicas implementadas. Esta habilitación muestra la incertidumbre sobre la bondad de la opción realizada, pues pretende facilitar una pronta respuesta normativa, evitando trámites parlamentarios, para el caso (probable) de que se revele impracticable o perjudique claramente a alguno de los sectores implicados, bien sean los usuarios o la propia industria. Para apreciar el impacto de la coordinación propuesta entre ambos extremos, se impone a las entidades de gestión la obligación de informar semestralmente al Ministerio de Cultura sobre la aplicación que se haga de las medidas tecnológicas y el límite de copia privada.

En todo caso, y con independencia de lo dicho hasta el momento, es característica consustancial a la "copia para uso privado" (y lo seguirá siendo en la reforma prevista) que se haga a partir de una "copia legal" (implícito en la redacción vigente, y explícito en la propuesta) y *su utilización no exceda el ámbito más próximo al copista* ("que no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa"), si bien no ha de limitarse a un uso privativo por parte de éste. Efectivamente, la autorización dada por el TRLPI para el uso privado ha de entenderse, en el sentir común de la doctrina, comprendiendo no sólo el uso propio del copista, sino también de su círculo más cercano, pues "uso privado" es más amplio que "uso personal", utilizándose aquella expresión como opuesta a "uso colectivo". Ello, por supuesto, excluye las cesiones de tales copias, incluso las realizadas legítimamente en el marco de la legislación en tramitación (cuando esté vigente), a terceros fuera de ese ámbito privado, y sigue permitiendo considerar ilegales los intercambios de obras protegidas en redes de pares (*peer*

to peer o P2P). Dicha ilegalidad podría incluso calificarse de delictiva (art. 270 CP) si se apreciara la existencia de ánimo de lucro en dicha actividad. La discusión de tal cuestión excede de lo que ahora nos ocupa, pero ha de quedar claro, en todo caso, que desde el punto de vista jurídico resulta claro la ilicitud de tal conducta (no se trata de simples copias, sino que se realiza una auténtica distribución de la obra no autorizada por el titular), centrándose la discusión tan sólo en las distintas concepciones que pudieran tenerse del "ánimo de lucro", requisito cuya concurrencia es necesaria para apreciar la existencia del tipo penal. En definitiva, es ilegal (da lugar a responsabilidad civil, aun con todas las dificultades de prueba), pero puede (o no) ser delito.

3.2. Programas de ordenador, copias para uso privado, copias de seguridad e ingeniería inversa

La toma en consideración de las medidas tecnológicas en sede de programas de ordenador es ligeramente distinta a la de las demás obras electrónicas, pues el TRLPI dedica unos artículos específicos a los derechos de autor sobre el *software*, y en tal marco hay que entenderla. En todo caso, y aunque la Directiva 2001/29 no modifica el régimen de protección de los programas de ordenador establecido por la Directiva 91/250 (y los arts. 95 a 104 el TRLPI que introdujeron dicha Directiva en nuestro ordenamiento), el artículo 6º se refiere a la tutela de *todas* las obras protegidas por los Derechos de Autor, por lo que, según he señalado ya, sirve perfectamente a la interpretación del concepto de "dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger" todas las creaciones intelectuales referidas no sólo en el artículo 270 CP con carácter general sino también en el artículo 102 TRLPI para los programas de ordenador. Por ello, tanto la definición de tales medidas como la protección que el ordenamiento les da son extensibles al caso de los mecanismos tecnológicos que protegen al *software*. Es en sus limitaciones donde se encuentran las principales diferencias, pues no existe, respecto a los programas de ordenador, el límite de la copia privada, y ésta puede ser en todo caso lícitamente prohibida por los titulares de los derechos de explotación. En cambio, dichos mecanismos no pueden impedir la realización de copias de seguridad e incluso (aunque con matices) procedimientos de ingeniería inversa en cuanto resulten necesarios para la interconexión del programa con otros (*ex*. art. 100 TRLPI). Vayamos por partes.

En primer lugar, y *por lo que respecta a la copia privada de programas de ordenador*, ésta es rechazada por el ordenamiento jurídico (tanto español como del resto de los Estados miembros de la UE). Efectivamente, conforme al artículo 99.a) TRLPI, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100, los derechos exclusivos del titular incluyen el derecho de realizar o autorizar la reproducción total o parcial de un programa de ordenador, *incluso para uso personal*.

Decía el Libro Verde de la Comisión sobre los Derechos de Autor y el Reto de la Tecnología, respecto de las prohibiciones de copia en las legislaciones

española, alemana y francesa (*cursiva mía*) que "el principio que inspira dichas disposiciones no es tanto el deseo de prohibir la copia a título privado que, en cualquier caso, es difícil llevar a la práctica, cuanto el de reconocer a los fabricantes los derechos sustantivos precisos para proceder judicialmente contra la reproducción 'semiprivada', que podría definirse como reproducción e intercambio de programas dentro de organizaciones y empresas, entre estudiantes universitarios o miembros de *clubs* informáticos, etc. (...) *En la mayoría de los casos, el auténtico objetivo de la realización de copias de programas para uso personal es sencillamente el de obtener una copia 'gratuita' del programa para no tener que adquirirlo* (...) En consecuencia, la Directiva prevista debería contener una disposición que excluyera la realización de copias para uso personal de programas informáticos en general" (COM(88), 172 final, p. 193).

Siendo, como es, muy claro el tenor de la Ley, pocas dudas pueden suscitarse en torno a la ilegalidad de las copias para uso privado de un programa de ordenador, incluso aunque fueren realizadas por parte de quien es legítimo adquirente del mismo. El art. 99 TRLPI supone una excepción absoluta a lo establecido en el artículo 31 TRLPI, que regula (y permite) la copia de obras (una vez divulgadas) para uso privado del copista. Por lo que ahora interesa, la referida excepción (artículo 31.2º) tiene su fundamento en las especiales características del programa de ordenador frente a las obras en formatos "tradicionales" (no tanto frente a las obras electrónicas, lo que no deja de causar cierta perplejidad) y tiene por consecuencia que, incluso para la normal utilización del *software*, el usuario deba recabar la autorización del titular de los derechos sobre el mismo, puesto que tal acto trae consigo la reproducción, siquiera efímera, del programa, estando reservada dicha reproducción a la exclusiva del titular de los derechos (art. 99). El efecto directo de tal regulación es que no puede realizarse copia ninguna del programa (en cuanto reproducción no transitoria), ni para el uso privado del usuario legítimo (en otro ordenador, aunque sea de su propiedad) ni, por supuesto, para el uso de un tercero.

No obstante, la Ley contempla en su art. 100 una excepción a los derechos del titular: la utilización del programa por parte del usuario legítimo conforme a su *finalidad propuesta* no necesita autorización del titular ("salvo disposición contractual en contrario", dice el texto legal). En base a tal excepción, podría suscitarse la duda de si dichas reproducciones del programa en ordenadores propiedad del *mismo usuario* responden a la "finalidad propuesta" del programa *distribuido en masa* y, como tales, se ven amparadas no ya por el artículo 31 TRLPI (que la excluye en todo caso, por remisión al artículo 99), sino por el propio artículo 100. De esta manera, se suavizaría la prohibición de copias para uso privado, dado que el adquirente de un ejemplar podría instalarlo en todos sus ordenadores. No parece ésa, sin embargo, la voluntad de la norma y mucho menos la de los titulares de los programas de ordenador, que limitan al máximo las posibilidades de reproducción, en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 99 y la posibilidad de pacto autorizada por el artículo 100.

Efectivamente, consideramos que la instalación de una copia en cada uno de los ordenadores personales del adquirente no sería lícita, a tenor de la ley, en defecto de pacto y a salvo especiales modos de distribución del programa (*freeware*, *shareware*, *software* de código libre). Ello es así porque la *finalidad propuesta* de un programa de ordenador ha de actuar como límite a los acuerdos de las partes (que nunca podrán ser contrarios a la misma e impedir de esta manera la utilización del programa), pero no permite considerar tan solo la voluntad del usuario. "Finalidad propuesta" hace referencia tanto a la funcionalidad del programa como, puesto que se transmiten derechos sobre el mismo, al alcance de tal transmisión, el cual es determinado por el titular y aceptado por el usuario cuando adquiere el ejemplar. Esto comprende el número de reproducciones, efímeras (en orden a la ejecución de cada copia) o permanentes, que, al margen de la de seguridad exigida por Ley, pueden realizarse de dicho ejemplar. Y ello es así porque si bien el titular no puede determinar de forma absoluta el uso que ha de hacerse del programa, sí puede concretar el número de ejemplares de la obra que se ponen a disposición del público.

No ha de ser óbice a lo expuesto la *creencia* del usuario de que el ejemplar adquirido es "suyo" y puede realizar copias para *todos* sus ordenadores. Creencia que, por otra parte, y a la luz de los conocimientos generales del público tras las campañas contra la piratería de obras de todo tipo, sería de dudosa buena fe. Mas incluso en tal caso la propia Ley, según hemos dicho, se opondría a una tal consideración, por cuanto, insistimos, nunca la "finalidad propuesta" puede ser referida a la voluntad interna del usuario cuando adquirió el programa. Al no prever nada la Ley, la alegación de un posible error de Derecho en este caso no resulta relevante, como deja sentado el art. 6 Cc., y la ignorancia de la norma, según sienta el mismo precepto, no exime de su cumplimiento.

En definitiva, la "finalidad propuesta" de un ejemplar de programa de ordenador no es, *per se*, ser ejecutado en todos los ordenadores del usuario, sino en uno solo, a salvo lo que diga la propia licencia o particulares modalidades de distribución, tales como el *shareware*, el *freeware* o el *software* de código libre, que presuponen la libertad de copia. Fuera de tales excepciones, cualquier copia que exceda los términos de una licencia redactada conforme a la Ley no es "copia para uso privado", sino copia ilícita, aunque haya sido realizada por quien es usuario legítimo (adquirente legítimo) del ejemplar original. O dicho de otro modo: no hay "copias para uso privado" de programas de ordenador, sino copias lícitas o ilícitas según los términos de la licencia y la Ley.

Por lo tanto, la elusión de las medidas tecnológicas implementadas en el programa para permitir la realización de copias privadas sería así un ilícito civil que infringe el art. 99 TRLPI y los derechos exclusivos del titular, dando derecho a éste a la correspondiente indemnización. Si, además, se realiza con fines comerciales, recibe una especial consideración en el art. 102 y puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad intelectual, *ex*. art. 270 CP.

En la actualidad, la mayoría de titulares de *software* propietario, conscientes de la difusión de la Informática doméstica, permiten habitualmente la realización de una "segunda copia" para instalar en otro ordenador del usuario (con expresa referencia en muchos casos a uno que sea "portátil") en los términos autorizados, de forma que se alcanza un resultado similar al tradicional sentido de la copia para uso privado. La utilidad de las medidas tecnológicas más allá de las meramente jurídicas (por cuanto en el ámbito doméstico la prueba también es complicada) se pone de manifiesto en contraste con los comportamientos individuales, pues el usuario parece tener cierta sensación de injusticia si no se le permite reproducir el programa adquirido en todos *sus* ordenadores. En el fondo, no obstante, no es esta "piratería de andar por casa", si se me permite la expresión, a nivel de usuario doméstico y para uso propio, la que perjudica la industria del *software*, sino el intercambio y multiplicación no retribuidos (para el titular) de las copias en circulación, o las realizadas por empresas para sus usuarios internos. En este último caso, sin embargo, las posibilidades jurídicas de actuación son mayores, al permitirse la adopción de medidas cautelares que incluyen la "entrada" en la empresa y la intervención de los instrumentos utilizados para la realización del ilícito, incautación de las copias, etc.

Por otra parte, sí serán posibles otras copias de los programas sin necesidad de recabar autorización del titular (o incluso contra su prohibición en el contrato, y eludiendo, por lo tanto, lícitamente las medidas de seguridad), conforme al artículo 31, en los casos previstos en los párrafos primero y tercero: como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo y para uso privado de invidentes, si la reproducción se efectúa mediante el sistema Braille u otro específico y las copias no son objeto de utilización lucrativa. En cambio no serán lícitas las reproducciones realizadas sin la anuencia del titular por instituciones de carácter cultural o científico para el préstamo público, aun cuando se hagan con fines de investigación exclusivamente. Dichas copias, permitidas por el artículo 37 TRLPI para el resto de obras sometidas a propiedad intelectual, no están autorizadas por el artículo 99 (así lo declara el Juzgado de lo Penal nº 20 de Barcelona, en sentencia de 18-X-1993, no admitiendo el argumento de cierta entidad de enseñanza demandada que alegaba el artículo 37 para justificar la realización de copias de programas que utilizaban como material de trabajo).

En cuanto a la *realización de copias de seguridad*, también llamadas de *back up*, *de respaldo* o *de salvaguardia* es una práctica informática consistente en copiar ciertos datos o programas en un soporte diferente a aquel en el que se encuentran inicialmente, con el fin de salvaguardar su integridad frente a posibles manipulaciones (sean o no malintencionadas) o fallos del sistema que pudieran repercutir en pérdidas de los mismos. Producidas éstas es posible el uso de la copia guardada para restaurar el sistema y los datos perdidos o dañados. Como puede apreciarse, es una práctica destinada a garantizar la funcionalidad de los

datos o el uso del programa, que pueden verse alterados o impedidos por diversas circunstancias y no tiene sentido respecto de las obras tradicionales.

Aplicada tal práctica a los programas de ordenador, es evidente que su realización supone una auténtica copia de los mismos y, como tal, en principio queda prohibida o sometida a la autorización del titular, *ex* artículo 99 TRLPI. Desde el punto de vista informático, sin embargo, se aconseja, respecto de los datos, la realización periódica de copias de seguridad, con el fin de no perder el trabajo desarrollado. De hecho, una buena política de seguridad tiene siempre por base la realización de tales copias de la forma más frecuente posible. También respecto de los programas se aconseja tal práctica, dado que el programa instalado y en uso está sometido a diversas circunstancias (estado físico del *hardware* en el que se ha almacenado, fallos en el proceso derivados de incompatibilidades o de la propia operativa del usuario que traen consigo la pérdida de archivos esenciales para su uso) que pueden impedir su disfrute. Contando con una copia de seguridad, el programa puede volver a instalarse y continuar siendo utilizado en perfectas condiciones.

Es por ello que tanto respecto de los datos como de los programas la legislación vigente prevé la realización lícita de copias de seguridad. Por lo que ahora nos interesa, el artículo 100.2 TRLPI deja sentado que "*la realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no puede impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización"*.

En definitiva, tanto a nivel técnico-informático como legislativo, la "copia" (entiéndase, para uso privado) y la "copia de seguridad" de un programa de ordenador son conceptos diferentes y con distinto alcance.

Cabe preguntarse ahora las circunstancias en las cuales una copia del programa cumple las funciones de auténtica copia de seguridad, conforme al citado artículo, pues sólo ésta será la autorizada y, en su caso, tendrá que ser permitida por las medidas tecnológicas de seguridad. En este sentido, la característica definitoria por excelencia de la copia de seguridad es su necesaria vinculación al uso del programa. Ahora bien, en la operativa ordinaria del mismo no se precisa más copia que la instalada en el dispositivo de almacenamiento del ordenador (disco duro). Dicha reproducción (al igual que la que se produce en memoria RAM), aunque resulte necesaria en el actual estado de la técnica, no constituye una "copia de seguridad", ni en sentido técnico informático, ni en sentido legal.

La copia de seguridad resulta "necesaria para el uso del programa" no en relación con la técnica empleada en su utilización habitual, sino por ser imprescindible para el uso continuado del *software*, al permitir su disfrute posterior a la producción de fallos que dejen inservible la copia instalada. En este sentido, toda (auténtica) copia de seguridad es necesaria, pues de lo contrario, dañada la suministrada o instalada por cualquier circunstancia, el usuario no podría seguir utilizando el programa en sí, que es lo que realmente ha contratado (el bien inmaterial que, como tal, no es susceptible de sufrir daños). El único supuesto en que queda excluida la necesidad de realización de la copia de

seguridad es aquél en que ésta ya existe y es entregada al usuario por el licenciante o por un usuario anterior. La cuestión aquí es que cabe interpretar, de forma bastante lógica, que el ejemplar que el usuario adquiere sirve ya a los efectos de copia de seguridad del programa que queda instalado en el ordenador a partir de dicho ejemplar, pues éste permite posibles restauraciones o reinstalaciones del *software* adquirido.

En todo caso, la copia de seguridad queda vinculada al programa a cuyo uso sirve, tanto en la utilización diaria como en la posterior transmisión, si ésta llegara a darse. El uso habitual del programa implica que la copia de seguridad no puede instalarse en ningún otro equipo de forma simultánea, pues dejaría de ser copia "de seguridad" para convertirse en una copia *ilegítima*.

Por otra parte, si el licenciante autoriza la instalación del programa en varios ordenadores, debería entenderse que la Ley (el artículo 100.2 TRLPI) autoriza una copia de seguridad por equipo. Si la copia de seguridad resulta necesaria para el uso del programa ello supone que el acceso a la misma sea posible de la manera más inmediata, de ahí que cada equipo tenga su juego de copias de seguridad de los programas instalados. Ello (junto a la consideración del ejemplar adquirido como copia de seguridad del programa instalado) plantea el problema del "número" de copias de seguridad autorizadas con el fin de salir al paso de las posibles alegaciones de quien tiene en su poder un número indeterminado de copias de un programa afirmando que son "de seguridad", cuando puede fundadamente sospecharse que son copias para uso privado.

En realidad, si las copias de seguridad son realizadas para ser utilizadas *como tales* (en el sentido ya indicado, sin posteriores instalaciones en otros ordenadores), de forma exclusiva, realmente el número de copias es irrelevante. Aun cuanto haya una multiplicación de ejemplares que, en puridad, represente una auténtica violación de derechos del titular (artículo 99 TRLPI), no habrá daños económicos, por cuanto no circulará ninguna de tales copias, ni serán utilizadas como ejemplares independientes. Desde luego, no tendría relevancia a nivel de un consumidor, si no negocia con ellas o no las instala en otros ordenadores, actos que transforman la naturaleza de la copia de seguridad, privándola de tal calificativo y convirtiéndola en ilegítima. En el caso de empresarios sometidos a una inspección, los problemas son de prueba. Un número de copias desproporcionado en relación con las copias legítimas instaladas mostrará, *a priori*, una infracción de la licencia y de la Ley. El Derecho y los licenciantes disponen de mecanismos más eficaces en la lucha contra la piratería que la prohibición de realizar copias de seguridad, o una interpretación meramente cuantitativa del artículo 100.2 TRLPI, para el común de los supuestos. Así, la protección penal o lo establecido en los artículos 102 y 103 TRLPI, en conjunción con las actividades de intervención previstas en los arts. 138 y ss.

En definitiva, *el licenciante no podrá limitar o impedir la realización de, al menos, una copia de seguridad, ni por contrato ni mediante el empleo de medidas tecnológicas*, salvo que él mismo entregue dicha copia (en cuyo caso, las medidas

tecnológicas que impidan la realización de más copias serán plenamente lícitas). De hecho, éste es uno de los grandes problemas a que se enfrentan las casas de *software*. La principal violación de sus derechos, la "copia", desde el punto de vista técnico es idéntica a la "copia de seguridad", por lo que utilizar medios que impidan aquélla repercute en la limitación de ésta, convirtiendo dicha práctica en ilegal, al restringir, ahora sí, auténticos derechos del usuario legítimo.Como es obvio, y aunque la Ley no lo señale, cualquier cláusula en el contrato de licencia contraria a dicha disposición legal es radicalmente nula. Por otro lado, la desactivación por parte del usuario de las medias que el licenciante ha implementado en un ejemplar para impedir la copia, realizada con el único fin de ejercitar el derecho propio a tener una copia de seguridad no constituyen infracción de los derechos del titular, dado que dicha neutralización sí estaría autorizada por la Ley.

Finalmente, cabe señalar que las medidas tecnológicas también protegen al programa de indeseables indagaciones en su código fuente, a partir del código objeto plasmado en las copias adquiridas. Pretenden, en definitiva, impedir también las *operaciones de ingeniería inversa*, a través de las cuales se llega a conocer el código original del programa, lo cual es útil, por ejemplo, para plagiarlo, alterarlo o aprovechar sus deficiencias para la distribución de virus. Así pues, en este sentido, las medidas de seguridad resultan plenamente legales, en cuanto protegen también los derechos exclusivos sobre el programa desde una perspectiva distinta a la de la mera copia de su código objeto. Los problemas surgen cuando se constata que dichas medidas no deben en ningún caso impedir el ejercicio de los derechos que el TRLPI otorga al legítimo usuario: facultad de observar, estudiar y verificar el funcionamiento del programa sin autorización previa del titular, así como la reproducción del código y su traducción, también sin autorización del titular, para asegurar la interoperabilidad de un programa con otros (y sólo a esos efectos). En este caso, no obstante, los titulares de derechos pueden establecer medidas plenamente eficaces y que impidan tales operaciones si, a cambio, hacen pública la información necesaria para asegurar dicha interoperabilidad (art. 100.5 TRLPI).

3.3. La elusión de las medidas tecnológicas como delito

Conforme al vigente art. 270 CP, quien *fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones*, será castigado con la pena de seis meses a dos años de cárcel y una multa de 12 a 24 meses, al tiempo que deberá resarcir al titular de la obra o programa por los daños causados en sus derechos (también, *ex*. art. 102 TRLPI, en su caso).

Obsérvese que el tipo del art. 270 CP en lo tocante a este punto *no exige ánimo de lucro* (como sí lo hace para la distribución de copias ilícitas de las obras protegidas, por ejemplo, en su primer párrafo), y que basta la *mera tenencia* de medios destinados a romper las medidas para su realización. Se trata, sin duda, de un artículo polémico en cuanto a la interpretación de la expresión "medio *específicamente* destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización...", dado que muchos programas y elementos de *hardware* permiten las mencionadas actuaciones, pero también muchas otras perfectamente legales. Cabría decir que "específicamente" no es sinónimo de "exclusivamente", equiparación ésta que, al hacer una interpretación amplia del referido concepto, permitiría considerar ilegales muchos programas de copiado de CDs y DVDs. Tal no parece, sin embargo, la voluntad del legislador, pero sí apunta a que los medios empleados sean *especialmente aptos* o *adecuados para evitar las medidas de seguridad y que, como tales, sean utilizados*. Es decir, en relación con los programas citados, serían ilegales si permitieran romper las medidas de seguridad implementadas por el titular para posteriormente realizar las copias. No obstante, frente a medidas de seguridad que sean "eficaces", en los términos apuntados, muchos de esos programas de copia resultan, en realidad, inútiles porque están diseñados tan sólo para copiar datos, no para suprimir las medidas anticopia. Por lo tanto, si respetan dichas medidas y el titular de las obras permite la realización de copias (por ejemplo, el *shareware* o programas de libre distribución) o éstas vienen permitidas por la ley (copias de seguridad) su legalidad está garantizada, permitan copiar programas de ordenador, CDs de música o DVDs.

La finalidad principal de este precepto es, en definitiva, la lucha contra los medios de *crackeo* o los programas generadores de claves, así como contra los sitios que publiciten formas de hacer inútiles las medidas seguridad implementadas en cualquier tipo de medio o contenido electrónico.

Cabe hacer alguna precisión de cara a la regulación que está por venir. La vigencia de este artículo a la luz de la reforma del TRLPI se presenta problemática, pues puede pensarse que si se obliga a los titulares de derechos a permitir la realización de un cierto número de copias privadas (aunque sea una sola) prácticamente se vacía de contenido el tipo penal. Efectivamente, podría interpretarse que la falta de cumplimiento por parte de los titulares de su obligación de permitir el número de copias privadas previsto legalmente autorizaría al usuario a eludir las medidas tecnológicas para realizarlas por sí mismo. Dado que, desde el punto de vista técnico, no hay diferencia entre el medio empleado para eludir lícitamente las medidas de seguridad de aquél otro destinado a hacerlo de forma ilegal, cuando son creados por terceros distintos del titular de derechos sobre la obra, resultaría que los mecanismos técnicos para eludir las medidas permitirían también el ejercicio del usuario del límite de copia privada, lo cual plantea un grave problema para su consideración penal. Ahora bien, cabe igualmente (y de forma más fundada, en mi opinión) pensar

que es el titular quien debe facilitar al usuario la realización de las copias privadas, no hacerlas éste por su cuenta, ni siquiera si el primero incumple, pues la respuesta del usuario debiera venir dada por los recursos jurídicos (reclamación judicial o mecanismos de arbitraje, en su caso). De hecho, así aparece previsto en la reforma del TRLPI (art. 26, que introduce el art. 1601.2 según el cual, si los titulares no permiten la realización de las copias, "los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil"). En este sentido, seguirían siendo ilegales, en los mismos términos que en la actualidad, los medios aptos y adecuados para evitar las medidas de seguridad, al igual que todas aquellas que impidan la realización de más copias de las permitidas por los titulares en el marco de la Ley (un mínimo de una).

En realidad, el tipo penal no pretende castigar tanto (aunque también, la persecución se nos antoja incluso más complicada) al usuario privado que realiza una sólo copia para sus fines particulares (un "pirata doméstico"), cuanto a los que realizan cientos o miles de tales copias y comercian con ellas, mediante la acotación de todas las posibles situaciones delictivas.

La propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales[1]

Víctor Vázquez*

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[2]

SUMARIO: I. Parámetros de la discusión internacional. 1. La protección de los artistas audiovisuales en las legislaciones nacionales. 2. Protección Internacional de los Artistas Audiovisuales. 3. Protección Internacional de otros titulares de Derechos Conexos. II. El proceso de negociación internacional. 1. La exclusión de las interpretaciones audiovisuales de la Conferencia Diplomática de 1996. 2. La Conferencia Diplomática de diciembre de 2000. La Propuesta Básica y el Acuerdo Provisional. 3. Trabajos posteriores.

Resumen

En este estudio se analiza la Propuesta del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, tomando en cuenta los parámetros de la protección que existen en las legislaciones nacionales y la protección internacional vigente concedida tanto a los artistas como a otros titulares de derechos conexos

Palabras clave: Interpretaciones audiovisuales. Artistas audiovisuales. Protección legislación nacional. Protección internacional.

Recibido: 23/02/2006 •Aceptado: 20/03/2006

1 El autor cuenta con permiso de la Editorial Bercal, que edita la revista pe. i. Revista de Propiedad Intelectual, en cuyo número 18, correspondiente a los meses de septiembre a diciembre de 2004, apareció por primera vez este trabajo, para publicarlo en la Revista Derecho y Tecnología, de la Universidad Católica del Táchira (Venezuela). El autor desea agradecer a la revista pe. i. su amabilidad al permitir redifundir este estudio

* Jurista Principal. Sector de Derecho de Autor y Derechos Conexos

2 Las opiniones vertidas en este artículo no son necesariamente compartidas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Abstract

In this article, the Treaty of the World Intellectual Property Organization (WIPO) proposal on protecting and audiovisual entertainment and performance, is analyzed, having in mind the existing parameters for this protection in national legislation and the current international protection allowed to performers and others entitled to connected rights.

Keywords: Audiovisual performance. Audiovisual performer. National legislation protection. International protection.

Con objeto de no limitar el presente estudio a una experiencia negociadora concreta propongo que su objeto abarque el conjunto de las discusiones que en el marco de la OMPI han tenido lugar sobre la protección internacional de las interpretaciones audiovisuales, y lo que es más importante, el lugar en el que éstas se hallan en la actualidad. Para ello se analizarán previamente una serie de antecedentes y parámetros del proceso.

I. Parámetros de la discusión internacional

La descripción de este proceso requiere dar cuenta con carácter previo, si quiera sea sucintamente, de los siguientes factores:

A) La protección de los artistas audiovisuales en las legislaciones nacionales en el mundo.
B) La protección internacional vigente concedida a los artistas audiovisuales.
C) La protección internacional concedida a otros titulares.

1. La protección de los artistas audiovisuales en las legislaciones nacionales

Una somera caracterización de la protección otorgada por las legislaciones nacionales puede resultar de utilidad, tanto para calibrar el valor que un instrumento internacional podría tener para impulsar la protección como para identificar los aspectos en que existen mayores identidades y diferencias.

a) Derecho de reproducción

En la legislación nacional de 87 Estados miembros de la OMPI se contempla el derecho de reproducción de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, que en 13 de esos países se formula como el derecho a impedir la reproducción no autorizada de la fijación.

b) Derecho de distribución

Las legislaciones nacionales difieren en cuanto al alcance del derecho de distribución. En algunos casos incluye el derecho de poner a disposición del público el original y los ejemplares de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, mediante venta u otra transferencia de la titularidad. En otras legislaciones, el derecho de distribución también comprende la puesta a disposición de fijaciones que no suponga la transferencia de la titularidad, sino de la posesión, como el préstamo y el alquiler. En algunas legislaciones, el alcance del derecho de distribución se limita a los ejemplares fijados que puedan distribuirse como objetos tangibles. En 58 Estados miembros la legislación incluye un derecho de distribución respecto de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, y que en 13 de ellos ese derecho entraña la facultad de impedir la distribución no autorizada.

c) Derecho de alquiler

En la legislación de 56 Estados miembros se contempla el derecho de alquiler, ya sea como un derecho aparte, ya sea como una modalidad del derecho de distribución. En la legislación de 13 Estados miembros ese derecho significa la facultad de impedir el alquiler no autorizado de las fijaciones. En algunos de esos países, el alcance del derecho de alquiler se limita a los ejemplares fijados que puedan distribuirse como objetos tangibles.

d) Derecho de radiodifusión

En 65 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes gozan del derecho de radiodifusión respecto de la fijación de sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. El concepto de radiodifusión varía de una legislación a otra; su definición más elemental, la transmisión por medios inalámbricos para la recepción por el público de imágenes y sonidos, se completa a veces con disposiciones que aclaran que la transmisión por satélite para la recepción por el público se considerará también un acto de "radiodifusión" si se satisfacen ciertos requisitos, y que en ciertas condiciones, en el concepto de radiodifusión queda incluida la radiodifusión codificada por satélite. En determinadas circunstancias, algunas legislaciones asimilan la radiodifusión por cable a la radiodifusión inalámbrica. En la legislación de 13 Estados miembros, el derecho de radiodifusión significa la facultad de impedir la radiodifusión no autorizada de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas. En 13 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes no gozan de la posibilidad de autorizar o prohibir la radiodifusión de sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, pero sí del derecho de remuneración.

e) Derecho de comunicación al público

Las legislaciones nacionales difieren en cuanto al alcance del derecho de comunicación al público, que en su forma más reducida abarca cualquier transmisión por hilo de una interpretación representada o ejecutada a partir de una fijación audiovisual, cuando el público no está presente en el lugar en que se está ejecutando la fijación audiovisual. También puede abarcar todas las redifusiones por hilo de cualquier otra transmisión de esa índole. En algunos casos, la transmisión inalámbrica destinada a la recepción por el público, es decir, la radiodifusión, se considera como una modalidad de comunicación al público. En la legislación de algunos países, el alcance de este derecho abarca también la ejecución o representación de una fijación audiovisual ante un público presente, por ejemplo, la reproducción de una fijación audiovisual en un lugar accesible al público. En su forma más amplia, la comunicación al público abarca todo acto por el que el público tenga acceso a las interpretaciones y ejecuciones fijadas, sin distribución previa de los ejemplares a dicho público. En la legislación de 53 Estados miembros se estipula el derecho de comunicación al público, formulado en ocho de ellos como el derecho a impedir la comunicación no autorizada al público de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas. En la legislación de 15 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes no gozan del derecho a autorizar o prohibir la comunicación al público de la fijación audiovisual, pero sí de un derecho de remuneración. En el caso de la radiodifusión, a veces la remuneración se define como el derecho a una remuneración equitativa, como lo dispone el artículo 12 de la Convención de Roma respecto de los fonogramas.

f) La puesta a disposición del público

Se ha observado que en la legislación de 23 Estados miembros se contempla el derecho a autorizar la puesta a disposición del público de interpretaciones y ejecuciones fijadas, que comprende su transmisión digital interactiva. Su definición más común, derivada de la protección equivalente prevista en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)[3] para las interpretaciones y ejecuciones sonoras, es la puesta a disposición del público de las interpretaciones y ejecuciones fijadas "por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija." En la legislación de algunos Estados miembros, cabe considerar que el derecho de puesta a disposición queda comprendido en un derecho amplio de comunicación al público, o por el derecho de distribución al público.

3 WIPO Performances and Phonograms Treaty.

g) Derechos morales

En la legislación de 76 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes gozan, en mayor o menor grado, de derechos morales respecto de sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas. En algunos casos, la protección abarca tanto el derecho de atribución o paternidad sobre la interpretación y ejecución, como los derechos relacionados con la integridad de la misma. En otros casos, los derechos son más limitados que los derechos que confiere a los autores el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el Convenio de Berna) y están sujetos a condiciones, como la posibilidad de arreglos contractuales *a contrario*, y el sometimiento a las peculiares características del funcionamiento normal del mercado.

h) Cesión legal y presunción de transferencia

Existe cesión legal en los casos en que la legislación atribuye *ab initio* a un tercero la titularidad de los derechos sobre la interpretación, por lo general al productor o empleador, al cumplirse una circunstancia concreta, como la constancia de una relación laboral. Esta atribución inicial se produce directamente por aplicación de la ley, a diferencia de los casos en que la legislación establece que los derechos corresponden inicialmente a los artistas pero se transfieren presuntamente al productor o al empleador una vez que el artista intérprete o ejecutante da su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución. La presunción de transferencia puede ser refutable, cuando la transferencia esté sujeta a la posibilidad de acuerdo en contrario, o irrefutable, cuando la transferencia de los derechos del artista intérprete o ejecutante al productor tiene lugar de manera automática e irreversible tras el consentimiento de dicho artista con respecto a la fijación de su interpretación o ejecución. La legislación de 41 Estados miembros no incluye disposiciones relativas a la presunción de transferencia de los derechos ni a la cesión legal de los mismos. En la legislación de 35 Estados miembros se prevé una presunción refutable de transferencia; en otros siete Estados miembros esta presunción no admite prueba en contrario (*iures et de iure*). La legislación de seis Estados miembros contempla la atribución *ab initio* al productor, de los derechos sobre las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

i) Protección retroactiva

Con la expresión protección retroactiva se hace referencia a las normas sobre aplicación en el tiempo de la protección. Se entiende por protección retroactiva el hecho de proteger las interpretaciones y ejecuciones fijadas que existan en la fecha de entrada en vigor de la legislación de que se trate pero que aún no hayan entrado en el dominio público. Una denominación más rigurosa, si bien menos

corriente, de este concepto sería la de protección retrospectiva. Esta expresión no se refiere a que la protección se conceda con independencia de los actos concluidos antes de la entrada en vigor de la legislación Tampoco se aborda si se salvaguardan los derechos adquiridos previamente y los acuerdos celebrados anteriormente. Se ha observado que la legislación de 60 Estados miembros contiene disposiciones que garantizan la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas que ya existían en la fecha de entrada en vigor de la legislación.

j) Trato conferido a los nacionales de otros países

Se ha observado que la legislación de 87 Estados miembros contiene disposiciones sobre el trato de los nacionales de otros países. En la legislación de 39 Estados miembros, el trato conferido a los nacionales de otros países parece regirse por el principio del trato nacional; en la legislación de 12 Estados miembros se sigue el principio de la reciprocidad y en la legislación de 37 Estados miembros, el trato nacional y la reciprocidad se confieren con alcance limitado, en el marco de un régimen mixto que incluye una combinación de ambos principios.

2. Protección internacional de los artistas audiovisuales

En la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (la Convención de Roma) se reconoce claramente la protección internacional de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. Sin embargo, menos claro resulta determinar en qué medida se contempla la protección de esas interpretaciones y ejecuciones en vivo en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y en el WPPT. A este respecto, la Convención de Roma confiere el derecho a impedir la radiodifusión audiovisual, la comunicación al público y la fijación de las interpretaciones y ejecuciones en vivo, y el derecho a impedir la reproducción no autorizada de interpretaciones y ejecuciones que estén incorporadas en una fijación visual o audiovisual (Artículos 7.1 y 19). Las condiciones en que se otorga este último derecho de impedir la reproducción de la fijación son muy restrictivas, ya que sólo opera:

(i) si la fijación original se hizo sin consentimiento del artista;
(ii) si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado;
(iii) si se trata de una fijación original hecha con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 (limitaciones y excepciones) que se hubiera reproducido para fines distintos de los previstos en ese artículo.

3. Protección internacional de otros titulares de derechos conexos

Los intérpretes musicales y productores fonográficos, así como los organismos de radiodifusión tienen reconocido un nivel de protección mayor que los artistas audiovisuales, conforme al WPPT y a la Convención de Roma. La comparación más procedente, por la similitud de sus respectivas funciones, sería la que vincula a los artistas musicales con los audiovisuales. El WPPT concede a los artistas musicales un importante elenco de derechos sobre la fijación de sus interpretaciones: reproducción, distribución, alquiler, puesta a disposición. Por el contrario, como vimos en el Art. 19 de la Convención de Roma, el consentimiento del artista a llevar a cabo la fijación de su interpretación audiovisual deja sin validez los derechos sobre la misma. La importancia de la referencia del WPPT, como instrumento para la protección de los intérpretes, se manifiesta en que, en el curso de las discusiones internacionales en la materia, el WPPT aparece como un posible modelo para la protección de los artistas audiovisuales.

II. El proceso de negociación internacional

1. La exclusión de las interpretaciones audiovisuales de la Conferencia Diplomática de 1996

La protección internacional de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales fue uno de los temas tratados en la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, celebrada en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, y ya se había examinado durante las fases preparatorias de la Conferencia Diplomática en el Comité de Expertos sobre un posible instrumento para la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. La propuesta básica de las disposiciones sustantivas del tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas incluía una variante por la que la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes se extendía a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Sin embargo, el WPPT, adoptado por la Conferencia Diplomática, no extendió la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes a las fijaciones audiovisuales de sus interpretaciones o ejecuciones.

Muchas de las cuestiones que centran hoy el debate sobre la protección de las interpretaciones audiovisuales se plantearon ya, en el marco de un debate focalizado en las posiciones de Estados Unidos y la Unión Europea, en la Conferencia de 1996. Entre ellas:

- La transferencia de los derechos exclusivos del intérprete al productor.
- La ley aplicable a las relaciones entre artista y productor.

– La posibilidad de implementar las obligaciones del Tratado no sólo mediante disposiciones legislativas, sino igualmente mediante convenios colectivos.
– Los derechos morales.

En las discusiones relativas a todos estos asuntos se deja entrever que la dificultad principal subyacente es la compatibilidad de dos sistemas –el norteamericano y el europeo– de cuyo funcionamiento en el ámbito interno, ambas partes se declaraban satisfechas.

Incapaz de diseñar un medio que garantice la compatibilidad de ambos sistemas la Conferencia Diplomática de 1996 excluye a las interpretaciones audiovisuales de los acuerdos alcanzados en relación con los artistas.

Sin embargo la Conferencia Diplomática decidió que se continuaran las discusiones con objeto de adoptar, a más tardar en 1998, un Protocolo al WPPT.

2. La Conferencia Diplomática de diciembre de 2000. La Propuesta básica y el acuerdo provisional

En su sesión celebrada en abril de 2000, el Comité Preparatorio de la Conferencia pidió a la Oficina Internacional que preparase una propuesta básica con las cláusulas administrativas y finales del instrumento internacional, que incluyera variantes de disposiciones destinadas tanto a la adopción de un protocolo del Tratado del WPPT, como a la de un tratado independiente.

La propuesta básica[4] constaba de 20 artículos, elaborados sobre la base de las propuestas formuladas por los Estados miembros durante los trabajos previos, e incluía variantes en los casos en que las delegaciones propusieran soluciones diferentes. La propuesta básica reflejaba las dos grandes posiciones divergentes. Una de ellas vinculaba el posible nuevo instrumento al WPPT, mediante la aplicación *mutatis mutandis* de sus disposiciones y otra propugnaba la completa autonomía formal y substantiva del nuevo Instrumento.

Como resulta natural el contenido de la propuesta básica fue alterándose conforme la negociación avanzaba, lo que se refleja en el resultado de las deliberaciones en el estadio final de la Conferencia[5].

Como se puede observar, sobre una serie de asuntos se llegó a compromisos que, en líneas generales, se ajustan al modelo ofrecido por el WPPT. Se trata de los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, el derecho de reproducción, el derecho de distribución, el derecho de alquiler, el derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas, las limitaciones y excepciones, las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, las obligaciones relativas a la

4 http://www.wipo.int/documents/es/document/iavp/iavp_dc3.htm
5 http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/36_9rev.pdf

información sobre la gestión de derechos, las formalidades, y las disposiciones sobre la observancia de los derechos. La mayor parte de los debates, sin embargo, se centró en otra serie de cuestiones:

1) La definición de fijación audiovisual. Entre algunos sectores interesados existía el temor de que la definición debatida[6], combinada con la definición de fonograma en el art. 2 del WPPT[7] afecte a los derechos de los intérpretes musicales en la explotación de videos musicales. Hay que tener en cuenta que el nivel de protección que se negociaba para el artista audiovisual era inferior al otorgado en el WPPT al artista musical. Con objeto de no prejuzgar el alcance de la definición de fonograma en los casos en que la imagen y el sonido aparecen asociados se introdujo una declaración concertada, conforme a la cual queda confirmado que la definición de "fijación audiovisual" no va en detrimento de lo dispuesto en el Artículo 2.c) del WPPT. Como consecuencia de esto se mantendría el status establecido sobre la cuestión en el WPPT, que seguiría rigiendo el deslinde entre fonograma y fijación audiovisual.

2) Derechos morales. Mientras que en su faceta que protege la paternidad de la interpretación el régimen establecido resulta equivalente al WPPT[8], la protección de la integridad queda sujeta a cautelas adicionales, empezando por el condicionante general de que tal protección se llevara a cabo "tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales." Por otro lado este derecho del artista audiovisual a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales, queda sujeto igualmente a las aclaraciones efectuadas en una declaración concertada que reza como sigue:

> *A los efectos del presente Tratado y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro tratado, queda entendido que, habida cuenta de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales y de su producción y distribución, las modificaciones de una interpretación o ejecución que se efectúen durante la explotación normal de la interpretación o ejecución, tales como la edición, la compresión, el doblaje, o el formateado, en medios o formatos nuevos o modificados, y que se efectúen durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante, no serán consideradas*

6 *"[i]ncorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo"*.

7 2 (b) WPPT: "fonograma", toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.

8 "(…) el derecho a: i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución (…)".

como modificaciones en el sentido del Artículo 5.1)ii). Los derechos contemplados en el Artículo 5.1)ii) guardan relación solamente con los cambios que sean objetivamente perjudiciales para la reputación del artista intérprete o ejecutante de manera sustancial. Queda entendido también que el simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, no será considerado como modificación en el sentido del Artículo 5.1)ii).

3) Derecho de radiodifusión y de comunicación al público[9]. El acuerdo provisional relativo a esta cuestión se separó del modelo establecido por el artículo 15 del WPPT, basado en un derecho de remuneración, que los Estados pueden adoptar con carácter facultativo. Al igual que en el WPPT para los artistas musicales, la protección para los artistas audiovisuales en este campo no otorga derecho mínimo alguno. Se concede un derecho exclusivo para, a renglón seguido, conceder la posibilidad de reserva, convirtiendo el derecho exclusivo en derecho de remuneración equitativa, sometiendo esta a condiciones, o aplicando cualquiera de ambas modalidades del derecho a tan sólo determinadas utilizaciones, o incluso, finalmente, dejándolo sin aplicación por completo.

La cuestión más relevante respecto de este derecho es su relación con el trato nacional, y el modo en que la disposición `proyectada establecía una completa *reciprocidad material.* En el acuerdo provisional sobre este asunto[10] la protección que una parte concede a otra puede limitarse en función de la que gocen sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante. Asimismo el trato nacional no será aplicable en la medida en que se haga uso de las reservas permitidas en virtud de lo dispuesto sobre el derecho de comunicación al público y radiodifusión.

4) Aplicación en el tiempo. Tradicionalmente la reglamentación internacional de los derechos de autor y conexos establece (art. 18 del Convenio de Berna, art. 22 del WPPT, etc.) que la protección abarca el objeto protegible preexistente a la entrada en vigor del Instrumento en cuestión. Dicho en otras palabras, el instrumento afecta al repertorio que no haya entrado en dominio público del país de origen en el momento de la entrada en vigor del Tratado. Esta característica del Derecho de Autor se califica normalmente como el carácter retroactivo, o más propiamente *retrospectivo* de la protección.

9 Artículo 11.- Derecho de radiodifusión y de comunicación al público.

10 Una Parte Contratante estará facultada para limitar el alcance y la duración de la protección que concede a los nacionales de otra Parte Contratante, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1), en relación con los derechos contemplados en el Artículo 11.1) y 2) del presente Tratado, a los derechos de que gozan sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante. 3) La obligación prevista en el párrafo 1) no será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que otra Parte Contratante haga uso de las reservas permitidas en virtud de lo dispuesto en el Artículo 11.3) del presente Tratado, y tampoco será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que haya hecho una reserva de esa índole.

Las negociaciones sobre la protección de las interpretaciones audiovisuales no desembocaron en una protección de este tipo, sino que consagraron el principio opuesto, ya que se permite a las Partes Contrates efectuar una reserva por la que el Tratado sólo sería aplicable a las interpretaciones audiovisuales posteriores a la fecha de entrada en vigor del tratado[11] con lo que se reduce enormemente el ámbito de aplicación temporal del mismo.

5) Transferencia de derechos. Cuatro alternativas fueron objeto de discusión:

1. Una presunción obligatoria pero refutable (*iuris tantum*) de transferencia de los derechos exclusivos del artista audiovisual al productor. Esta era la formula sostenida inicialmente por Estados Unidos.

2. Una presunción obligatoria pero refutable de que el productor queda habilitado para ejercer los derechos exclusivos de autorización previstos en el Tratado. Los artistas intérpretes o ejecutantes seguirían siendo titulares de sus derechos y podrían invocarlos contra terceros en caso de utilización no autorizada o reclamar una remuneración al productor, con sujeción a lo estipulado en los contratos o en la legislación nacional aplicable. Los productores tendrían certeza en cuanto a su capacidad para realizar una explotación comercial de la producción audiovisual. El modelo de esta propuesta es la presunción de legitimación para los autores audiovisuales, reconocida –si bien con grandes limitaciones– en el artículo 14 bis del Convenio de Berna.

3. Una solución basada en la determinación de la ley aplicable a la transferencia de derechos. La función primordial sería garantizar el reconocimiento de las diferentes disposiciones en materia de cesión de derechos

11 Aplicación en el tiempo 1) Las Partes Contratantes otorgarán la protección contemplada en virtud del presente Tratado a las interpretaciones o ejecuciones fijadas que existan en el momento de la entrada en vigor del presente Tratado, así como a todas las interpretaciones o ejecuciones que tengan lugar después de la entrada en vigor del presente Tratado en cada Parte Contratante. 2) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1), una Parte Contratante puede declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, que no aplicará las disposiciones de los Artículos 7 a 11 del presente Tratado, o una o varias de esas disposiciones, a las interpretaciones o ejecuciones fijadas que existían en el momento de la entrada en vigor del presente Tratado en esa Parte Contratante. Respecto de dicha Parte Contratante, otras Partes Contratantes pueden limitar la aplicación de esos Artículos a las interpretaciones o ejecuciones que hayan tenido lugar después de la entrada en vigor del presente Tratado en dicha Parte Contratante. 3) La protección prevista en el presente Tratado no irá en menoscabo de todo acto realizado, acuerdo concertado o derecho adquirido antes de la entrada en vigor del presente Tratado en cada Parte Contratante. 4) Las Partes Contratantes pueden establecer, en su legislación, disposiciones transitorias en virtud de las cuales toda persona, que antes de la entrada en vigor del presente Tratado haya tomado parte en actos lícitos en relación con una interpretación o ejecución, podrá realizar actos en relación con la misma interpretación o ejecución que estén dentro del ámbito de los derechos contemplados en los Artículos 5 y 7 a 11 después de la entrada en vigor del presente Tratado en las respectivas Partes Contratantes.

utilizadas en las distintas Partes Contratantes. Este reconocimiento se concreta al establecer que la cesión de cualquiera de los derechos exclusivos de autorización al productor se regirá, en ausencia de cláusulas contractuales al respecto, por la legislación del país que tenga una vinculación más estrecha con la fijación audiovisual, un principio consagrado en el Derecho Internacional Privado (DIP). Esta norma sería aplicable a todos los casos de cesión de derechos, ya sea mediante un acuerdo o por ministerio de la ley. Esta norma sólo sería aplicable en ausencia de toda cláusula contractual a contrario. El párrafo 2) establece un orden jerárquico de los tres puntos de vinculación para la elección del derecho aplicable. El primer criterio, es decir, el lugar de la sede social o de residencia habitual del productor, es similar al del artículo 5.4)c)i) del Convenio de Berna. Garantiza la aplicación de una ley única a todos los artistas intérpretes o ejecutantes que participan. El segundo criterio es el de la nacionalidad de la mayoría de los artistas intérpretes o ejecutantes, y el tercero es el sitio principal de filmación, que respondería al mismo objetivo de uniformidad. De presentarse situaciones en las que ninguna Parte Contratante reúna los criterios establecidos en el párrafo 2) se aplican las normas ordinarias del DIP.

4. De conformidad con esta cuarta variante, que no contiene disposiciones sobre cesión de derechos o disposiciones contractuales, incumbiría a la legislación de las Partes Contratantes determinar si se establecen disposiciones en materia de cesión de derechos y establecer su naturaleza y ámbito. Esta era la variante apoyada por la Comunidad Europea y sus Estados miembros.

Durante la Conferencia Diplomática las discusiones se centraron en la variante que sigue el modelo de determinación de la ley aplicable, pero atenuando su carácter prescriptivo y centrándose en el reconocimiento internacional de las reglas aplicadas a la transferencia por otras Partes Contratantes. En este sentido vale la pena reseñar la última versión que sirvió de base a las discusiones, tal y como quedó reflejada en un documento oficial de la Conferencia Diplomática, concretamente en el denominado "Entendimiento sobre las disposiciones del instrumento preparado por la Secretaría de la Comisión Principal I"[12] Esta versión[13] se limita a poner en evidencia la posibilidad de las partes de regular la

12 http://www.wipo. int/documents/es/document/iavp/doc/iavp_dc33.doc

13 Artículo 12.- Cesión y ejercicio de los derechos exclusivos de autorización.

1) Las Partes Contratantes pueden prever que los derechos exclusivos de autorización previstos en el presente Tratado sean cedidos por el artista intérprete o ejecutante al productor de una fijación audiovisual, o puedan ser ejercidos por el productor con el consentimiento del artista intérprete o ejecutante a la fijación.

2) Sin perjuicio de las obligaciones internacionales y del Derecho internacional público o privado, toda cesión por acuerdo de los derechos exclusivos de autorización reconocidos en el presente Tratado, o [todo acuerdo sobre el ejercicio de esos derechos] [la habilitación para ejercer esos derechos basada en el consentimiento del artista intérprete o ejecutante a la fijación], se regirá por la legislación del país que hayan elegido las partes o, en la medida en que no se haya elegido la legislación aplicable al acuerdo concertado entre el artista intérprete o ejecutante y el productor, por la legislación del país con la que el acuerdo esté más estrechamente vinculado.

cesión de los derechos del artista al productor, o el ejercicio de los mismos por éste con el consentimiento de aquél. En segundo lugar se fijaba el principio, para el caso de que productor y artista no lo hubieran acordado contractualmente, de que la ley aplicable a la transferencia por contrato (pero no por operación de la ley) sería la del país con que el contrato estuviera más vinculado, dejando esta última determinación a los principios de DIP.

6) El principio de ausencia de recaudación ante la falta de distribución. Durante las negociaciones de la Conferencia Diplomática el Presidente del Comité en que se llevaba a cabo la discusión substantiva (Comité Principal I), efectuó una declaración en el sentido de que "ninguna Parte Contratante debía permitir que se recaudaran remuneraciones respecto de interpretaciones o ejecuciones de artistas que sean nacionales de otra Parte Contratante, a menos que tales remuneraciones se distribuyan a los artistas aludidos. Tales disposiciones no se incluyen en el texto del Tratado. Queda entendido que la recaudación de remuneraciones en una Parte Contratante, respecto de los nacionales de otra Parte Contratante por derechos que no reconoce a esos nacionales, carece de fundamento jurídico. En tales circunstancias, toda recaudación sería inapropiada y no tendría autoridad legal. En consecuencia, todos aquellos a quienes se reclamen dichas remuneraciones deberán poder disponer de recursos legales que hacer valer frente a dichas reclamaciones. Cuando, sobre la base de mandatos apropiados, en una Parte Contratante se recauden remuneraciones por derechos que esa Parte Contratante otorga a los nacionales de otra Parte Contratante pero que no distribuye entre ellos, esos nacionales deberían contar con los medios legales que les permitan entrar en posesión de la remuneración recaudada en su nombre". El Presidente preguntó a la Comisión si el artículo 4 podía ser adoptado en el entendido de que la declaración que acaba de leer figurará en las Actas de la Conferencia Diplomática y, ante la ausencia de oposición así lo hizo. Sin embargo la Comunidad Europea y sus Estados Miembros presentaron después por escrito una declaración indicando que la declaración del Presidente, antes citada, era unilateral y no vinculaba a las Partes Contratantes [http:// www.wipo.int/documents/es/document/ iavp/doc/iavp_dc39.doc].

7) Conclusión de la Conferencia Diplomática. Antes de su clausura, la Conferencia Diplomática adoptó la siguiente Recomendación:

Declaración concertada relativa al Artículo 12.

Queda entendido que el Artículo 12 es aplicable solamente a los derechos exclusivos de autorización y, por consiguiente, no es aplicable a los derechos morales y al derecho a una remuneración equitativa.

"La Conferencia Diplomática

i) toma nota de que se ha llegado a un acuerdo provisional respecto de los 19 artículos,

ii) recomienda a las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI que, en su período de sesiones de septiembre de 2001, se vuelva a convocar la conferencia diplomática a los efectos de llegar a un acuerdo respecto de las cuestiones pendientes".

3. Trabajos posteriores

Pese a la declaración citada la Conferencia no llegó a convocarse de nuevo. La cuestión se ha mantenido desde entonces en el orden del día de todas las Asambleas de la OMPI. En 2003 se organizó una reunión *ad hoc* con participación de productores y artistas, con objeto de profundizar en el conocimiento de las experiencias profesionales de artistas y productores. La Secretaria de la OMPI se ha esforzado en facilitar a los Estados miembros y al sector interesado las herramientas de análisis necesarias para tratar de acercar posiciones en los temas en que las diferencias persisten. En este sentido los trabajos se han concentrado en la transferencia de derechos y las cuestiones relativas a la remuneración de los artistas, ya por vía contractual o por otras vías. Asimismo se ha llevado a cabo un importante esfuerzo de evaluación de la protección existente en el ámbito nacional. A continuación se relacionan los estudios completados en este ámbito, todos ellos accesibles vía electrónica[14]. En conjunto se trata posiblemente del más vasto y ambicioso corpus analítico de la situación jurídica, en el ámbito de Derecho comparado e internacional, del artista audiovisual:

1) Estudio sobre la legislación nacional relativa a la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas (AVP/IM/03/2)[15] fue preparado por la Secretaría de la OMPI en cooperación con los Estados miembros. La Secretaría de la OMPI había preparado cuestionarios sobre los principales temas relacionados con la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, que completó luego para cada uno de los Estados miembros que en su legislación nacional otorgan protección a las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. El estudio abarca la legislación nacional de 97 Estados miembros en los que se identifica una cierta protección de las interpretaciones audiovisuales fijadas. Contiene tres anexos: una reseña de las principales disposiciones sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas (Anexo I); una reseña de las legislaciones nacionales sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas (Anexo

14 http://www.wipo.int/copyright/es/activities/audio_visual.htm.
15 http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_2.pdf

II); y los cuestionarios nacionales sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales (Anexo III).

2) Estudio sobre las prácticas en materia de contratos y remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes de la industria audiovisual en México, el Reino Unido y los Estados Unidos de América (AVP/IM/03/3A)[16], preparado por la Sra. Katherine M. Sand Consultora, ex Secretaria General de la Federación Internacional de Actores (FIA), Estados Unidos de Norteamérica[17].

3) Estudio sobre las prácticas en materia de contratos y remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes de la industria audiovisual en Francia y Alemania (AVP/IM/03/3B) preparado por la Sra. Marjut Salokannel, Doctora en Derecho, Universidad de Helsinki, Finlandia.

4) Estudio auspiciado por la OMPI relativo a los instrumentos multilaterales que rigen la cesión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes a los productores; Estados Unidos de América; Francia, preparado por la Sra. Jane C. Ginsburg, Profesora de Derecho de la Propiedad Literaria y Artística, Cátedra Morton L. Janklow, Facultad de Derecho, *Columbia University*, Estados Unidos de América y por el Sr. André Lucas Profesor de Derecho, Universidad de Nantes, Francia (AVP/IM/03/4)[18].

El alcance de este estudio justifica una mayor explicación. Los autores analizan los derechos substantivos concedidos a los artistas audiovisuales en la legislación internacional y en las legislaciones de Francia y Estados Unidos. Por otro lado, estudian las disposiciones substantivas sobre transferencia de derechos del artista al productor audiovisual en las mismas fuentes. En tercer lugar se detienen en las reglas de DIP que rigen la ley aplicable a la transferencia en Francia y Estados Unidos. Igualmente los autores han elaborado una plantilla para el análisis de las cuestiones indicadas en otras legislaciones nacionales, lo que ha permitido a expertos de otros 6 países (México, Alemania, Reino Unido, Egipto, India y Japón) analizar a partir de los mismos parámetros su propia legislación (AVP/IM/03/4/A Rev.; AVP/IM/03/4/B; AVP/IM/03/4/C; AVP/IM/03/4/D; AVP/IM/03/4/E, AVP/IM/03/4/F)[19].

En una segunda fase los autores del estudio analizaron las respuestas recibidas de los 6 expertos nacionales, con el objeto de intentar construir sobre esta base una visión consistente y global sobre la protección de los artistas por medio de

16 http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_3b.pdf
17 http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_3a.pdf
18 http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4.pdf
19 http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4arev.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4b.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4c.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4d.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4e.pdf
http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4f.pdf

contratos y en virtud de los derechos conexos, así como sobre la conveniencia y posibilidad de desarrollar una norma internacional sobre la ley aplicable a la transferencia de los derechos del artista audiovisual al productor. Entre las consideraciones formuladas por los autores, aún no publicadas en español, cabe destacar las siguientes:

1) No es fácil, en materia de transferencia de derechos, llevar a cabo una clasificación inequívoca del asunto de la transferencia de derechos del artista audiovisual al productor. La fórmula clásica en DIP de que la *trasnferabilidad* del derecho debe considerarse pertinente a la substancia del derecho (*le fond du droit*) mientras que la cuestión de la efectividad de la transferencia (validez y efectos) pertenece a la ley del contrato dista de ser de fácil aplicación.

2) Una vez clasificada la cuestión como de derecho substantivo o contractual la determinación de la ley aplicable no resulta inmediata. Si la cuestión es de derecho substantivo cabe determinar que la ley aplicable sea la del país de origen de la obra audiovisual o la del país de explotación de la misma. A su vez la ley del país de explotación de la obra puede remitir al país en que se origina la comunicación al público, o a aquel en que se recibe, o ambos. La ley del país de origen puede ser la del país de primera fijación, de residencia efectiva del artista, de la sede del productor, etc. Si la cuestión se considera como propia de la ley del contrato se aplicará normalmente la ley designada en el mismo.

3) La distinción entre ley del contrato y ley substantiva no tiene gran relevancia en aquellos países en que los derechos de los artistas derivan de la negociación colectiva y los contratos individuales, ya que no existe en ellos una ley substantiva en el sentido de un régimen de derechos conexos que los tenga por titulares.

4) La aplicación de la regla por la que el foro aplica su ley para caracterizar un pleito determinará que los países con un régimen de derechos conexos tiendan a una mayor aplicación de la ley substantiva. Ejemplo: artistas indios reclamando en Francia por modos de explotación no expresamente incluidos en su contrato. Si el Tribunal considera que la transferabilidad del derecho es una cuestión de derecho substantivo, tendrá enseguida que determinar que ley le resulta aplicable, que en el ordenamiento francés, será en principio la del país en que la explotación tiene lugar.

5) Otro factor que llevará a que en los países con derechos conexos se deje de aplicar la ley extranjera del contrato es la vigencia de las reglas de orden público. Distintas reglas locales conectadas al interés general (*ordre public, lois de police, public interest*) son de aplicación preferente, sobreponiéndose a la ley del contrato incluso después de una clasificación que haya otorgado a esta última relevancia.

6) Como consecuencia de lo expuesto el régimen de derechos conexos tiende a aplicarse a todos los artistas, respecto de las explotaciones que tienen lugar en su territorio, ya sea en virtud de las reglas de clasificación o en las de orden

público. Por el contrario, en aquello países en que los derechos tienen naturaleza contractual los tribunales tienen tendencia a aplicar la ley del contrato aunque la obra sea originaria de un país con un régimen de derecho conexo.

En relación con las negociaciones sobre un Tratado que proteja las interpretaciones audiovisuales, y la viabilidad de articular una solución de compromiso sobre la base de una regla de DIP relativa a la transferencia de derechos los autores formulan 4 hipótesis, que corresponden a 4 posibles escenarios de negociación:

i) Que la regla de DIP caracterice todas las cuestiones relativas a la transferencia de derechos como materia contractual y determine luego la aplicación de la ley del contrato. Ventajas uniformidad y previsibilidad. Problemas: aplicación de normas locales de aplicación forzosa.

ii) Que el tratado caracterice las cuestiones relativas a la transferencia como materia substantiva, designando como aplicable la ley del país de origen de la obra (definido como el de residencia efectiva del productor)

iii) Que el tratado caracterice las cuestiones relativas a la transferencia como materia substantiva, designando como aplicable la ley del país de explotación de la obra, y dentro de este el de su recepción. Ventaja: ausencia de conflicto con la ley local de aplicación necesaria. Inconveniente: complica la explotación.

iv) Que el tratado mantenga una doble caracterización de la transferencia, pero delimitara las cuestiones que pertenecen a la ley del contrato (validez y efectos) y aquellas que forman parte de la ley substantiva (substancia y enajenabilidad).

En opinión de los autores ninguna de las 4 soluciones resuelve las dificultades planteadas en el curso de la negociación, ya que parecen ofrecer resultados demasiado complejos, impredecibles o parciales. Sería más fácil fijar una regla de DIP si las legislaciones substantivas no difirieran tanto en los principales países entre quienes se plantean discrepancias.

LEGISLACIÓN

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela
N° 38.081 de fecha 7 de diciembre de 2004

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

DECRETA

la siguiente,

LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO Y TELEVISIÓN

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1
Objeto y Ámbito de Aplicación de la Ley

Esta ley tiene por objeto establecer, en la difusión y recepción de mensajes, la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, para fomentar el equilibrio democrático entre sus deberes, derechos e intereses a los fines de promover la justicia social y de contribuir con la formación de la ciudadanía, la democracia, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación, de conformidad con las normas y principios constitucionales de la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la cultura, la educación, la seguridad social, la libre competencia y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Las disposiciones de la presente ley, se aplican a toda imagen o sonido cuya difusión y recepción tengan lugar dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, y sea realizada a través de los servicios de radio o televisión públicos o privados siguientes:

1. Servicios de radio: radiodifusión sonora en amplitud modulada (AM); radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM); radiodifusión sonora por onda corta; radiodifusión sonora comunitaria de servicio público, sin fines de lucro; y servicios de producción nacional audio, difundidos a través de un servicio de difusión por suscripción.
2. Servicios de televisión: televisión UHF; televisión VHF; televisión comunitaria de servicio público, sin fines de lucro;

y servicios de producción nacional audiovisual, difundidos a través de un servicio de difusión por suscripción.
3. Servicios de difusión por suscripción.

Quedan sujetos a esta Ley otras modalidades de servicios de difusión audiovisual y sonoro que surjan como consecuencia del desarrollo de las telecomunicaciones a través de los instrumentos jurídicos que se estimen pertinentes.

Artículo 2 Interés, Orden Público y Principios de Aplicación e Interpretación

El espectro radioeléctrico es un bien de dominio público; la materia regulada en esta Ley es de interés público y sus disposiciones son de orden público.

La interpretación y aplicación de esta Ley estará sujeta, sin perjuicio de los demás principios constitucionales a los siguientes principios: libre expresión de ideas, opiniones y pensamientos; comunicación libre y plural; prohibición de censura previa; responsabilidad ulterior; democratización; participación; solidaridad y responsabilidad social; soberanía; seguridad de la Nación y libre competencia.

En la relación jurídica de los prestadores de servicios de radio y televisión y de difusión por suscripción, con los usuarios y usuarias:

1. Cuando dos o más disposiciones o leyes regulen una misma situación relacionada con la materia objeto de esta Ley, se aplicará aquélla que más favorezca a los usuarios y usuarias.
2. Cuando sobre una misma norma, referida a la materia objeto de esta Ley, surjan dos o más interpretaciones, se acogerá la interpretación que más favorezca a los usuarios y usuarias de los servicios de radio y televisión.

En todo caso en la interpretación y aplicación de la presente Ley, se atenderá preferentemente a su carácter de orden público.

Artículo 3 Objetivos Generales

Los objetivos generales de esta Ley son:

1. Garantizar que las familias y las personas en general cuenten con los mecanismos jurídicos que les permitan desarrollar en forma adecuada el rol y la responsabilidad social que les corresponde como usuarios y usuarias, en colaboración con los prestadores de servicios de divulgación y con el Estado.
2. Garantizar el respeto a la libertad de expresión e información, sin censura, dentro de los límites propios de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia y con las

responsabilidades que acarrea el ejercicio de dicha libertad, conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados internacionales ratificados por la República en materia de derechos humanos y la ley.

3. Promover el efectivo ejercicio y respeto de los derechos humanos, en particular, los que conciernen a la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación y al acceso a una información oportuna, veraz e imparcial, sin censura.
4. Procurar la difusión de información y materiales dirigidos a los niños, niñas y adolescentes que sean de interés social y cultural, encaminados al desarrollo progresivo y pleno de su personalidad, aptitudes y capacidad mental y física, el respeto a los derechos humanos, a sus padres, a su identidad cultural, a la de las civilizaciones distintas a las suyas, a asumir una vida responsable en libertad, y a formar de manera adecuada conciencia de comprensión humana y social, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre los pueblos, grupos étnicos, y personas de origen indígena y, en general, que contribuyan a la formación de la conciencia social de los niños, niñas, adolescentes y sus familias.
5. Promover la difusión de producciones nacionales y producciones nacionales independientes y fomentar el desarrollo de la industria audiovisual nacional.
6. Promover el equilibrio entre los deberes, derechos e intereses de las personas, de los prestadores de servicios de divulgación y sus relacionados.
7. Procurar la difusión de los valores de la cultura venezolana en todos sus ámbitos y expresiones.
8. Procurar las facilidades para que las personas con discapacidad auditiva puedan disfrutar en mayor grado de la difusión de mensajes.
9. Promover la participación activa y protagónica de la ciudadanía para hacer valer sus derechos y contribuir al logro de los objetivos consagrados en la presente Ley.

Artículo 4
Idioma, Lengua, Identificación, Intensidad de Audio e Himno Nacional

Los mensajes que se difundan a través de los servicios de radio y televisión, serán en idioma castellano, salvo:

1. Cuando se trate de programas en vivo y directo, culturales y educativos; informativos; de opinión; recreativos o deportivos; y mixtos que estén en idiomas extranjeros y se utilice la traducción simultánea oral al castellano.
2. Cuando se trate de obras musicales.

3. Cuando se trate de términos de uso universal que no admitan traducción por su carácter técnico, científico, artístico, entre otros.
4. Cuando se mencionen marcas comerciales.
5. En cualquier otro caso autorizado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la ley.

En el caso de los mensajes difundidos a través de los servicios de radio y televisión, especialmente dirigidos a los pueblos y comunidades indígenas, también serán de uso oficial los idiomas indígenas.

Los mensajes que sean difundidos a través de los servicios de televisión, con excepción de los servicios de televisión comunitarios de servicio público sin fines de lucro, deberán presentar subtítulos, traducción a la lengua de seña venezolana u otras medidas necesarias que garanticen la integración de personas con discapacidad auditiva, haciendo especial énfasis en los programas culturales y educativos e informativos.

Los prestadores de servicios de radio se identificarán durante la difusión de su programación anunciando la frecuencia y el nombre comercial de la estación, por lo menos cada treinta minutos. Los prestadores de servicios de televisión colocarán el logotipo que los identifica en un borde de la pantalla, debiendo mantenerse durante la totalidad del tiempo de difusión de los programas y las promociones.

Los prestadores de servicios de radio y televisión comunitarios de servicio público sin fines de lucro, adicionalmente deberán anunciar su carácter comunitario.

Los prestadores de servicios de difusión por suscripción, al menos, deben cumplir esta disposición en el canal informativo.

Los programas, publicidad, propaganda y promociones, conservarán, en todo momento, el mismo nivel de intensidad de audio, establecido por las normas que al efecto dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Los prestadores de servicios de radio y televisión deben difundir al comienzo y cierre de su programación diaria, la música y letra del Himno Nacional, haciendo mención de los autores de la letra y música. En caso de tener una programación durante las veinticuatro horas del día, deberán difundirlo a las seis antemeridiano y a las doce postmeridiano. Durante las fechas patrias, adicionalmente, deberán difundirlo a las doce meridiano. Los prestadores de servicios de difusión por suscripción,

cumplirán con esta disposición, al menos, en el canal informativo.

En el caso de los prestadores de servicios de radio y televisión ubicados en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos deberán difundir el Himno Nacional, al menos, tres veces al día.

Artículo 5
Tipos de Programas

A los efectos de la presente Ley se definen los siguientes tipos de programas:

1. Programa cultural y educativo: aquél dirigido a la formación integral de los usuarios y usuarias en los más altos valores del humanismo, la diversidad cultural, así como en los principios de la participación protagónica del ciudadano en la sociedad y el Estado, a los fines de hacer posible entre otros aspectos:
   a) Su incorporación y participación en el desarrollo económico, social, político y cultural de la Nación.
   b) La promoción, defensa y desarrollo progresivo de los derechos humanos, garantías y deberes, la salud pública, la ética, la paz y la tolerancia.
   c) La preservación, conservación, defensa, mejoramiento y mantenimiento del ambiente para promover el desarrollo sustentable del hábitat, en su beneficio y de las generaciones presentes y futuras.
   d) El desarrollo de las ciencias, las artes, los oficios, las profesiones, las tecnologías y demás manifestaciones del conocimiento humano en cooperación con el sistema educativo.
   e) El fortalecimiento de la identidad, soberanía y seguridad de la Nación.
   f) La educación crítica para recibir, buscar, utilizar y seleccionar apropiadamente la información adecuada para el desarrollo humano emitida por los servicios de radio y televisión.

2. Programa informativo: cuando se difunde información sobre personas o acontecimientos locales, nacionales e internacionales de manera imparcial, veraz y oportuna.
3. Programa de opinión: dirigido a dar a conocer pensamientos, ideas, opiniones, criterios o juicios de valor sobre personas, instituciones públicas o privadas, temas o acontecimientos locales, nacionales e internacionales.

4. Programa recreativo o deportivo: dirigido a la recreación, entretenimiento y el esparcimiento de los usuarios y usuarias, y no clasifique como programa de tipo cultural y educativo, informativo o de opinión.
5. Programa mixto: el que combine cualquiera de los tipos de programas anteriormente enumerados.

Artículo 6 Elementos Clasificados

A los efectos de esta Ley, se definen los siguientes elementos clasificados: lenguaje, salud, sexo y violencia.

1. Son elementos de lenguaje:
   a) Tipo "A". Imágenes o sonidos de uso común, que pueden ser presenciados por niños, niñas y adolescentes sin que se requiera la orientación de madres, padres, representantes o responsables, y que no clasifiquen en los tipos "B" y "C".
   b) Tipo "B". Imágenes o sonidos que, en su uso común, tengan un carácter soez.
   c) Tipo "C". Imágenes o sonidos que, en su uso común, tengan carácter obsceno, que constituyan imprecaciones, que describan, representen o aludan, sin finalidad educativa explícita, a órganos o prácticas sexuales o a manifestaciones escatológicas.

2. Son elementos de salud:
   a) Tipo "A". Imágenes o sonidos utilizados para la divulgación de información, opinión o conocimientos sobre la prevención, tratamiento o erradicación del consumo de alcohol, tabaco, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, así como de la práctica compulsiva de juegos de envite y azar y de otras conductas adictivas que puedan ser presenciados por niños, niñas y adolescentes sin que se requiera la orientación de madres, padres, representantes o responsables.
   b) Tipo "B". Imágenes o sonidos utilizados para la divulgación de información, opinión o conocimientos sobre la prevención, tratamiento o erradicación del consumo de alcohol, tabaco, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, así como de la práctica compulsiva de juegos de envite y azar y de otras conductas adictivas, que de ser presenciados por niños, niñas y adolescentes requieran la orientación de sus madres, padres, representantes o responsables.

c) Tipo "C". Imágenes o sonidos en los programas y promociones que se refieran directa o indirectamente: al consumo moderado de alcohol o tabaco, sin que se expresen explícitamente sus efectos nocivos o tengan como finalidad erradicar las conductas aditivas que producen; al consumo excesivo de bebidas alcohólicas o de tabaco, en los cuales se expresan explícitamente sus efectos nocivos; a la práctica compulsiva a los juegos de envite y azar, en los cuales se expresan explícitamente sus efectos nocivos; o, al consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en los cuales se expresa explícitamente sus efectos nocivos.

d) Tipo "D". Imágenes o sonidos en los programas y promociones que directa o indirectamente se refieran al consumo excesivo de bebidas alcohólicas o tabaco, en los cuales no se exprese explícitamente sus efectos nocivos para la salud; se refieran a la práctica compulsiva de juegos de envite y azar, en los cuales no se exprese explícitamente sus efectos nocivos para la salud; asocien el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco con ventajas en la posición económica, en la condición social o en el ejercicio de la sexualidad; asocien la práctica compulsiva de juegos de envite y azar, con ventajas en la posición económica, en la condición social o en el ejercicio de la sexualidad; asocien el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco con una mejora en el rendimiento físico o psicológico; presenten en forma negativa la sobriedad o la abstinencia de bebidas alcohólicas y tabaco; se refieran al consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en las cuales no se expresen explícitamente sus efectos nocivos para la salud; asocie el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas con ventajas en la posición económica, en la condición social o en el ejercicio de la sexualidad; asocien el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas con una mejora en el rendimiento físico o psicológico; o presenten en forma negativa la abstinencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

3. Son elementos de sexo:

a) Tipo "A". Imágenes o sonidos utilizados para la difusión de información, opinión y conocimiento sobre salud sexual y reproductiva, maternidad, paternidad, promoción

de la lactancia materna y de expresiones artísticas con fines educativos, que pueden ser recibidos por niños, niñas y adolescentes sin que se requiera la orientación de madres, padres, representantes o responsables.

b) Tipo "B". Imágenes o sonidos utilizados para la difusión de información, opinión y conocimientos sobre sexualidad y reproducción humana y de expresiones artísticas con fines educativos, que de ser recibidas por niños, niñas y adolescentes, requieran la orientación de sus madres, padres, representantes o responsables.
c) Tipo "C". Imágenes o sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa; o manifestaciones o aproximaciones de carácter erótico que no incluyan actos o prácticas sexuales explícitas.
d) Tipo "D". Imágenes o sonidos, sobre desnudez sin finalidad educativa, en las cuales no se aludan o muestren los órganos genitales; actos o prácticas sexuales dramatizados, en los cuales no se muestren los órganos genitales; mensajes sexuales explícitos; o dramatización de actos o conductas sexuales que constituyan hechos punibles, de conformidad con la Ley.
e) Tipo "E". Imágenes o sonidos sobre actos o prácticas sexuales reales; desnudez sin finalidad educativa en las cuales se muestren los órganos genitales; actos o prácticas sexuales dramatizados en los cuales se aludan o muestren los órganos genitales; actos o prácticas sexuales reales o dramatizados en los cuales se amenace o viole el derecho a la vida, la salud y la integridad personal o se menoscabe la dignidad humana; o actos o conductas sexuales reales que constituyan hechos punibles de conformidad con la Ley.

4. Son elementos de violencia:
   a) Tipo "A". Imágenes o sonidos utilizados para la prevención o erradicación de la violencia, que pueden ser presenciados por niños, niñas y adolescentes sin que se requiera la orientación de madres, padres, representantes o responsables, siempre que no se presente el hecho violento o sus consecuencias en forma detallada o explícita.
   b) Tipo "B". Imágenes o sonidos que presenten violencia dramatizada o sus consecuencias de forma no explícita.

c) Tipo “C”. Imágenes o descripciones gráficas utilizadas para la prevención o erradicación de la violencia, que de ser recibidas por niños, niñas o adolescentes, requieren la orientación de sus madres, padres, representantes o responsables, siempre que no presenten imágenes o descripciones gráficas detalladas o explícitas del hecho violento o sus consecuencias.
d) Tipo “D”. Imágenes o descripciones gráficas que presenten violencia real o sus consecuencias, de forma no explícita; o violencia dramatizada o sus consecuencias de forma explícita y no detallada.
e) Tipo “E”. Imágenes o descripciones gráficas que presenten violencia real o dramatizada, o sus consecuencias de forma explícita y detallada; violencia física, psicológica o verbal entre las personas que integran una familia contra niños, niñas y adolescentes o contra la mujer; violencia sexual, la violencia como tema central o un recurso de impacto reiterado; o que presenten, promuevan, hagan apología o inciten al suicidio o a lesionar su propia integridad personal o salud personal.

Capítulo II
De la Difusión de Mensajes

Artículo 7
Tipos, Bloques de Horarios y Restricciones por Horario

A los efectos de esta Ley se establecen los siguientes tipos y bloques de horarios:

1. Horario todo usuario: es aquél durante el cual sólo se podrá difundir mensajes que puedan ser recibidos por todos los usuarios y usuarias, incluidos niños, niñas y adolescentes sin supervisión de sus madres, padres, representantes o responsables. Este horario está comprendido entre las siete antemeridiano y las siete postmeridiano.
2. Horario supervisado: es aquél durante el cual se podrá difundir mensajes que, de ser recibidos por niños, niñas y adolescentes, requieran de la supervisión de sus madres, padres, representantes o responsables. Este horario está comprendido entre las cinco antemeridiano y las siete antemeridiano y entre las siete postmeridiano y las once postmeridiano.
3. Horario adulto: es aquél durante el cual se podrá difundir mensajes que están dirigidos exclusivamente para personas

adultas, mayores de dieciocho años de edad, los cuales no deberían ser recibidos por niños, niñas y adolescentes. Este horario está comprendido entre las once postmeridiano y las cinco antemeridiano del día siguiente.

En los servicios de radio o televisión, durante el horario todo usuario no está permitida la difusión de: mensajes que contengan elementos de lenguaje tipo "B" y "C", elementos de salud tipo "B", "C" y "D", elementos sexuales tipo "B", "C" y "D" ni elementos de violencia tipo "C", "D" y "E"; mensajes que atenten contra la formación integral de los niños, niñas y adolescentes; mensajes con orientación o consejos de cualquier índole que inciten al juego de envite y azar; publicidad de juegos de envite y azar o de loterías, salvo que se trate de rifas benéficas por motivos de ayuda humanitaria; publicidad de productos y servicios de carácter sexual, salvo aquéllos dirigidos a promover la salud sexual y reproductiva. En el horario todo usuario podrá difundirse hasta dos horas de radionovelas o telenovelas.

En los servicios de radio o televisión, durante el horario supervisado no está permitida la difusión de: mensajes que contengan elementos de lenguaje tipo "C", elementos de salud tipo "D", elementos sexuales tipo "D" ni elementos de violencia tipo "E". En el horario supervisado podrá difundirse hasta dos horas de radionovelas o telenovelas.

En los servicios de radio o televisión, durante los horarios todo usuario y supervisado, no está permitida la difusión de infocomerciales que excedan de quince minutos de duración.

En los servicios de radio o televisión no está permitida la difusión de mensajes que contengan elementos sexuales tipo "E".

En los servicios de radio o televisión no está permitida la difusión de mensajes que utilicen técnicas audiovisuales o sonoras que impidan o dificulten a los usuarios o usuarias percibirlos conscientemente.

En los servicios de radio o televisión, cuando se trate de mensajes difundidos en vivo y directo durante los horarios todo usuario y supervisado, podrán presentarse descripciones gráficas o imágenes de violencia real, si ello es indispensable para la comprensión de la información; la protección de la integridad física de las personas o como consecuencia de situaciones imprevistas, en las cuales los prestadores de servicios de radio o televisión no puedan evitar su difusión. Las descripciones gráficas o imágenes deberán ajustarse a los principios éticos

del periodismo en cuanto al respeto a la dignidad humana, tanto de los usuarios y usuarias como de aquellas personas que son objeto de la información; no se podrá hacer uso de técnicas amarillistas como deformación del periodismo que afecte el derecho de los usuarios y usuarias a ser correctamente informados, de conformidad con la legislación correspondiente, y en ningún caso podrán ser objeto de exacerbación, trato morboso o énfasis sobre detalles innecesarios.

Artículo 8
Tiempos para Publicidad, Propaganda y Promociones

En los servicios de radio y televisión, el tiempo total para la difusión de publicidad y propaganda, incluidas aquéllas difundidas en vivo, no podrá exceder de quince minutos por cada sesenta minutos de difusión. Este tiempo podrá dividirse hasta un máximo de cinco fracciones, salvo cuando se adopte el patrón de interrupciones del servicio de radio o televisión de origen, en las retransmisiones en vivo y directo de programas extranjeros o cuando se trate de interrupciones de eventos deportivos o espectáculos de estructura similar que por su naturaleza y duración reglamentaria requieran un patrón de interrupción distinto.

La publicidad por inserción sólo podrá realizarse durante la difusión en vivo y directo de programas recreativos sobre eventos deportivos o espectáculos, siempre que no perturbe la visión de los mismos y no ocupe más de una sexta parte de la pantalla.

Cuando se trate de interrupciones de programas recreativos sobre eventos deportivos o espectáculos que, por su naturaleza y duración reglamentaria, requieran un patrón de interrupción distinto, el tiempo total de publicidad por inserción no podrá exceder de quince minutos por cada sesenta minutos de difusión.

En ningún caso, el tiempo total de las interrupciones, incluyendo las promociones, podrá excederse de diecisiete minutos. El tiempo total para la difusión de infocomerciales no deberá exceder del diez por ciento del total de la programación diaria, y no deberá ser interrumpida para difundir otra publicidad.

Artículo 9
Restricciones a la Publicidad y Propaganda

Por motivos de salud pública, orden público y respeto a la persona humana, no se permite en los servicios de radio y televisión, durante ningún horario, la difusión de publicidad sobre:

1. Cigarrillos y derivados del tabaco.
2. Bebidas alcohólicas y demás especies previstas en la legislación sobre la materia.

3. Sustancias estupefacientes o psicotrópicas prohibidas por la ley que rige la materia.
4. Servicios profesionales prestados por personas que no posean o cumplan los requisitos o condiciones exigidos por la ley.
5 Bienes, servicios o actividades cuya difusión haya sido prohibida o restringida, en forma temporal o permanente, por motivos de salud pública o garantía de los derechos de las personas, por la ley o las autoridades competentes, o no haya sido autorizada, según sea el caso.
6. Juegos de envite y azar que denigren del trabajo como hecho social y proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, o en los cuales participen niños, niñas o adolescentes, salvo que se trate de rifas benéficas por motivo de ayuda humanitaria.
7. Bienes o servicios dirigidos a niños, niñas y adolescentes que muestren o utilicen elementos de violencia regulados en esta Ley.
8. Armas, explosivos y bienes o servicios relacionados y similares.

La publicidad de solicitudes de fondos con fines benéficos, ya sea peticiones directas de recursos económicos o materiales o a través de la compra de un bien o servicio, deberán identificar claramente la persona natural o jurídica que administrará los fondos y la labor social a la que serán destinados.

La publicidad de números telefónicos de tarifas con sobrecuota, deberá expresar claramente la naturaleza y objeto del servicio ofrecido. El costo por minuto de la llamada deberá estar indicado al menos al cincuenta por ciento de la proporción visual del número telefónico anunciado, y a la misma intensidad de audio, cuando sea anunciado verbalmente.

No está permitida la publicidad que no identifique clara y explícitamente el bien o servicio objeto de la misma, que emplee las mismas frases, lemas, melodías o acordes musicales, imágenes, logotipos, símbolos, emblemas, signos distintivos y, en general, cualquier sonido o imagen que relacione un bien, servicio o actividad con otra cuya difusión haya sido prohibida, restringida o no autorizada, de conformidad con la ley; que difunda mensajes donde se utilice la fe religiosa, cultos o creencias con fines comerciales; o que estimule prácticas o hechos que violen la legislación en materia de tránsito y transporte.

No está permitida la publicidad por emplazamiento, salvo en los eventos deportivos, siempre que no se trate de los productos y servicios contemplados en los numerales del 1 al 8, o con la intención de defraudar la ley.

Cuando se trate de campañas de publicidad denominadas de intriga, se deberán tomar todas las medidas pertinentes para hacer conocer al consumidor oportunamente el bien o servicio objeto de la campaña. Los requisitos y la oportunidad de este tipo de campañas serán fijados mediante normas técnicas.

No está permitida la propaganda anónima, la propaganda por emplazamiento ni la propaganda por inserción.

En los servicios de difusión por suscripción, no está permitida la difusión de publicidad de los productos contemplados en los numerales 1, 2, 3, y 8 de este artículo.

En los otros casos no permitidos en este artículo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, previa consulta, fijará las condiciones de restricción o flexibilización que resulten pertinentes o necesarias, según sea el caso de acuerdo con la ley.

Artículo 10
Modalidades de Acceso del Estado a Espacios Gratuitos y Obligatorios

El Estado podrá difundir sus mensajes a través de los servicios de radio y televisión. A tales fines, podrá ordenarle a los prestadores de estos servicios la transmisión gratuita de:

1. Los mensajes previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La orden de transmisión gratuita y obligatoria de mensajes o alocuciones oficiales podrá ser notificada válidamente, entre otras formas, mediante la sola difusión del mensaje o alocución a través de los servicios de radio o televisión administrados por el Ejecutivo Nacional.
2. Mensajes culturales, educativos, informativos o preventivos de servicio público, los cuales no excederán, en su totalidad, de setenta minutos semanales, ni de quince minutos diarios. A los fines de garantizar el acceso a los servicios de radio y televisión, el órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en comunicación e información, cederá a los usuarios y usuarias diez minutos semanales de estos espacios, de conformidad con la ley.

El órgano rector del Ejecutivo Nacional, con competencia en comunicación e información, estará a cargo de la administración de estos espacios, determinando los horarios y la temporalidad de los mismos, así como cualquier otra característica de tales emisiones o transmisiones. No está

permitida la utilización de estos espacios para la difusión de publicidad o propagandas de los órganos y entes del Estado.

Los prestadores de servicios de radio o televisión y difusión por suscripción no podrán interferir, en forma alguna, los mensajes y alocuciones del Estado que difundan de conformidad con este artículo, y deberán conservar la misma calidad y aspecto de la imagen y sonido que posea la señal o formato original.

Se entiende como interferencia de mensajes la utilización de técnicas, métodos o procedimientos que modifiquen, alteren, falseen, interrumpan, editen, corten u obstruyan, en forma alguna, la imagen o sonido original.

Los prestadores de servicios de difusión por suscripción cumplirán la obligación prevista en el numeral uno, a través de un canal informativo, y la prevista en el numeral dos, la cumplirán a través de los espacios publicitarios que dispongan en cada canal que transmiten. Los setenta minutos semanales se distribuirán entre los canales cuya señal se origine fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la ley.

Capítulo III
De los Servicios de Radio y Televisión por Suscripción y de la Aplicabilidad y el Acceso a Canales de Señal Abierta y Bloqueo de Señales

A los fines de garantizar el acceso por parte de los usuarios y usuarias, a todas las señales de los servicios de televisión UHF y VHF, y televisión comunitaria de servicio público, sin fines de lucro, que se reciben en las zonas donde se presta un servicio de difusión por suscripción, los prestadores de los servicios de difusión por suscripción deben cumplir con las siguientes obligaciones:

1. Difundir gratuitamente a sus usuarios y usuarias las señales de los servicios referidos en el encabezado de este artículo, siempre que éstos no ocupen más del quince por ciento del total de canales ofrecidos, de acuerdo con lo establecido en las normas sobre las condiciones y capacidad máxima de canales. Los prestadores de servicios por suscripción podrán

voluntariamente ocupar más del quince por ciento previsto con canales de señal abierta.

Los prestadores de servicios de televisión UHF y VHF, y televisión comunitaria de servicio público, sin fines de lucro, a los que se refiere este artículo deberán cumplir las condiciones que se establezcan mediante normas técnicas.

2. Difundir gratuitamente a sus usuarios y usuarias las señales de los servicios de televisión del Estado, los cuales serán incluidos a los fines de calcular el porcentaje previsto en el numeral anterior.
3. Suministrar a los usuarios y usuarias que lo soliciten, facilidades técnicas que permitan de manera inmediata, y sin dificultad, la recepción de dichas señales en el mismo equipo receptor terminal por el cual disfrutan del servicio de difusión por suscripción.

Los prestadores de los servicios de difusión por suscripción que difundan señal de radio, deberán ofrecer la misma señal y programación que se difunda por señal abierta.

Los prestadores de los servicios de difusión por suscripción deberán suministrar a todos sus usuarios y usuarias que lo soliciten, y asuman el costo de este servicio, las facilidades tecnológicas que permitan el bloqueo de canales contratados.

Asimismo, los prestadores de servicios de difusión por suscripción no podrán, durante el tiempo efectivo de transmisión de un programa determinado, interrumpir, interferir o difundir mensajes distintos al contenido del programa que se transmite.

En todo caso, deberán garantizar el correcto bloqueo de las imágenes y sonidos de los canales que difundan elementos sexuales tipo “E”.

Capítulo IV
De la Democratización y Participación

Artículo 12
Organización y Participación Ciudadana

Los usuarios y usuarias de los servicios de radio y televisión, con el objeto de promover y defender sus intereses y derechos comunicacionales, podrán organizarse de cualquier forma lícita, entre otras, en organizaciones de usuarios y usuarias. Son derechos de los usuarios y usuarias, entre otros, los siguientes:

1. Obtener de los prestadores de servicios de radio y televisión, previa a su difusión, información acerca de los programas e infocomerciales, en los términos que establezca la ley.
2. Dirigir solicitudes, quejas o reclamos vinculados con los objetivos generales de esta Ley, a los prestadores de servicios de radio y televisión, y que los mismos sean recibidos y respondidos dentro de los quince días hábiles siguientes a su presentación.
3. Promover y defender los derechos e intereses comunicacionales, de forma individual, colectiva o difusa ante las instancias administrativas correspondientes.
4. Acceder a los registros de los mensajes difundidos a través de los servicios de radio y televisión, que lleva la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de acuerdo con la ley.
5. Participar en el proceso de formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas destinadas a la educación para la percepción crítica de los mensajes difundidos por los servicios de radio y televisión.
6. Participar en las consultas públicas para la elaboración de los instrumentos normativos sobre las materias previstas en esta Ley.
7. Presentar proyectos sobre la educación para la percepción crítica de los mensajes o de investigación relacionada con la comunicación y difusión de mensajes a través de los servicios de radio y televisión, y obtener financiamiento de acuerdo con la ley.
8. Acceder a espacios gratuitos en los servicios de radio, televisión y difusión por suscripción, de conformidad con la ley.
9. Promover espacios de diálogo e intercambio entre los prestadores de servicios de radio y televisión, el Estado y los usuarios y usuarias.

Todas las organizaciones de usuarios y usuarias de los servicios de radio y televisión deberán inscribirse en el registro que llevará la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. A los fines de optar por el financiamiento del Fondo de Responsabilidad Social deberán cumplir, además, con las formalidades de inscripción ante el Registro Público.

Las organizaciones deberán cumplir con los siguientes requisitos: no tener fines de lucro; estar integradas por un mínimo de veinte personas naturales; que sus integrantes no tengan participación accionaria, ni sean directores, gerentes,

administradores o representantes legales de prestadores de servicios de radio y televisión; que no sean financiadas, ni reciban bienes, aportes, ayudas o subvenciones de personas naturales o jurídicas públicas o privadas, que puedan condicionar o inhibir sus actividades en promoción y defensa de los derechos e intereses de los usuarios y usuarias de servicios de radio y televisión.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones facilitará, en todo momento, la inscripción de las organizaciones a las que se refiere este artículo. Cuando una organización haya solicitado su registro, habiendo cumplido con todos los requisitos exigidos, y éste no se le haya otorgado dentro del lapso de treinta días hábiles siguientes a la solicitud, se entenderá que dicha solicitud ha sido resuelta positivamente y se procederá al registro y otorgamiento del certificado de inscripción correspondiente.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá los procedimientos y demás recaudos que deban acompañar la solicitud de registro, de conformidad con la ley.

Se eximen del pago de impuesto, tasas y contribuciones especiales, el registro de las organizaciones de usuarios y usuarias previstos en este artículo.

Cuando las organizaciones de usuarios y usuarias deban acudir a la vía jurisdiccional y resultaren totalmente vencidas en el proceso, el Tribunal las eximirá del pago de costas cuando a su juicio hayan tenido motivos racionales para litigar.

Artículo 13 Producción Nacional, Productores Nacionales Independientes

Se entenderá por producción audiovisual o sonora nacional, los programas, la publicidad o la propaganda, difundidos por prestadores de servicios de radio y televisión, en cuya creación, dirección, producción y postproducción se pueda evidenciar la presencia de los elementos que se citan a continuación:

a) Capital venezolano.
b) Locaciones venezolanas.
c) Guiones venezolanos.
d) Autores o autoras venezolanas.
e) Directores o directoras venezolanos.
f) Personal artístico venezolano.
g) Personal técnico venezolano.
h) Valores de la cultura venezolana.

La determinación de los elementos concurrentes y los porcentajes de cada uno de ellos será dictada por el Directorio de Responsabilidad Social mediante normas técnicas. En todo

caso, la presencia de los elementos anteriormente citados en su conjunto no deberá ser inferior al setenta por ciento.

La producción audiovisual o sonora nacional se entenderá como independiente, cuando sea realizada por productores nacionales independientes inscritos en el registro que llevará el órgano rector en materia de comunicación e información del Ejecutivo Nacional. Será considerado productor nacional independiente, la persona natural o jurídica que cumpla con los siguientes requisitos:

1. De ser persona natural:
   a) Estar residenciado y domiciliado en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la ley.
   b) No ser accionista, en forma personal ni por interpuesta persona, de algún prestador de servicios de radio o televisión.
   c) No ser accionista de personas jurídicas que a su vez sean accionistas, relacionadas o socias de algún prestador de servicios de radio o televisión.
   d) No ocupar cargos de dirección o de confianza, de acuerdo con la Ley Orgánica del Trabajo, en algún prestador de servicios de radio o televisión.
   e) Declarar si mantiene relación de subordinación con algún prestador de servicios de radio o televisión.
   f) No ser funcionario o funcionaria de alguno de los órganos y entes públicos que regulen las actividades objeto de la presente Ley, de conformidad con el Reglamento respectivo.

2. De ser persona jurídica:
   a) No ser empresa del Estado, instituto autónomo y demás entes públicos nacionales, estadales y municipales.
   b) Estar domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la ley.
   c) Estar bajo el control y dirección de personas naturales de nacionalidad o residencia venezolana, que cumplan con los requisitos previstos en el numeral anterior.
   d) No tener participación accionaria en algún prestador de servicios de radio o televisión.
   e) Declarar si se tiene vinculación contractual distinta a la producción nacional independiente, o relación de

subordinación con algún prestador de servicios de radio o televisión.

En todo caso, sea que se trate de persona natural o de persona jurídica, se requerirá poseer experiencia o demostrar capacidad para realizar producciones nacionales de calidad.

A los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en la presente Ley, así como de las normas técnicas correspondientes, el órgano rector en materia de comunicación e información llevará un registro de productores nacionales independientes y será el encargado de expedir y revocar la certificación respectiva. Dicha certificación tendrá una vigencia de dos años, renovable previa verificación de requisitos. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos podrá dar lugar a la revocatoria de la certificación, en este caso el órgano competente deberá notificar la intención de revocatoria al productor nacional independiente, quien dispondrá de un lapso no mayor de diez días hábiles, contados a partir de la fecha de su notificación, para que presente sus pruebas y argumentos. El órgano competente dispondrá de treinta días hábiles para examinar las pruebas presentadas y decidir sobre la revocatoria de la certificación.

Cuando un productor nacional independiente haya solicitado su registro, habiendo cumplido con todos los requisitos exigidos, y no se le haya otorgado dentro del lapso de treinta días hábiles siguientes a la solicitud, se entenderá que dicha solicitud ha sido resuelta positivamente.

Los productores comunitarios independientes que difundan sus producciones a través de servicios de radio o televisión comunitarios, sin fines de lucro, quedan exceptuados del cumplimiento de la formalidad del registro a que se refiere el presente artículo.

No se consideran producción nacional independiente los mensajes producidos por las personas naturales que mantengan una relación de subordinación con el prestador de servicios de radio o televisión con el cual contratará, ni los mensajes producidos por las personas jurídicas que mantengan una relación contractual distinta de la producción nacional independiente.

Todo lo relacionado con la producción y los productores nacionales cinematográficos se regirá por la ley especial sobre la materia.

Artículo 14 Democratización en los Servicios de Radio y Televisión

Los prestadores de servicios de radio y televisión deberán difundir, durante el horario todo usuario, un mínimo de tres horas diarias de programas culturales y educativos, informativos o de opinión y recreativos dirigidos especialmente a niños, niñas y adolescentes, presentados acordes con su desarrollo integral, con enfoque pedagógico y de la más alta calidad. En la difusión de estos programas se deberá privilegiar la incorporación de adolescentes como personal artístico o en su creación o producción.

Los prestadores de servicios de radio y televisión deberán difundir diariamente, durante el horario todo usuario, un mínimo de siete horas de programas de producción nacional, de las cuales un mínimo de cuatro horas será de producción nacional independiente. Igualmente, deberán difundir diariamente, durante el horario supervisado, un mínimo de tres horas de programas de producción nacional, de los cuales un mínimo de una hora y media será de producción nacional independiente. Quedan exceptuados de la obligación establecida en el presente párrafo los prestadores de servicios de radiodifusión sonora y televisión comunitaria de servicio público, sin fines de lucro.

En las horas destinadas a la difusión de programas de producción nacional independiente, los prestadores de servicios de radio o televisión darán prioridad a los programas culturales y educativos e informativos.

No se considerarán para el cálculo de las horas exigidas de programas de producción nacional y producción nacional independiente, aquéllos que sean difundidos con posterioridad a los dos años siguientes del primer día de su primera difusión. De igual forma, no se considerará para el cálculo de las horas de producción nacional independiente, los programas realizados por productores independientes no inscritos como tales por ante el órgano rector en materia de comunicación e información, en todo caso, estos programas serán considerados como producción nacional.

En ningún caso, un mismo productor nacional independiente podrá ocupar más de veinte por ciento del período de difusión semanal que corresponda a la producción nacional independiente de un mismo prestador de servicios de radio o televisión.

El ciento por ciento de la propaganda difundida por los prestadores de servicios de radio o televisión, deberá ser de producción nacional, salvo las obligaciones derivadas de tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela. Los prestadores de servicios de radio

y televisión deberán difundir al menos un ochenta y cinco por ciento de publicidad de producción nacional. La publicidad, propaganda o promociones deberán ser realizadas por los profesionales calificados y afines, de acuerdo con las leyes vigentes. Los servicios de radiodifusión sonora y televisión comunitarios de servicio público, sin fines de lucro, quedan exceptuados de estas exigencias.

Durante los horarios todo usuario y supervisado, los servicios de radio o televisión que difundan obras musicales, deberán destinar a la difusión de obras musicales venezolanas, al menos un cincuenta por ciento de su programación musical diaria.

En los casos de los servicios de radio o televisión ubicados en los estados y municipios fronterizos del territorio nacional y aquéllos que se encuentren bajo la administración de órganos o entes del Estado, el porcentaje de obras musicales venezolanas será, al menos, de un setenta por ciento, sin perjuicio de poder ser aumentado a través de las normas que a tal efecto se dicten.

Al menos un cincuenta por ciento, de la difusión de obras musicales venezolanas, se destinará a la difusión de obras musicales de tradición venezolana, en las cuales se deberá evidenciar, entre otros:

a) La presencia de géneros de las diversas zonas geográficas del país.
b) El uso del idioma castellano o de los idiomas oficiales indígenas.
c) La presencia de valores de la cultura venezolana.
d) La autoría o composición venezolanas.
e) La presencia de intérpretes venezolanos.

La determinación de los elementos concurrentes y los porcentajes de cada uno de éstos será establecido por las normas que a tal efecto se dicten. Al difundir las obras musicales venezolanas se deberán identificar sus autores, autoras, intérpretes y género musical al cual pertenecen.

Durante los horarios todo usuario y supervisado, los servicios de radio o televisión que difundan obras musicales extranjeras, deberán destinar al menos un diez por ciento de su programación musical diaria, a la difusión de obras musicales de autores, autoras, compositores, compositoras o intérpretes de Latinoamérica y del Caribe.

Los servicios de radio o televisión, podrán retrasmitir mensajes de otros prestadores de servicios de radio o televisión, previa autorización de éstos, informando de ello a la Comisión

Nacional de Telecomunicaciones. Al comienzo y al final de la retrasmisión, se deberá anunciar su procedencia y la autorización concedida. En ningún caso las retransmisiones serán consideradas producción nacional o producción nacional independiente, ni podrán exceder el treinta por ciento de la difusión semanal.

Artículo 15 Comisión de Programación y Asignación de Producción Nacional Independiente

Se crea una Comisión de Programación de Televisión, la cual tendrá por función, establecer los mecanismos y las condiciones de asignación de los espacios a los productores nacionales independientes, con el fin de garantizar la democratización del espectro radioeléctrico, la pluralidad, la libertad de creación y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia. Esta comisión estará integrada por un representante del organismo rector en materia de comunicación e información del Ejecutivo Nacional, quien la presidirá, un representante de los prestadores de servicios de televisión, un representante de los productores nacionales independientes y un representante de las organizaciones de usuarios y usuarias. Las decisiones de esta comisión son vinculantes y deben ser tomadas por mayoría, en caso de empate el Presidente de la comisión tendrá doble voto. La comisión será convocada por su Presidente cuando éste lo juzgue conveniente o cuando se lo solicite cualquiera de sus miembros. La organización y funcionamiento de esta comisión será determinado por las normas que al efecto ella misma dicte. La comisión podrá establecer comités a nivel regional o local.

Con el mismo fin, se crea una Comisión de Programación de Radio, la cual tendrá por función establecer los mecanismos y las condiciones de asignación de los espacios a los productores nacionales independientes. Esta comisión estará integrada por un representante del organismo rector en materia de comunicación e información del Ejecutivo Nacional, quien la presidirá, un representante de los prestadores de servicios de radio, un representante de los productores nacionales independientes y un representante de las organizaciones de usuarios y usuarias. Las decisiones de esta comisión son vinculantes y deben ser tomadas por mayoría, en caso de empate el Presidente de la comisión tendrá doble voto. La comisión será convocada por su Presidente cuando éste lo juzgue conveniente o cuando se lo solicite cualquiera de sus miembros. La organización y funcionamiento de esta comisión será

determinado por las normas que al efecto ella misma dicte. La comisión podrá establecer comités a nivel regional o local.

Los prestadores de servicios de radio y televisión quedan obligados a presentar al órgano rector en materia de comunicación e información del Ejecutivo Nacional un informe mensual, dentro de los primeros cinco días de cada mes, en el cual se detallen los programas de producción nacional, producción nacional independiente, tiempos y los porcentajes de los elementos concurrentes, según el artículo anterior. Estos informes podrán ser objeto de verificación.

Los contratos que se celebren entre los prestadores de los servicios de radio y televisión y los productores nacionales independientes, de conformidad con este artículo, cumplirán los requisitos establecidos en la ley, y en ningún caso, podrán vulnerar el principio de igualdad entre las partes, ni contener cláusulas que establezcan cargas u obligaciones excesivas o desproporcionadas, en detrimento de alguna de las partes, en caso contrario se considerarán nulos de nulidad absoluta.

Artículo 16 Democratización en los Servicios de Radio y Televisión Comunitarios de Servicio Público, sin Fines de Lucro

Los prestadores de servicios de radio y televisión comunitarios de servicio público, sin fines de lucro, deberán difundir entre otros:

1. Mensajes dirigidos a contribuir con el desarrollo, la educación para la percepción crítica de los mensajes, el bienestar y la solución de problemas de la comunidad de la cual formen parte.
2. Mensajes que promuevan la conservación, mantenimiento, preservación, sustentabilidad y equilibrio del ambiente en la comunidad de la cual forman parte.
3. Programas que permitan la participación de los integrantes de la comunidad, a fin de hacer posible el ejercicio de su derecho a la comunicación libre y plural, para ello deberán anunciar las formas a través de las cuales la comunidad podrá participar.
4. Mensajes de solidaridad, de asistencia humanitaria y de responsabilidad social de la comunidad.

Los prestadores de servicios de radio y televisión comunitarios de servicio público, sin fines de lucro, deberán difundir diariamente, un mínimo del setenta por ciento de producción comunitaria. En ningún caso un mismo productor

comunitario podrá ocupar más del veinte por ciento del período de difusión diario del prestador del servicio.

El tiempo total para la difusión de publicidad, incluida la publicidad en vivo, en los servicios de radio y televisión comunitarios de servicio público, sin fines de lucro, no podrá exceder de diez minutos por cada sesenta minutos de difusión, los cuales podrán dividirse hasta un máximo de cinco fracciones por hora. La publicidad de bienes y servicios lícitos que ofrezcan las personas naturales, microempresas, cooperativas, pequeñas y medianas empresas de la comunidad donde se preste el servicio, tendrán facilidades y ventajas para su difusión. El tiempo total destinado a la difusión de publicidad de grandes empresas y del Estado, no podrá exceder del cincuenta por ciento del tiempo total de difusión permitido en este artículo. El ciento por ciento de la publicidad difundida por los prestadores de servicios de radio o televisión comunitarios de servicios públicos, sin fines de lucro, deberá ser de producción nacional. Las retransmisiones simultáneas no pueden incluir la publicidad del prestador del servicio de radio o televisión donde se origine el mensaje.

Los prestadores de servicios de radio y televisión comunitarios de servicio público, sin fines de lucro, no podrán difundir propaganda.

Los prestadores de servicio de radio y televisión comunitarios de servicios públicos, sin fines de lucro, además de los principios previstos en esta Ley se regirán por el principio de rendición de cuentas a la comunidad donde prestan el servicio, de conformidad con la Ley.

Artículo 17 Democratización en los Servicios de Difusión por Suscripción

Los prestadores de servicios de difusión por suscripción pondrán, en forma gratuita, a disposición del órgano rector del Ejecutivo Nacional competente en materia de comunicación e información, un canal para la transmisión de un servicio de producción nacional audiovisual destinado en un ciento por ciento a la producción nacional independiente y producción comunitaria, con predominio de programas culturales y educativos, informativos y de opinión. El Estado asumirá los costos que se generen para llevar la señal de este servicio audiovisual a la cabecera de la red del prestador de servicio de difusión por suscripción que lo incorpore, y este último, asumirá las cargas derivadas de su difusión.

Artículo 18 Garantía para la Selección y Recepción Responsable de los Programas

Los prestadores de servicios de radio o televisión están obligados a:

1. Publicar, al menos semanalmente y con anticipación, a través de medios masivos de comunicación impresos, las guías de su programación que indiquen el nombre, tipo, hora y fecha de transmisión y elementos clasificados de los programas, de conformidad con lo establecido por las normas que a tal efecto se dicten.
   Se excluyen de esta disposición a los prestadores de los servicios de radio. Los prestadores de servicios de difusión por suscripción deberán difundir con anticipación a través de un canal informativo, el nombre, tipo, hora y fecha de transmisión, sin prejuicio del uso de cualquier otro medio.
2. Indicar en las promociones de los programas, la fecha y hora de la transmisión de los mismos.
3. Anunciar, al inicio de cada programa o infocomercial, el nombre, el tipo de programa, las advertencias sobre la presencia de elementos clasificados, y si se trata de producción nacional o de producción nacional independiente, de conformidad con lo establecido por las normas que a tal efecto se dicten.

Los prestadores de servicios de radio o televisión publicarán y anunciarán el tipo de programa y los elementos clasificados de conformidad con los artículos 5 y 6 de esta Ley, respectivamente. En los casos que en un mismo programa se presenten características combinadas de los tipos de programas indicados en el artículo 5 de esta Ley, se deberá anunciar esta circunstancia.

Los prestadores de los servicios de radio o televisión, deberán difundir los programas en concordancia con las publicaciones, promociones y anuncios previstos en este artículo, salvo aquellas variaciones que puedan derivarse del acceso gratuito y obligatorio del Estado a los servicios de radio o televisión previsto en la ley, por circunstancias de fuerza mayor, o por la difusión excepcional en vivo y directo de mensajes no previamente programados de carácter informativo. En los servicios de radio o televisión, durante los programas informativos o de opinión, se identificará con una señal visual o sonora, según el caso, la fecha y hora original de grabación, cuando se trate de registros audiovisuales o sonoros, que no sean difundidos en vivo y directo. Si se desconoce dicha fecha

y hora, se deberá indicar que se trata de un material de archivo.

En los servicios de radio o televisión, durante la publicidad o propaganda en la cual se utilicen los mismos escenarios, ambientación o elementos propios de un programa, se insertará durante la totalidad del tiempo de su difusión, la palabra publicidad o propaganda, según sea el caso, en forma legible en un ángulo de la pantalla que no interfiera con la identificación de los prestadores de los servicios de televisión, o en el caso de los servicios de radio, anunciando al inicio de la publicidad o propaganda, la palabra publicidad o propaganda, según sea el caso, en forma inteligible. El tiempo destinado a este tipo de publicidad será imputado al tiempo total de publicidad a que se refiere el artículo 8 de esta Ley.

En los servicios de radio o televisión, durante la totalidad del tiempo de difusión de los infocomerciales, se insertará la palabra "publicidad" en forma legible, en un ángulo de la pantalla que no interfiera con la identificación de los prestadores de servicios de televisión o en el caso de los servicios de radio, anunciando al inicio de la publicidad, la palabra "publicidad" en forma inteligible.

Capítulo V
Órganos con Competencia en Materia de Responsabilidad Social en Radio y Televisión

Artículo 19 Competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones

Son competencias del órgano rector en materia de telecomunicaciones por órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones:

1. Ejecutar políticas de regulación y promoción en materia de responsabilidad social en los servicios de radio y televisión.
2. Ejecutar políticas de fomento de las producciones nacionales y programas especialmente dirigidos a niños, niñas y adolescentes, en el ámbito de aplicación de esta Ley.
3. Fomentar la capacitación y mejoramiento profesional de productores nacionales.
4. Fomentar la educación para la percepción crítica de los mensajes difundidos por los servicios de radio y televisión.
5. Ejecutar políticas de fomento para la investigación relacionada con la comunicación y difusión de mensajes a través de los servicios de radio y televisión.

6. Proponer la normativa derivada de esta Ley.
7. Administrar el fondo y hacer seguimiento y evaluación de los proyectos financiados de conformidad con la Ley.
8. Llevar un archivo audiovisual y sonoro de carácter público de mensajes difundidos a través de los servicios de radio y televisión.
9. Expedir certificaciones y copias simples de documentos y registros audiovisuales y sonoros que cursen en sus archivos.
10. Llevar el registro de las organizaciones de usuarios y usuarias de los servicios de radio y televisión.
11. Abrir de oficio o a instancia de parte, los procedimientos administrativos derivados de esta Ley, así como aplicar las sanciones y dictar los demás actos a que hubiere lugar de conformidad con lo previsto en esta Ley.
12. Requerir a los prestadores de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, los anunciantes y terceros, información vinculada a los hechos objeto de los procedimientos a que hubiere lugar.
13. Dictar, modificar o revocar las medidas cautelares previstas en esta Ley.
14. Las demás competencias que se deriven de la Ley.

Las competencias establecidas en los numerales 2, 3, 4 y 5 se realizarán en coordinación con los órganos rectores en materia cultural y educación, comunicación e información, promoción y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y demás órganos competentes en las respectivas materias.

Artículo 20
Directorio de Responsabilidad Social

Se crea un Directorio de Responsabilidad Social, el cual estará integrado por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, quien lo presidirá, y un representante por cada uno de los organismos siguientes: el ministerio u organismo con competencia en comunicación e información, el ministerio u organismo con competencia en materia de cultura, el ministerio u organismo con competencia en educación y deporte, el ente u organismo con competencia en materia de protección al consumidor y al usuario, el Instituto Nacional de la Mujer, el Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, un representante por las iglesias, dos representantes de las organizaciones de los usuarios y usuarias inscritas ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, y un docente en representación de las escuelas de comunicación social de las universidades nacionales.

Los titulares de cada ministerio u organismo del Estado, designarán a su respectivo representante principal y su suplente. El representante principal y el suplente del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente, serán designados por sus integrantes. La representación de las iglesias, de los usuarios y usuarias y de las escuelas de comunicación social de las universidades nacionales, previstas en ese artículo, será decidida en asamblea de cada sector convocada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para tal fin, de conformidad con las normas respectivas para asegurar la representatividad de los miembros a ser elegidos. Los miembros suplentes del Directorio llenarán las faltas temporales de sus respectivos principales.

El Directorio de Responsabilidad Social sesionará válidamente con la presencia del Presidente o su suplente y cinco de sus miembros. Las decisiones se tomarán por mayoría simple. El Presidente del Directorio designará a un funcionario de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para que ejerza las funciones de secretario o secretaria del Directorio de Responsabilidad Social, sin derecho a voto. Mediante reglamento interno se establecerán las demás normas de funcionamiento del Directorio.

El Directorio de Responsabilidad Social tendrá las competencias siguientes:

1. Discutir y aprobar las normas técnicas derivadas de esta Ley.
2. Establecer e imponer las sanciones a que haya lugar de conformidad con esta Ley.
3. Discutir y aprobar las recomendaciones que se deban proponer a la persona titular del Ministerio de Infraestructura, en cuanto a la revocatoria de habilitaciones o la no renovación de las concesiones.
4. Aprobar la erogación de recursos del Fondo de Responsabilidad Social.
5. Las demás que se deriven de la Ley.

Artículo 21 Consejo de Responsabilidad Social

Se crea un Consejo de Responsabilidad Social integrado por un representante principal y su respectivo suplente, por cada uno de los organismos y organizaciones siguientes: el Instituto Nacional de la Mujer, el Consejo Nacional de los Derechos del Niño y del Adolescente, un representante de las organizaciones sociales juveniles, un representante de las iglesias, un representante de las escuelas de comunicación social de las universidades nacionales, un representante de las escuelas de psicología de las universidades nacionales, dos representantes

de las organizaciones de usuarios y usuarias inscritas en la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, un representante de las organizaciones sociales relacionadas con la protección de niños, niñas y adolescentes, un representante de los prestadores de servicios de radio privada, un representante de los prestadores de servicios de televisión privada, un representante de los prestadores de servicios de radio pública, un representante de los prestadores de servicios de televisión pública, un representante de los prestadores de los servicios de radiodifusión comunitarias de servicio público, sin fines de lucro, un representante de los prestadores de televisión comunitarias de servicio público, sin fines de lucro, un representante de los prestadores de servicios de difusión por suscripción, un representante de los y las periodistas, un representante de los locutores y las locutoras, un representante de los anunciantes, un representante de los trabajadores de radio y televisión, un representante de los productores nacionales independientes inscritos en el órgano rector en materia de comunicación e información del Ejecutivo Nacional, un representante de los pueblos y comunidades indígenas, un representante de las organizaciones sociales vinculadas a la cultura, un representante de las escuelas de educación mención preescolar, y un representante de las comunidades educativas del Ministerio de Educación y Deportes.

La representación de los integrantes que no provengan de los organismos y órganos del Estado, será decidida en asamblea de cada sector convocada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para tal fin, de conformidad con las normas técnicas respectivas para asegurar la representatividad de los miembros a ser elegidos. Los suplentes llenarán las faltas temporales de sus respectivos principales. En el caso de la representación indígena, se designará de acuerdo con sus usos, costumbres y organizaciones legalmente constituidas.

El Directorio de Responsabilidad Social, consultará en forma previa al Consejo de Responsabilidad Social cuando tenga que decidir sobre las materias de su competencia. El silencio del Consejo de Responsabilidad Social se entenderá positivo.

Artículo 22
Incompatibilidades

Los miembros del Directorio de Responsabilidad Social, no podrán celebrar contratos o negociaciones con terceros ni por sí, ni por interpuesta persona ni en representación de otras, cuyos objetos versen sobre las materias reguladas por esta Ley. Los miembros del Directorio de Responsabilidad Social, son

solidariamente responsables civil, penal, patrimonial y administrativamente, excepto cuando hayan salvado su voto en forma escrita, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la decisión.

No pueden ser miembros principales o suplentes del Directorio o del Consejo de Responsabilidad Social, quienes tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, uniones estables de hecho o hagan vida en común con otro miembro de estos órganos. Ninguna persona podrá ser miembro principal o suplente, simultáneamente del Directorio de Responsabilidad Social y del Consejo de Responsabilidad Social.

Artículo 23
Información Disponible

Los prestadores de los servicios de radio, televisión o difusión por suscripción deberán mantener a disposición del órgano competente, en razón de las atribuciones previstas en esta Ley:

a) Informaciones, documentos, acuerdos o contratos relacionados con la difusión de mensajes propios o de terceros en la forma que se establezca en las respectivas normas técnicas.
b) Grabaciones claras e inteligibles, continuas y sin edición de todos los mensajes difundidos por el lapso que se establezca en las normas técnicas, el cual no podrá exceder de seis meses contados a partir de la fecha que hayan sido difundidos los mensajes. Quedan exceptuados de esta obligación los prestadores de los servicios de difusión por suscripción.
c) Cualquier otra información que pueda ser requerida de conformidad con la Ley.

El prestador de servicio de radio y televisión, dispone de un lapso de quince días hábiles para suministrar la información requerida, contado a partir de la fecha de recepción del correspondiente requerimiento.

Las grabaciones a las que se refiere este artículo deberán ser entregadas en el formato que a tal efecto se determine en las normas técnicas.

Capítulo VI
Del Fondo de Responsabilidad Social y de las Tasas

Artículo 24
Del Fondo de Responsabilidad Social

Se crea un Fondo de Responsabilidad Social como patrimonio separado, dependiente de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, destinado al financiamiento de proyectos para el desarrollo y fomento de producción nacional, de capacitación de productores nacionales de obras audiovisuales o sonoras para radio o televisión, de educación para la recepción crítica de los mensajes difundidos por los servicios de radio y televisión, y de investigación relacionada con la comunicación y difusión de mensajes a través de los servicios de radio y televisión en el país.

La determinación de los recursos que se dispondrán para cada una de las finalidades previstas, se establecerá mediante normas técnicas, teniendo preferencia por obras audiovisuales o sonoras de nuevos productores nacionales independientes o de programas de radio o televisión especialmente dirigidos a niños, niñas o adolescentes. Los recursos del Fondo de Responsabilidad Social provendrán de:

1. El producto de la contribución parafiscal y sus accesorios, de conformidad con lo previsto en esta Ley.
2. Los aportes que a título de donación hagan al mismo cualquier persona natural o jurídica pública o privada.
3. Las multas impuestas de conformidad con esta Ley.
4. Los intereses que se generen por los depósitos, colocaciones o de otros conceptos que se deriven del uso de los recursos del mismo.
5. Los demás que establezca la Ley.

Los recursos financieros de este Fondo se depositarán en las cuentas bancarias específicas designadas a tal efecto por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y deberán colocarse en inversiones que garanticen la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez. Los gastos de gestión de esta cuenta serán deducidos de su saldo.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, deberá elaborar y hacer público un informe anual sobre los aportes realizados al fondo para su financiación y los montos que se

hubieren otorgado o ejecutados, pudiendo requerir a tales fines, toda la información que estime necesaria.

Artículo 25 Contribución Parafiscal

Los prestadores de servicios, de radio y televisión, ya sean personas jurídicas o naturales, sociedades accidentales, irregulares o de hecho, con prescindencia de su domicilio o nacionalidad, pagarán una contribución parafiscal por la difusión de imágenes o sonidos realizadas dentro del territorio nacional. El producto de esta contribución parafiscal estará destinado al Fondo de Responsabilidad Social, y la base imponible de la misma, estará constituida por los ingresos brutos causados trimestralmente y provenientes de la respectiva actividad gravada, a la que se le aplicará una alícuota de cálculo de dos por ciento. A la alícuota establecida será aplicable una rebaja del cero coma cinco por ciento cuando la difusión de producciones nacionales independientes sea superior en un cincuenta por ciento de la exigida por esta Ley, y le será aplicable un recargo del cero coma cinco por ciento cuando la retransmisión de mensajes, exceda el veinte por ciento del tiempo de difusión semanal. Los sujetos pasivos de esta contribución parafiscal están obligados a la correspondiente declaración, autoliquidación y pago trimestral, dentro de los quince días siguientes al vencimiento de cada trimestre del año calendario.

No están sujetos a esta contribución los prestadores de servicios de difusión por suscripción, y de radiodifusión sonora y televisión comunitarias de servicio público, sin fines de lucro.

El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, dentro de las medidas de política fiscal aplicables de conformidad con la situación coyuntural, sectorial y regional de la economía del país, podrá exonerar total o parcialmente del pago de la contribución parafiscal prevista en este artículo, según se determine en el respectivo Decreto.

Artículo 26 Temporalidad de la Obligación Tributaria y de la Relación Jurídico-Tributaria

Se entenderá perfeccionado el hecho imponible y nacida la obligación tributaria, cuando ocurra cualesquiera de las siguientes circunstancias:

1. Se emitan las facturas o documentos similares.
2. Se perciba por anticipado la contraprestación por la difusión de imágenes o sonidos.
3. Se suscriban los contratos correspondientes.

En los casos de suscripción de contratos que prevean el cumplimiento de obligaciones a términos o a plazo, el hecho

imponible se perfeccionará de acuerdo con las condiciones del contrato. Cuando se anulen o se reversen operaciones en el marco de un contrato que modifique el ingreso bruto gravable, los sujetos pasivos podrán compensar el pago realizado en exceso, de acuerdo con lo establecido en el Código Orgánico Tributario.

La autoliquidación debe realizarse en los formularios físicos o electrónicos, mediante los sistemas y ante las instituciones bancarias y otras oficinas autorizadas por el organismo competente de la aplicación de la presente Ley. Cuando los contribuyentes posean más de un establecimiento, deben presentar una sola declaración y pago en la jurisdicción del domicilio fiscal de la casa matriz. La relación jurídico-tributaria y sus consecuencias subsisten aunque no se haya originado la obligación tributaria.

Artículo 27
Tasas

Los servicios de búsqueda, grabación, certificación y análisis de los registros audiovisuales o sonoros que mantiene en archivo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de las imágenes o sonidos difundida a través de los servicios de radio y televisión, causarán el pago de las tasas que se detallan a continuación:

SERVICIO	TASA
Búsqueda de registros audiovisuales o sonoros	Hasta 0,1 Unidades Tributarias por hora de transmisión que conformen el universo de búsqueda
Grabación continua de un registro audiovisual o sonoro base	Hasta 0,5 Unidades Tributarias por hora de transmisión grabada
Grabación editada de varios registros audiovisuales o sonoros bases	Hasta 0,3 Unidades Tributarias por hora de transmisión grabada por número de registros base
Certificación de Grabaciones	Hasta 0,5 Unidades Tributarias por certificación

El Reglamento de esta Ley, discriminará el monto de las tasas aplicables por cada uno de los aspectos enunciados, dentro de los topes establecidos en este artículo.

Capítulo VII
Del Procedimiento Administrativo Sancionatorio

Artículo 28
Sanciones

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, se podrán imponer sanciones de cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos; multas, suspensión de la habilitación administrativa, y revocatoria de la habilitación administrativa y de la concesión.

1. Se sancionará al prestador de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, en los casos que le sea aplicable, con la cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos, cuando incumpla con una de las obligaciones siguientes:
   a) Incorporar medidas que garanticen la integración de personas con discapacidad auditiva, prevista en el artículo 4 de esta Ley.
   b) Conservar el mismo nivel de intensidad de audio, prevista en el artículo 4 de esta Ley.
   c) Incumpla con la obligación de identificarse durante la difusión de su programación, prevista en el artículo 4 de esta Ley.
   d) Recibir y responder los reclamos de los usuarios y usuarias, según lo previsto en el artículo 12 de esta Ley.
   e) Identificar las obras musicales venezolanas difundidas, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.

2. Se sancionará al prestador de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, en los casos que le sea aplicable, con la cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos, cuando:
   a) Incumpla con la obligación de difundir el Himno Nacional, previsto en el artículo 4 de esta Ley.
   b) Incumpla con la obligación de difundir los mensajes en idioma castellano o idiomas indígenas, según lo previsto en el artículo 4 de esta Ley.
   c) Difunda en el horario Todo Usuario, mensajes que contengan elementos clasificados tipo “B”, “C”, “D” y ”E”, en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley.

d) Difunda en el horario Supervisado, mensajes que contengan elementos clasificados tipo "C". "D" y "E", en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley.
e) Difunda imágenes de violencia real en programas informativos durante los horarios Todo Usuario y Supervisado sin cumplir con las disposiciones previstas en el último aparte del artículo 7 de esta Ley.
f) Difunda en el horario Todo Usuario, publicidad de loterías, juegos de envite y azar, según los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley.
g) Difunda más de dos horas de radionovelas o telenovelas en los horarios Todo Usuario y Supervisado, respectivamente, según lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.
h) Difunda durante los horarios Todo Usuario o Supervisado, infocomerciales que excedan de quince minutos de duración, según lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.
i) Incumpla con las limitaciones de tiempo o fraccionamiento establecidas para la difusión de la publicidad, propaganda, promociones o infocomerciales, previstas en el artículo 8 de esta Ley.
j) Incumpla con las obligaciones establecidas para la difusión de la publicidad o promoción por inserción, previstas en el artículo 8 de esta Ley.
k) Difunda publicidad de servicios profesionales prestados por personas que no posean o cumplan los requisitos o condiciones exigidos por la Ley, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
l) Incumpla con las obligaciones establecidas para la difusión de publicidad de solicitudes de fondos con fines benéficos que no identifiquen claramente la persona natural o jurídica que administrará los fondos y la labor social a la que éstos serán destinados, previstas en el artículo 9 de esta Ley.
m) Incumpla con las obligaciones establecidas para la difusión de publicidad de números telefónicos de tarifas con sobrecuota, previstas en el artículo 9 de esta Ley.
n) Difunda publicidad por emplazamiento, según lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
o) No tome las medidas pertinentes para hacer conocer oportunamente al consumidor y usuario el bien objeto de campaña de intriga, según lo previsto en el artículo 9 de esta Ley y las normas técnicas respectivas.

p) Incumpla con la obligación de no interrumpir, interferir, o difundir mensajes distintos durante el tiempo efectivo de transmisión de los programas emitidos a través de los servicios de difusión por suscripción, según lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.
q) Incumpla con las obligaciones de obtener autorización para la retransmisión de mensajes, informar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o realizar los anuncios correspondientes, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.
r) Incumpla con las limitaciones de tiempo o fraccionamiento establecidas para la difusión de publicidad, propaganda, promociones o infocomerciales en servicios de radio y televisión comunitaria de servicio público, sin fines de lucro, según lo previsto en el artículo 16 de esta Ley.
s) Incumpla con la obligación de publicar guías de programación, según lo previsto en el artículo 18 de esta Ley.
t) Incumpla con la obligación de indicar en las promociones de los programas, la fecha y hora de la transmisión de los mismos, prevista en el artículo 18 de esta Ley.
u) Incumpla con la obligación de hacer anuncios al inicio de cada programa e infocomercial, incumpla con la obligación de anunciar el tipo de programa o incumpla con la obligación de anunciar los elementos clasificados, según lo previsto en el artículo 18 de esta Ley.
v) Incumpla con la obligación de difundir los programas en concordancia con las publicaciones, promociones y anuncios, según lo previsto en el artículo 18 de esta Ley.
w) Incumpla con la obligación establecida para la difusión de infocomerciales, según lo previsto en el artículo 18 de esta Ley.
x) Incumpla con la obligación de insertar la palabra publicidad o propaganda cuando se utilicen los mismos escenarios, ambientación o elementos propios de los programas, según lo previsto en el artículo 18 de esta Ley.
y) No entregue al órgano o ente competente, en el lapso establecido, las grabaciones, informaciones, documentos y cualquier otra información que le sea requerida, según lo previsto en el artículo 23 de esta Ley.

3. Se sancionará al prestador de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, en los casos que le sea aplicable, con multa desde cero coma cinco por ciento hasta uno por ciento de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción, cuando:
   a) Difunda, en el horario Todo Usuario, mensajes que atenten contra la formación integral de los niños, niñas y adolescentes, según lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.
   b) Difunda, en el horario Todo Usuario, publicidad de productos y servicios de carácter sexual, según lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.
   c) Difunda publicidad de juegos de envite y azar que denigren del trabajo como hecho social y proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado o en los cuales participen niños, niñas o adolescentes, según lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   d) Difunda publicidad donde se utilice la fe religiosa, cultos o creencias relacionadas, con fines comerciales, según lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   e) Difunda publicidad en la cual se estimule prácticas o hechos que violen la legislación en materia de tránsito y transporte, según lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   f) Incumpla con la obligación de garantizar el acceso por parte de los suscriptores y suscriptoras, a señales de los servicios de televisión abierta UHF y VHF, y televisión abierta comunitaria de servicio público, sin fines de lucro, que se reciben en las zonas donde se presta un servicio de difusión por suscripción, o de garantizar el acceso a los servicios de televisión del Estado, según lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.
   g) Incumpla con la obligación de suministrar a los suscriptores que lo soliciten, las facilidades tecnológicas que permitan el bloqueo de canales contratados, según lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.
   h) Incumpla con la obligación de difundir programas dirigidos especialmente a niños, niñas y adolescentes, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.
   i) Incumpla con la obligación de difundir programas de producción nacional o programas de producción nacional independiente, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.

j) Incumpla con la obligación de no ocupar más de veinte por ciento del período de difusión diario que corresponda a la producción nacional independiente con un solo productor nacional independiente, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.
k) Incumpla con la obligación de difundir propaganda o publicidad de producción nacional, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.
l) Incumpla con la obligación de difundir obras musicales venezolanas, y de Latinoamérica y del Caribe, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.
m) Difunda diariamente más del treinta por ciento de retransmisión de mensajes de otros prestadores de radio o televisión, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley.
n) Incumpla con la obligación de difundir los programas y mensajes, según lo previsto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 16 de esta Ley.
o) Incumpla con la obligación de difundir producción comunitaria, según lo previsto en el artículo 16 de esta Ley.
p) Incumpla con la obligación de no ocupar más de veinte por ciento del período de difusión diario con un solo productor comunitario, según lo previsto en el artículo 16 de esta Ley.
q) Incumpla con la obligación de no ocupar más de cincuenta por ciento del tiempo total de difusión de publicidad, con publicidad de grandes empresas o del Estado, según lo previsto en el artículo 16 de esta Ley.
r) Incumpla con la obligación de difundir publicidad de producción nacional, según lo previsto en el artículo 16 de esta Ley.
s) Difunda durante una retransmisión la publicidad del prestador del servicio de radio o televisión donde se origine el mensaje, infringiendo lo previsto en el artículo 16 de esta Ley.
t) Difunda propaganda, infringiendo lo previsto en el artículo 16 de esta Ley.
u) Incumpla con la obligación de poner a disposición del Ejecutivo Nacional, un canal de servicio de producción nacional audiovisual, según lo previsto en el artículo 17 de esta Ley.

v) Incumpla con la obligación de identificar la fecha y hora original de grabación de registros audiovisuales de archivo, según lo previsto en el artículo 18 de esta Ley.

4. Se sancionará al prestador de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, en los casos que le sea aplicable, con multa desde uno por ciento hasta dos por ciento de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal, inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción, así como con cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos, cuando:
   a) Difunda mensajes que contengan elementos sexuales tipo "E", infringiendo lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.
   b) Difunda mensajes a través de técnicas audiovisuales o sonoras que tengan como intención, objeto o resultado impedir o dificultar a los usuarios o usuarias percibirlos conscientemente, infringiendo lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.
   c) Difunda publicidad de cigarrillos y derivados del tabaco, o de bebidas alcohólicas y demás especies, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   d) Difunda publicidad de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   e) Difunda publicidad de bienes, servicios o actividades cuya difusión haya sido prohibida o restringida, en forma temporal o permanente, por motivos de salud pública o garantía de los derechos de las personas, por la ley o las autoridades competentes, o no haya sido autorizada, según sea el caso, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   f) Difunda publicidad de bienes o servicios dirigidos a niños, niñas y adolescentes que muestre o utilice en cualquier forma la violencia, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   g) Difunda publicidad de armas, explosivos y bienes o servicios relacionados y similares, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   h) Difunda publicidad que no identifique clara y explícitamente el bien o servicio objeto de la misma, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
   i) Difunda publicidad que emplee las mismas frases, lemas, melodías o acordes musicales, imágenes, logotipos,

símbolos, emblemas, signos distintivos y, en general, cualquier sonido o imagen que relacione un bien, servicio o actividad con otro cuya difusión haya sido prohibida, restringida o no autorizada de conformidad con la ley, según lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.

j) Difunda propaganda anónima, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
k) Difunda propaganda por emplazamiento o por inserción, infringiendo lo previsto en el artículo 9 de esta Ley.
l) Incumpla con la obligación de difundir los mensajes del Estado, según lo previsto en el artículo 10 de esta Ley.
m) Interfiera los mensajes y alocuciones del Estado, infringiendo lo previsto en el artículo 10 de esta Ley.
n) Incumpla con la obligación de garantizar el correcto bloqueo de las imágenes y sonidos de las señales o canales que difundan elementos sexuales tipo "E", según lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.
o) Incumpla las decisiones de la Comisión de Programación de Televisión, en cuanto a los mecanismos y condiciones para la asignación de los espacios a los productores nacionales independientes, según lo establecido en el artículo 15 de esta Ley.
p) Incumpla las decisiones de la Comisión de Programación de Radio, en cuanto a los mecanismos y condiciones para la asignación de los espacios a los productores nacionales independientes, según lo establecido en el artículo 15 de esta Ley.
q) Incumpla con la presentación del informe mensual, según lo previsto en el artículo 15 de esta Ley.
r) Suministre al órgano o ente competente de forma dolosa, grabaciones, informaciones o documentos declarados falsos por sentencia definitivamente firme.
s) Incumpla con la obligación de aportar la contribución parafiscal, prevista en el artículo 24 de esta Ley.
t) Difunda durante el horario Todo Usuario, mensajes donde los niños, niñas y adolescente actúen, representen, dramaticen o escenifiquen situaciones donde utilicen lenguaje, actitudes sexuales o violentas inadecuadas para su edad.
u) Difunda mensajes discriminatorios, especialmente aquéllos donde los niños, niñas y adolescentes sean objeto de burla, ridículo o desprecio.

v) Difunda, durante el horario Todo Usuario, mensajes que promuevan conductas que, de ser imitadas por los niños, niñas y adolescentes, puedan atentar contra la integridad física, psicológica y moral de éstos, así como de cualquier otra persona.
w) Difunda mensajes que muestren la violencia como una solución fácil o apropiada a los problemas o conflictos humanos.
x) Difunda mensajes que inciten al incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.
y) Difunda mensajes que impidan u obstaculicen la acción de los órganos de seguridad ciudadana y del Poder Judicial que sea necesaria para garantizar el derecho a la vida, la salud o la integridad personal.
z) Difunda mensajes secretos o privados utilizando códigos de signos convenidos.

En el caso de los numerales 1 y 2 del presente artículo el Directorio de Responsabilidad Social podrá sustituir la sanción de cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos, por multa desde cero coma uno por ciento hasta cero coma cinco por ciento de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquél en el cual se cometió la infracción.

En los casos en que se aplique la sanción de cesión de espacios para la difusión de los mensajes culturales y educativos, estos no podrán ser inferiores a cinco minutos ni superiores a treinta minutos según lo determine el Directorio de Responsabilidad Social.

El Productor Nacional Independiente es responsable por los mensajes que formen parte de sus producciones, que al ser difundidos por los prestadores de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, constituyan infracciones de esta Ley.

El anunciante sólo es responsable por los mensajes que formen parte de la publicidad o propaganda, que al ser difundidos por los prestadores de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, constituyan infracciones de esta Ley. En este caso las multas serán calculadas entre el veinte por ciento y el doscientos por ciento del precio de compra del total de espacios publicitarios utilizados en la difusión del mensaje objeto de la sanción. El prestador de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción, será solidariamente responsable de la infracción cometida por el anunciante, en cuyo caso será sancionado

conforme a los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, según sea aplicable.

Cuando los prestadores de servicios de radio se encuentren agrupados en circuitos, las multas se calcularán sobre la base de los ingresos brutos causados, sean éstos derivados de la contratación directa o indirecta de publicidad o propaganda.

Los hechos que conozca el órgano o ente competente, con motivo del ejercicio de las atribuciones previstas en ésta o en otras leyes, o bien consten en los expedientes, documentos o registros que éste tenga en su poder, podrán ser utilizados para fundamentar las sanciones que se impongan con motivo de las infracciones cometidas contra la presente Ley.

Artículo 29 Suspensión y Revocatoria

Los prestadores de servicios de radio y televisión serán sancionados con:

1. Suspensión hasta por setenta y dos horas continuas, cuando los mensajes difundidos: promuevan, hagan apología o inciten a la guerra; promuevan, hagan apología o inciten a alteraciones del orden público; promuevan, hagan apología o inciten al delito; sean discriminatorios; promuevan la intolerancia religiosa; sean contrarios a la seguridad de la Nación; sean anónimos; o cuando los prestadores de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción hayan sido sancionados en dos oportunidades, dentro de los tres años siguientes a la fecha de la imposición de la primera de las sanciones.
2. Revocatoria de la habilitación, hasta por cinco años y revocatoria de la concesión, cuando haya reincidencia en la sanción del numeral 1 de este artículo, dentro de los cinco años siguientes de haber ocurrido la primera sanción.

Las sanciones previstas en el numeral 1 serán aplicadas por el Directorio de Responsabilidad Social, de conformidad con el procedimiento establecido en esta Ley. La sanción prevista en el numeral 2, cuando se trate de revocatoria de habilitación y concesión será aplicada por el órgano rector en materia de telecomunicaciones, en ambos casos la decisión se emitirá dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción del expediente por el órgano competente.

En todo caso, corresponderá a la Consultoría Jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la sustanciación del expediente administrativo y regirán, supletoriamente, las normas

sobre procedimientos previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Artículo 30
Prescripción

La oportunidad de imponer las sanciones previstas en esta Ley prescribe a los cinco años, contados a partir del momento en que ocurre el hecho que da lugar a las sanciones. La obligación de pagar las multas prescribe a los cuatro años, contados a partir de la fecha de la notificación del acto sancionatorio. La prescripción se interrumpe por cualquier acción de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, notificada al sancionado, que conduzca al reconocimiento, regularización, investigaciones y otras destinadas a la verificación o comprobación del hecho sancionable o relacionada con el cumplimiento de la sanción. También se interrumpe por las actuaciones del sancionado, bien sea por reconocimiento del hecho imputado, comisión de nuevos o similares hechos que den lugar a sanciones y la interposición de recursos.

Artículo 31
Inicio del Procedimiento y Lapso para la Defensa y Notificaciones

El procedimiento se iniciará de oficio o por denuncia escrita. El acto mediante el cual se dé inicio al procedimiento debe ser motivado. Es inadmisible toda denuncia anónima, manifiestamente infundada, con contenido difamante, contraria al orden público o cuando haya operado la prescripción.

Dictado el acto de apertura, se procederá a notificar al presunto infractor, para que en el lapso de diez días hábiles contados a partir de la fecha de su notificación, presente en forma oral o consigne por escrito, los alegatos que estime pertinentes para su defensa.

Las notificaciones se practicarán, sin orden de prelación, en alguna de estas formas:

1. Personalmente, entregándola contra recibo al presunto infractor.
2. Por constancia escrita entregada por cualquier funcionario de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a cualquier persona que habite o trabaje en el domicilio del presunto infractor. En caso de negativa a recibir y estampar la firma respectiva, se dejará constancia de ello y se fijará dicha notificación en la puerta, acceso o entrada principal de la correspondiente habitación, domicilio, sede u oficina del presunto infractor.
3. Por correspondencia postal, efectuada mediante correo público o privado, por sistemas de comunicación telegráficos,

facsímiles, electrónicos y similares siempre que se deje constancia en el expediente de su recepción. Cuando la notificación se practique mediante sistemas facsímiles o electrónicos, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, convendrá con el presunto infractor la definición de un lugar o dirección facsímil o electrónica.

4. Mediante cartel, publicado por una sola vez en un diario de circulación nacional, en este caso se entenderá notificado el presunto infractor, quince días continuos, después de su publicación.

Se tendrá también por notificado al presunto infractor cuando realice cualquier actuación dentro del expediente administrativo, que implique el conocimiento del acto desde el día en que se efectuó dicha actuación.

Artículo 32
Pruebas

Vencido el lapso establecido en el artículo anterior, se iniciará un lapso de diez días hábiles para promover pruebas y un lapso de diez días hábiles para evacuarlas. Durante el procedimiento podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho con excepción de la confesión de empleados públicos y del juramento, cuando ello implique la prueba confesional.

Durante la sustanciación, la Consultoría Jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tendrá las más amplias potestades de investigación, rigiéndose su actividad por el principio de libertad de prueba. A tales efectos, entre otros actos, podrá:

1. Ordenar las notificaciones y citaciones para declarar o rendir testimonio.
2. Requerir los documentos e informaciones necesarios para el establecimiento de los hechos.
3. Emplazar a través de los medios de comunicación social, a las personas o grupos o comunidades interesadas que pudiesen suministrar información relacionada con la presunta infracción. En el curso de la investigación cualquier persona podrá consignar en el expediente administrativo los documentos que estime pertinentes a los efectos del esclarecimiento de la situación.
4. Solicitar tanto a los órganos o entes públicos como a los privados o particulares, información o documento relevante respecto a las personas interesadas, siempre que la

información de la cual disponga no hubiere sido declarada confidencial o secreta, de conformidad con la ley.
5. Ordenar las experticias u opiniones necesarias para la mejor formación del criterio de decisión.
6. Efectuar las inspecciones y visitas que considere pertinente a los fines de la investigación.

Artículo 33 Medida Cautelar

En el curso del procedimiento sancionatorio, incluso en el acto de apertura, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá de oficio o a solicitud de parte, dictar la siguiente medida cautelar, ordenar a los prestadores de servicios de Radio y Televisión o Difusión por Suscripción, abstenerse de difundir en cualquier horario mensajes que infrinjan las obligaciones establecidas en el numeral 1, del artículo 29 de esta Ley.

Toda medida cautelar deberá ser dictada mediante acto motivado y notificar al presunto infractor en el lapso de dos días hábiles, contados a partir de la fecha del acto que la acordó. Para dictar la medida cautelar, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en atención a la apariencia o presunción de buen derecho que emergiere de la situación, deberá realizar una ponderación de intereses, tomando en cuenta el daño que se le pudiese causar al presunto infractor y el daño que se le pudiese causar al denunciante, al usuario o a la comunidad afectada por la conducta u omisión del presente infractor.

Acordada la medida cautelar, el presunto infractor y demás interesados en el procedimiento que sean directamente afectados por la misma, podrá oponerse a ella de forma oral o escrita dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se notificó al presunto infractor. En caso de oposición se abrirá un lapso de cinco días hábiles para alegar y promover todo lo que a su favor y defensa estimen pertinente, y un lapso de cinco días hábiles para evacuar las pruebas. Transcurrido este lapso, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, decidirá lo conducente mediante acto motivado dentro de los ocho días hábiles siguientes prorrogables, por igual lapso.

Artículo 34 Determinación y Excepción de Sanciones

A los efectos de determinar las sanciones aplicables, de conformidad con esta Ley, se tendrá en cuenta:
1. El reconocimiento de la infracción antes o durante el curso del procedimiento.
2. La iniciativa propia para subsanar la situación de infracción.

3. Que el mensaje infractor haya sido difundido a través de un servicio de radio o televisión con fines de lucro o sin fines de lucro.
4. Las reiteraciones y la reincidencia.
5. Las demás circunstancias atenuantes o agravantes que puedan derivarse del procedimiento.

El prestador de servicio de radio o televisión durante la difusión de mensajes en vivo y directo, sólo será responsable de las infracciones previstas en la presente Ley o de su continuación, cuando la Administración demuestre en el procedimiento que aquél no actuó de forma diligente.

Artículo 35
Decisión

El Directorio de Responsabilidad Social emitirá el acto que ponga fin al procedimiento administrativo, dentro de los treinta días hábiles contados a partir del día siguiente al vencimiento del lapso de prueba o, de ser el caso, de la fecha en que venció el lapso para decidir sobre la oposición a la medida cautelar, si esta fecha fuere posterior a aquél. Cuando el asunto así lo amerite, este lapso será prorrogable, mediante acto motivado, por una sola vez hasta por quince días hábiles. El Directorio de Responsabilidad Social podrá ordenar cualquier acto de sustanciación dentro del lapso previsto para dictar la decisión.

La persona sancionada deberá ejecutar voluntariamente la sanción acordada. La falta de pago de la sanción pecuniaria generará interés moratorio a la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela hasta la fecha de pago efectiva de la deuda. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá solicitar la intimación judicial.

El incumplimiento de las otras sanciones impuestas por el Directorio de Responsabilidad Social, le dará derecho a solicitar el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de las mismas.

Las decisiones del Directorio de Responsabilidad Social, agotan la vía administrativa y podrán ser recurridas dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes de haber sido notificadas por ante la Corte de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia conocerá la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. La interposición del recurso contencioso no suspende los efectos de la decisión dictada por el Directorio de Responsabilidad Social.

Disposición Transitoria Única

1. La obligación prevista en el artículo 4 de la presente Ley, referida a la incorporación en los programas que difundan los subtítulos, traducción a la lengua de señas venezolanas u otras medidas necesarias que garanticen la integración de personas con discapacidad auditiva, será exigible gradualmente dentro del lapso de tres años, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, de conformidad con las normas técnicas respectivas.
2. Se harán exigibles a partir de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, las obligaciones siguientes:
   a) Las previstas en el artículo 7, sobre los mensajes que se difundan durante el horario Todo Usuario, relacionadas con los elementos de lenguaje tipos "B" y "C"; elementos de salud tipos "B", "C" y "D"; Elementos sexuales tipos "B", "C" y "D" y elementos de violencia tipos "C", "D" y "E"; así como las relacionadas con los juegos de envite y azar, loterías; tiempo máximo de transmisión de las radionovelas y telenovelas.
   b) Las previstas en el artículo 7, sobre los mensajes que se difundan durante el horario Supervisado, relacionadas con los elementos de lenguaje tipo "C"; elementos de salud tipo "D"; elementos sexuales tipo "D" y elementos de violencia tipo "E".
   c) Las previstas en el artículo 11, relacionadas con la garantía de acceso a señales de televisión abierta UHF y VHF, y televisión abierta comunitaria de servicio público, sin fines de lucro; a difundir los servicios de televisión del Estado y a la colocación de facilidades técnicas que permitan la recepción de señales de televisión abierta en el mismo equipo receptor terminal.
   d) Las previstas en el artículo 14, relacionadas con la propaganda de producción nacional y las relacionadas con la música venezolana, la música de tradición venezolana y la música de Latinoamérica y del Caribe.
   e) Las previstas en el artículo 18, relacionadas con la publicación de guías, los anuncios de programas y la difusión de programas de acuerdo con los anuncios y guías.

3. Se harán exigibles a partir de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, las obligaciones siguientes:

a) Las previstas en el artículo 9, relacionadas con la publicidad por emplazamiento, así como la relacionada con la publicidad en los servicios de televisión por suscripción.
b) Las previstas en el artículo 11, relacionadas con el bloqueo de canales contratados y aquellos canales que difundan elementos sexuales tipo "E", en los servicios de televisión por suscripción.
c) Las previstas en el artículo 14, relacionadas con el porcentaje de publicidad nacional, el porcentaje máximo de retransmisión de otros prestadores de servicios y el deber de informar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
d) Una hora y media de programas especialmente dirigidos a los niños, niñas y adolescentes en horario Todo Usuario.
e) El cincuenta por ciento del mínimo requerido de producción nacional en los horarios Todo Usuario y Supervisado.

4. Se harán exigibles a partir de los doce meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, las obligaciones siguientes:
   a) Tres horas de programas especialmente dirigidos a los niños, niñas y adolescentes en horario Todo Usuario.
   b) Siete horas de programas de producción nacional en horario Todo Usuario y tres horas de programas de producción nacional en Horario Supervisado.

5. La producción nacional independiente prevista en el artículo 14 de la presente Ley, se exigirá en los siguientes términos:
   a) A los nueve meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de una hora durante el horario Todo Usuario y de una hora durante el Horario Supervisado.
   b) A los doce meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de dos horas durante el horario Todo Usuario y de una hora en el Horario Supervisado.
   c) A los dieciocho meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de tres horas durante el horario Todo Usuario y de una hora y media en el Horario Supervisado.

d) A los veinticuatro meses, contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la difusión mínima diaria será de cuatro horas durante el horario Todo Usuario y de una hora y media en el Horario Supervisado.

6. Los contratos suscritos entre los prestadores de servicios de radio y televisión y los anunciantes, así como los suscritos entre los prestadores de servicios para las retransmisiones, deberán ser adaptados al régimen previsto en la presente Ley, dentro de los tres meses siguientes a su entrada en vigencia.
7. Hasta tanto se desarrolle una Ley especial sobre la materia, el órgano rector del Ejecutivo Nacional con competencia en comunicación e información, podrá formular y desarrollar políticas y acciones destinadas a la promoción y desarrollo de servicios de radio y televisión de servicio público.
8. Dentro de los treinta días siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, el Ejecutivo Nacional designará sus representantes en el Directorio de Responsabilidad Social y en el Consejo de Responsabilidad Social, así como en las comisiones de programación de radio y de televisión, respectivamente. Las organizaciones sociales e instituciones que tienen representación en el Directorio de Responsabilidad Social y en el Consejo de Responsabilidad Social, iniciarán el proceso de designación de sus representantes inmediatamente después de la entrada en vigencia de esta Ley.

Disposición Final Única

1. La presente Ley entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.
2. El Ministerio de Comunicación e Información y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, deberán realizar la reestructuración para adecuarse a las nuevas competencias que se deriven de la aplicación de la presente Ley y demás normativas relacionadas con la misma.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los siete días del mes de diciembre de dos mil cuatro. Año 194° de la Independencia y 145° de la Federación.

Francisco Ameliach
Presidente

Ricardo Gutiérrez
Primer Vicepresidente

Noelí Pocaterra
Segunda Vicepresidenta

Eustoquio Contreras
Secretario

Iván Zerpa Guerrero
Subsecretario

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los siete días del mes de diciembre de dos mil cuatro. Años 194° de la Independencia y 145° de la Federación.

Cúmplase
(L.S.)

Hugo Chávez Frías

Refrendado
El Vicepresidente Ejecutivo
José Vicente Rangel

El Ministro del Interior y Justicia
Jesse Chacón Escamillo

El Ministro de Relaciones Exteriores
Alí Rodríguez Arague

El Ministro de Finanzas
Tobías Nóbrega Suárez

El Ministro de la Defensa
Jorge Luis García Carneiro

El Ministro de la Producción y el Comercio
Wilmar Castro Soteldo

El Ministro de Agricultura y Tierras
Arnoldo Márquez

El Encargado del Ministerio de Educación Superior
Favio Manuel Quijada Saldo

El Ministro de Educación y Deportes,
Aristóbulo Istúriz Almeida

El Ministro de Salud y Desarrollo Social,
Francisco Armada

La Ministra del Trabajo,
María Cristina Iglesias

El Ministro de Infraestructura,
Ramón Alonzo Carrizález Rengifo

El Ministro de Energía y Minas
Rafael Darío Ramírez Carreño

La Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales
Ana Elisa Osorio Granado

El Ministro de Planificación y Desarrollo
Jorge Giordani

La Ministra de Ciencia y Tecnología
Marlene Yadira Córdova

El Ministro de Comunicación e Información
Andrés Izarra

El Ministro para la Economía Popular,
Elías Jaua Milano

Gaceta Oficial de la República de Venezuela
N° 38.242 de fecha 3 de agosto de 2005

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

DECRETA

la siguiente,

LEY ORGÁNICA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

Título I
Disposiciones Fundamentales

Objeto de esta Ley
Artículo 1.

La presente Ley tiene por objeto desarrollar los principios orientadores que en materia de ciencia, tecnología e innovación y sus aplicaciones, establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, organizar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, definir los lineamientos que orientarán las políticas y estrategias para la actividad científica, tecnológica, de innovación y sus aplicaciones, con la implantación de mecanismos institucionales y operativos para la promoción, estímulo y fomento de la investigación científica, la apropiación social del conocimiento y la transferencia e innovación tecnológica, a fin de fomentar la capacidad para la generación, uso y circulación del conocimiento y de impulsar el desarrollo nacional.

Interés Público
Artículo 2.

Las actividades científicas, tecnológicas, de innovación y sus aplicaciones son de interés público y de interés general.

Sujetos de esta Ley
Artículo 3.

Forman parte del Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación, las instituciones públicas o privadas que generen y desarrollen conocimientos científicos y tecnológicos, como procesos de innovación, y las personas que se dediquen a la planificación, administración, ejecución y aplicación de actividades que posibiliten la vinculación efectiva entre la ciencia, la tecnología y la sociedad. A tal efecto, los sujetos que forman parte del Sistema son:

1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología, sus organismos adscritos y las entidades tuteladas por éstos, o aquéllas en las que tengan participación.
2. Las instituciones de educación superior y de formación técnica, academias nacionales, colegios profesionales, sociedades científicas, laboratorios y centros de investigación y desarrollo, tanto públicos como privados.
3. Los organismos del sector privado, empresas, proveedores de servicios, insumos y bienes de capital, redes de información y asistencia que sean incorporados al Sistema.
4. Las unidades de investigación y desarrollo, así como las unidades de tecnologías de información y comunicación de todos los organismos públicos.
5. Las personas públicas o privadas que realicen actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

Ámbito de Acción Artículo 4

De acuerdo con esta Ley, las acciones en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, estarán dirigidas a:

1. Formular, promover y evaluar planes nacionales que en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, se diseñen para el corto, mediano y largo plazo.
2. Estimular y promover los programas de formación necesarios para el desarrollo científico y tecnológico del país.
3. Establecer programas de incentivos a la actividad de investigación y desarrollo y a la innovación tecnológica.
4. Concertar y ejecutar las políticas de cooperación internacional requeridas para apoyar el desarrollo del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
5. La coordinación intersectorial de los demás entes y organismos públicos que se dediquen a la investigación, formación y capacitación científica y tecnológica, requeridas para apoyar el desarrollo y adecuación del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
6. Impulsar el fortalecimiento de una infraestructura adecuada y el equipamiento para servicios de apoyo a las instituciones de investigación y desarrollo y de innovación tecnológica.
7. Estimular la capacidad de innovación tecnológica del sector productivo, empresarial y académico, tanto público como privado.
8. Estimular la creación de fondos de financiamiento a las actividades del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

9. Desarrollar programas de valoración de la investigación a fin de facilitar la transferencia e innovación tecnológica.
10. Impulsar el establecimiento de redes nacionales y regionales de cooperación científica y tecnológica.
11. Promover mecanismos para la divulgación, difusión e intercambio de los resultados de investigación y desarrollo y de innovación tecnológica generados en el país.
12. Crear un Sistema Nacional de Información Científica y Tecnológica.
13. Promover la creación de instrumentos jurídicos para optimizar el desarrollo del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
14. Estimular la participación del sector privado, a través de mecanismos que permitan la inversión de recursos financieros para el desarrollo de las actividades científicas, tecnológicas, de innovación y sus aplicaciones.

Actividades de Ciencia, Tecnología, Innovación y sus Aplicaciones Artículo 5.

Las actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, así como, la utilización de los resultados, deben estar encaminadas a contribuir con el bienestar de la humanidad, la reducción de la pobreza, el respeto a la dignidad, a los derechos humanos y la preservación del ambiente.

Ética, Probidad y buena Fe Artículo 6.

Los organismos públicos o privados, así como las personas naturales y jurídicas, deberán ajustar sus actuaciones y actividades inherentes a la presente Ley, a los principios de ética, probidad y buena fe que deben predominar en su desempeño, en concordancia con la salvaguarda de los derechos humanos y al logro de los fundamentos enunciados en el artículo 5 de esta Ley.

Principios Bioéticos Artículo 7.

El Ejecutivo Nacional, mediante los organismos competentes, velará por el adecuado cumplimiento de los principios bioéticos y ambientales en el desarrollo de la investigación científica y tecnológica, de conformidad con las disposiciones de carácter nacional y los acuerdos internacionales suscritos por la República.

Comisiones de Ética, Bioética y Biodiversidad Artículo 8.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología propiciará la creación de comisiones multidisciplinarias de ética, bioética y biodiversidad, que se ocuparán de definir los aspectos inherentes a los artículos 6 y 7 de esta Ley, a través de la propuesta de

códigos de ética, bioética y de protección del ambiente, relativos a la práctica científica, tecnológica y de innovación.

Protección de los Conocimientos Tradicionales Artículo 9.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología apoyará a los organismos competentes por la materia, en la definición de las políticas tendientes a proteger y garantizar los derechos de propiedad intelectual colectiva de los conocimientos tradicionales, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas y de las comunidades locales.

Investigadores Extranjeros Artículo 10.

Las personas naturales o jurídicas extranjeras no residentes en el país, que pretendan realizar investigaciones científicas o tecnológicas en el territorio nacional, deberán solicitar ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología la correspondiente autorización, excepto que estas investigaciones deriven de convenios celebrados con organismos públicos. Esta autorización se otorgará sin perjuicio de los demás permisos exigidos por otras leyes. En el Reglamento de la presente Ley se establecerán los requisitos para el otorgamiento de la referida autorización, así como las obligaciones que deberán cumplir los interesados.

Título II
Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y del Órgano Rector del Sistema

Capítulo I
Del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación

Objeto del Plan Artículo 11.

El Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación es el instrumento de planificación y orientación de la gestión del Ejecutivo Nacional, para establecer los lineamientos y políticas nacionales en materia de ciencia, tecnología e innovación, así como para la estimación de los recursos necesarios para su ejecución.

Elaboración del Plan Artículo 12.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología elaborará el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación bajo los términos que disponga la presente Ley y los reglamentos.

Objetivos del Plan
Artículo 13.

El Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación definirá los objetivos que en ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, deberá alcanzar el sector público, en el ámbito nacional, estadal, municipal y los que, mediante acuerdo, deban cumplirse por el sector privado y las universidades, en función de las necesidades previsibles y de los recursos disponibles.

Vigencia y contenido del Plan
Artículo 14.

El Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación contendrá objetivos a ser alcanzados en el corto, mediano y largo plazo, incluyendo las áreas prioritarias de desarrollo. El Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación se orientará fundamentalmente según las siguientes líneas de acción:

1. Investigación y desarrollo para mejorar la calidad de vida.
2. Generación de conocimientos y fomento del talento humano.
3. Fomento de la calidad e innovación productiva.
4. Fortalecimiento y articulación de redes de cooperación científica e innovación tecnológica.
5. Innovación de la gestión pública y articulación social de la ciencia y la tecnología.

Planes de los Órganos del Sistema
Artículo 15.

Los órganos del Estado que forman parte del Sistema Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación, deberán seguir los lineamientos generales establecidos en el Plan Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación, adaptando sus propios planes a dichos lineamientos. De igual forma, las instituciones de educación superior y organizaciones del sector privado miembros del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, de mutuo acuerdo y acogiéndose a tales lineamientos, podrán participar de los recursos de que disponga el Ministerio de Ciencia y Tecnología, para el financiamiento de programas y proyectos de investigación y desarrollo, a los fines de la consecución coordinada de los objetivos previstos en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, sin perjuicio de los demás aportes y obligaciones que esta Ley y otras leyes les impongan.

Criterios de Ejecución del Plan
Artículo 16.

El desarrollo y ejecución del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, y los mecanismos operativos del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación se regirán por los siguientes criterios:

1. Funcionamiento interactivo y coordinado entre los elementos, instituciones y normas que lo conforman.

2. Respeto a la pluralidad de enfoques teóricos y metodológicos, alentando la creación del conocimiento, estimulando los enfoques interdisciplinarios, multidisciplinarios y transdisciplinarios y disponiendo de la capacidad de adaptación necesaria para responder a las demandas de la sociedad.
3. Promoción de la descentralización estadal y municipal, de la desconcentración y del crecimiento armónico del país.
4. Establecimiento de alianzas estratégicas entre el sector público y privado en un marco que facilite la transferencia y el aprovechamiento de los conocimientos por la sociedad venezolana.
5. Promoción de la participación de los integrantes del Sistema y de otros miembros de la sociedad.

Participación en Programas de Financiamiento Artículo 17.

A las instituciones y organismos, públicos y privados, miembros del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que soliciten participar en los programas de financiamiento ofrecidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología para la ejecución del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, se les podrá exigir recursos para cofinanciar estos programas. Los aportes respectivos se fijarán de mutuo acuerdo, tomando en cuenta las posibilidades y condiciones económicas de las partes involucradas.

Proceso de Formulación de Políticas y Planes Artículo 18.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología promoverá los procesos de concertación y participación que definan escenarios para la formulación de políticas, planes y prioridades de desarrollo.

Suministro de Información Artículo 19.

Los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, deberán suministrar la información que les sea solicitada y que permita al Ministerio de Ciencia y Tecnología elaborar indicadores y orientar políticas.

Aquellos miembros del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y todos aquellos que reciban fondos a través del Ministerio de Ciencia y Tecnología, deberán suministrar la información pertinente que les sea solicitada para evaluar el rendimiento de tales financiamientos.

Capítulo II
El Órgano Rector del Sistema

Órgano Rector Artículo 20.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología es el órgano rector en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones y actuará como coordinador y articulador del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, en las acciones de desarrollo científico y tecnológico, con los organismos de la Administración Pública Nacional.

Los mecanismos de comunicación y participación del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación serán definidos en el reglamento de esta Ley.

Evaluación y Selección de Proyectos Artículo 21.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología evaluará y seleccionará los programas y proyectos susceptibles de financiamiento, determinando y jerarquizando las áreas prioritarias de desarrollo o necesarias para el progreso social y económico del país. Sin menoscabo de que dichas evaluaciones técnicas podrán ser realizadas a través de cualquiera de los organismos o entes especializados adscritos al Ministerio.

De los Contratos de Financiamiento Artículo 22.

Todo lo concerniente al financiamiento, aspectos operativos y contractuales relativos a proyectos y programas a ser otorgados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología o sus organismos adscritos, será determinado en el Reglamento de la presente Ley.

Coordinación Internacional Artículo 23.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología fomentará y desarrollará políticas y programas, tendientes a orientar la cooperación internacional a objeto del fortalecimiento del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Centros de Investigación Artículo 24.

El Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Ciencia y Tecnología, podrá crear los centros de investigación que considere necesarios para promover la investigación científica y tecnológica en las áreas prioritarias de desarrollo económico y social del país.

Coordinación Financiera Artículo 25.

El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Ciencia y Tecnología, promoverá y coordinará, con los entes académicos, científicos y tecnológicos, tanto públicos como privados, el financiamiento para la realización de las actividades previstas en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Tecnologías de Información Artículo 26.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología coordinará las actividades del Estado que, en el área de tecnologías de información, fueren programadas.

Asumirá competencias que en materia de informática, ejercía la Oficina Central de Estadística e Informática, así como las siguientes:

1. Actuar como organismo rector del Ejecutivo Nacional en materia de tecnologías de información.
2. Establecer políticas en torno a la generación de contenidos en la red, de los órganos y entes del Estado.
3. Establecer políticas orientadas a resguardar la inviolabilidad del carácter privado y confidencial de los datos electrónicos obtenidos en el ejercicio de las funciones de los organismos públicos.
4. Fomentar y desarrollar acciones conducentes a la adaptación y asimilación de las tecnologías de información por la sociedad.

De la propiedad intelectual Artículo 27.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología, en coordinación con los miembros del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, formulará los programas donde se establecerá las condiciones previas de la titularidad y la protección de los derechos de propiedad intelectual producto de la actividad científica, tecnológica y sus aplicaciones que se desarrollen con sus recursos o los de sus organismos adscritos.

Coordinación de Políticas en Propiedad Intelectual Artículo 28.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología, coordinará, diseñará, implementará y promoverá las políticas sobre propiedad intelectual conjuntamente con el ministerio y los demás organismos adscritos competentes en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual de las innovaciones e invenciones producto del desarrollo de las actividades científicas, tecnológicas y sus aplicaciones concebidas en el país.

Invención e Innovación Popular Artículo 29.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología creará mecanismos de apoyo, promoción y difusión de invenciones e innovaciones populares, propiciando su transformación en procesos, sistemas o productos que generen beneficios a la población o logren un impacto económico o social.

Observatorio Nacional Artículo 30.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología apoyará la gestión del conocimiento y el seguimiento del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación a través de un organismo que

se creará a tales fines y que se llamará Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. Este organismo tendrá entre sus objetivos:

1. Propiciar estrategias que conviertan la información en oportunidad, para fortalecer el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, e incentivar la interrelación y participación del sector público y privado, tanto a nivel nacional como internacional.
2. Crear registros de los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
3. La búsqueda, detección y seguimiento de la información con dicho Sistema y el análisis del entorno.

Funciones y Actividades del Observatorio Artículo 31.

El Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación generará los indicadores y estadísticas del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, identificando, analizando e interpretando las relaciones existentes entre ellos, la inversión en actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, las áreas, disciplinas, especialidades, líneas de investigación y producción científica y técnica, que permitan al órgano rector detectar los objetivos que en materia de ciencia, tecnología e innovación deban ser desarrollados de acuerdo con las áreas prioritarias de desarrollo económico y social del país.

El Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación desarrollará sus actividades de conformidad con las líneas fijadas en su Reglamento Interno, los lineamientos del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y de acuerdo con las políticas del órgano rector.

Consejo Asesor Artículo 32.

A los fines señalados en el artículo anterior, el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, contará con un Consejo Asesor el cual tendrá por objeto proponer y asesorar al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre los programas, planes y proyectos que en base a la información generada por el Observatorio deban ser adelantados, así como participar en la elaboración, evaluación y seguimiento del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Integración, Organización y Funcionamiento del Consejo Asesor Artículo 33.

Lo concerniente a la integración, organización y funcionamiento del Consejo Asesor estarán especificados en el Reglamento Interno del Observatorio Nacional de Ciencia y Tecnología, a partir de lineamientos establecidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Título III
Del aporte y la inversión en la actividad científica, tecnológica y de innovación

Aportes Provenientes de la Comercialización de Resultados Artículo 34.

Los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que comercialicen propiedad intelectual de bienes y servicios, desarrollada con recursos provenientes parcial o totalmente de los financiamientos otorgados a través del Ministerio de Ciencia y Tecnología o sus organismos adscritos, deberán aportar de acuerdo con la modalidad de dicho financiamiento, una cantidad comprendida entre una décima por ciento (0,1%) y el medio por ciento (0,5%) de los ingresos brutos obtenidos por dicha comercialización, en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley.

El contrato mediante el cual se otorgue el financiamiento, atendiendo a la modalidad, duración y monto del mismo establecerá la obligación de aportar a que hace mención el presente artículo.

El reglamento de la presente Ley establecerá los términos, montos y condiciones en las cuales se determinará el aporte que establece este artículo.

Aportes Provenientes de las Empresas de Hidrocarburos Artículo 35.

Las grandes empresas del país que se dediquen a las actividades establecidas en las Leyes Orgánicas de Hidrocarburos e Hidrocarburos Gaseosos, deberán aportar anualmente una cantidad correspondiente al dos por ciento (2%) de los ingresos brutos obtenidos en el territorio nacional en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley.

Aportes Provenientes de la Actividad Minera y Eléctrica Artículo 36.

Las grandes empresas del país que se dediquen a la explotación minera, a su procesamiento y distribución o a la generación, distribución y transmisión de electricidad, deberán aportar anualmente una cantidad correspondiente al uno por ciento (1%) de los ingresos brutos obtenidos en el territorio nacional, en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley.

Aportes Provenientes de Empresas en Otros Sectores Productivos Artículo 37.

Las grandes empresas del país que se dediquen a otros sectores de producción de bienes y de prestación de servicios diferentes a los referidos en los artículos anteriores, deberán aportar anualmente una cantidad correspondiente al medio por ciento (0,5%) de los ingresos brutos obtenidos en el territorio nacional, en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley.

Inversión Extranjera Artículo 38.

Las sociedades, comunidades o entidades constituidas y domiciliadas en el exterior o constituidas en el exterior y domiciliadas en Venezuela, que realicen actividades en el territorio nacional, mediante cualquier modalidad, inversión directa, o contrato a ser ejecutados en Venezuela y que a los efectos de la presente Ley sean consideradas Grandes Empresas, deberán aportar en cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo 42 de la presente Ley, los porcentajes establecidos en los artículos 35, 36 y 37 de la presente Ley, según el caso, atendiendo a la rama de actividad que ellas se dediquen o desarrollen, utilizando como base de cálculo los ingresos brutos anuales obtenidos por el desarrollo de dichas actividades.

Exoneraciones por Aportes Artículo 39.

El Ejecutivo Nacional podrá exonerar del pago de impuestos, total o parcialmente establecidos en leyes tributarias, por los enriquecimientos netos de fuente territorial obtenidos por las personas jurídicas u entidades obligadas que efectúen los aportes señalados en esta Ley. El Decreto de exoneración que se dicte en ejecución de esta norma, deberá señalar las condiciones, plazos, requisitos y controles requeridos, a fin de que se logren las finalidades de política fiscal perseguidas en el orden coyuntural y sectorial.

Exoneración por Importación Artículo 40.

El Ejecutivo Nacional podrá exonerar del pago del impuesto de importación, previsto en la Ley Orgánica de Aduanas, a los insumos, equipos y materiales que se consideren de particular importancia para el desarrollo del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, según las líneas de acción señaladas en la presente Ley. El Decreto de exoneración que se dicte en ejecución de esta norma, deberá señalar las condiciones, plazos, requisitos y controles requeridos, a fin de que se logren las finalidades de política fiscal perseguidas en el orden coyuntural y sectorial.

Estímulos al Sector Financiero Artículo 41.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología, sin menoscabo de otros tipos de financiamiento público o privado, propiciará, de acuerdo con las disposiciones del Decreto con rango y fuerza de Ley Marco que Regula el Sistema Financiero Público del Estado Venezolano, el establecimiento de programas crediticios y de incentivos por el sector bancario nacional para el financiamiento de la innovación tecnológica. A tales fines, propiciará ante el Consejo Técnico Financiero para el Desarrollo, sistemas de incentivos a las instituciones financieras que participen en el financiamiento de actividades de innovación tecnológica.

Actividades Consideradas Aporte e Inversión en Ciencia, Tecnología, e Innovación y sus Aplicaciones Artículo 42.

A objeto del aporte que deben realizar los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y las empresas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 34, 35, 36, 37 y 38 de la presente Ley, las siguientes actividades serán consideradas por el órgano rector como inversión en ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones:

1. Aportes financieros en programas y proyectos contemplados en el Plan Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación, ejecutados a través de acuerdos con el Ministerio de Ciencia y Tecnología o con los entes adscritos.
2. Aportes a fondos dependientes del Ministerio de Ciencia y Tecnología.
3. Aportes a organismos adscritos al Ministerio de Ciencia y Tecnología.
4. Inversión en proyectos de innovación relacionados con las actividades de la empresa, que involucren la obtención de nuevos conocimientos o tecnologías en el país, con participación nacional en los derechos de propiedad intelectual, entre otras:
   a) Sustitución de materias primas o componentes para disminuir importaciones o dependencia tecnológica.
   b) Creación de redes de cooperación productivas con empresas nacionales.
   c) Utilización de nuevas tecnologías para incrementar calidad productiva de las empresas.
   d) Participación, Investigación y Desarrollo de las universidades y centros país en la introducción de nuevos procesos tecnológicos, esquemas gerenciales y organizativos, obtención de nuevos productos o de los procedimientos, exploración de nuevos mercados y en general procesos de innovación en el ámbito de las

actividades y fines de las empresas, con miras a mejorar su competitividad y calidad productiva.

e) Formación del talento humano en normativa, técnicas, procesos y procedimientos de calidad, relativos a las empresas nacionales.

5. Financiamiento de patentes nacionales.
6. La creación o participación en incubadoras o viveros de empresas nacionales de base tecnológica.
7. Participación en fondos de garantías o de capital de riesgo para proyectos de innovación o investigación y desarrollo.
8. Inversión en actividades de investigación y desarrollo que incluyan:
   a) Financiamiento a proyectos de investigación y desarrollo de carácter individual o realizados con participación de Universidades o Centros de Investigación y Desarrollo a través de convenios o contratos.
   b) Creación de unidades o Centros de Investigación y Desarrollo en el país que se incorporen al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
   c) Creación de bases y sistemas de información de libre acceso, que contribuyan con el fortalecimiento de las actividades de la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones.
   d) Promoción y divulgación de las actividades de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, realizadas en el país.
   e) Creación de premios o estímulos de programas de fomento a la investigación, el desarrollo o la innovación.
   f) Financiamiento para la organización de reuniones o eventos científicos.
   g) Consolidación de redes de cooperación científica, tecnológicas y de innovación a nivel nacional e internacional.
   h) Formación de unidades de vinculación entre Centros de Investigación y Desarrollo y las empresas, para procesos de transferencia tecnológica.

9. Inversión en actividades de fortalecimiento de talento humano nacional que incluyan:
   a) Organización y financiamiento de cursos y eventos de formación, actualización y capacitación tecnológica en el país.

b) Fortalecimiento de Centros de Investigación y Desarrollo, así como a post grados, maestrías, doctorados o equivalentes, relativos a actividades reguladas por esta Ley, en universidades o instituciones de educación superior en el país.
c) Financiamiento de becas para estudios a nivel técnico, de mejoramiento, capacitación, actualización y de post grado para el personal que labora o sea incorporado en la empresa o en una red de empresas nacionales.
d) Programas permanentes de actualización del personal de la empresa con participación de Universidades u otras instituciones de educación superior del país.
e) Financiamiento de programas o convenios empresariales de inserción laboral de personal venezolano desempleado altamente capacitado.
f) Financiamiento a programas de movilización de investigadores, creación de post grados integrados a nivel nacional, de redes de investigación nacionales e internacionales.
g) Programas para fortalecer la capacidad de la gestión nacional pública y privada en ciencia tecnología e innovación.
h) Financiamiento de tesis de post grado y pasantía de investigación de estudiantes de educación superior en Universidades, o en el seno de la empresa o en centros de investigación y desarrollo.
i) Promoción y divulgación de las actividades de los centros de formación, actualización y capacitación tecnológica del país, a nivel nacional e internacional.
j) Creación de centros nacionales de capacitación técnica en nuevas tecnologías o apoyo a las existentes.

10. Cualquier otra actividad que en criterio del Ministerio de Ciencia y Tecnología pueda ser considerada inversión en ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones.

Parágrafo Único: El Reglamento de la presente Ley establecerá los mecanismos, modalidades y formas en que los sujetos señalados en este Título realizarán los aportes a que están obligados, así como también los lapsos y trámites que se deberán realizar ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología para la determinación de las actividades que serán consideradas a los efectos de los aportes.

Solicitud de Asesoría de los Interesados Artículo 43.

En caso de dudas en la determinación de la actividad en la cual se deberán realizar los aportes establecidos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 38, los interesados podrán solicitar asesoría al Ministerio de Ciencia y Tecnología, el cual deberá en un lapso no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir de la solicitud, dar respuesta a los mismos. El lapso para responder podrá ser prorrogado por un lapso igual, por acto motivado del Ministro de Ciencia y Tecnología.

Grandes Empresas Artículo 44.

A los efectos de esta Ley, se entiende como grandes empresas aquellas que tengan ingresos brutos anuales superiores a cien mil unidades tributarias (100.000 U.T.), y que se señalan a continuación:

a) Las compañías anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada.
b) Las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, las comunidades, así como cualesquiera otras sociedades de personas, incluidas las irregulares o de hecho.
c) Las asociaciones, fundaciones, corporaciones y demás entidades jurídicas o económicas no citadas en los literales anteriores.
d) Los establecimientos permanentes, centros o bases fijas situados en el territorio nacional.

Título IV
Del control, fiscalización e inspección

Facultades de Control Artículo 45.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología tendrá las facultades de control, fiscalización, verificación y determinación cuantitativa y cualitativa de los aportes contenidos en el Título III, las cuales ejercerá en los términos establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

Coordinación con la Autoridad Aduanera y Tributaria Artículo 46.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología coordinará con la autoridad aduanera y tributaria, lo referente a las declaraciones y demás documentos que se requieran del aportante, a los fines de la verificación y determinación del aporte.

A tales fines, la autoridad aduanera y tributaria deberá prestar la cooperación y asistencia, proporcionando al Ministerio de Ciencia y Tecnología la base de datos de los ingresos brutos, dirección y demás datos necesarios para la localización de las

grandes empresas clasificadas de acuerdo con los sectores económicos previstos en los artículos 35, 36, 37 y 38 de la presente Ley.

Determinación de Competencias de Fiscalización Artículo 47.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través del Reglamento Orgánico respetivo, determinará la asignación de competencias de fiscalización, que se ejercerán sobre:

a) Los registros de las operaciones de inversión y aporte de las grandes empresas y demás aportantes establecidos en esta Ley.
b) Los documentos, transacciones, emolumentos, gastos y demás actividades donde se pueda determinar el cumplimiento del aporte señalado en esta Ley y de las demás disposiciones que se dicten al efecto.
c) Las inversiones o aportes totales o en ejecución.

Inspecciones y Verificaciones Artículo 48.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá realizar las inspecciones y verificaciones en las empresas, fundaciones, sociedades civiles, asociaciones y demás personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que sean receptoras o beneficiarias de los aportes de los sujetos obligados y determinados en esta Ley.

Suministro de Información Artículo 49.

Los beneficiarios o receptores de dichos aportes deberán suministrar a requerimiento del Ministerio de Ciencia y Tecnología los documentos, transacciones, emolumentos, ingresos y demás medios que comprueben el cumplimiento efectivo del mismo, en cualquiera de los supuestos señalados en el artículo 42 de esta Ley.

Título V
De los Estados y Municipios

Actividades Científicas, Tecnológicas y sus Aplicaciones en el Ámbito Estatal y Municipal Artículo 50.

El Ejecutivo Nacional promoverá el desarrollo de las actividades científicas, tecnológicas, de innovación y sus aplicaciones en el ámbito estatal y municipal, a fin de impulsar la conformación de redes como parte del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Representación Regional Artículo 51.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá mecanismos de representación regional en el país, con el fin de orientar las políticas y coordinar los planes y proyectos que en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones se desarrollen en los estados.

Adaptación de Planes Regionales Artículo 52.

Los organismos estatales y municipales a los fines de la elaboración de los respectivos planes regionales de ciencia, tecnología e innovación, se acogerán a los lineamientos y directrices del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, sin perjuicio de otros programas que se requieran para impulsar su desarrollo dentro del ámbito de sus competencias.

Lineamientos para Proyectos Estatales y Municipales Artículo 53.

El Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación establecerá lineamientos para la formulación y ejecución de los proyectos del área de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones que les corresponde emprender a los estados y municipios con los recursos del situado constitucional y demás aportes previstos en leyes especiales.

Título VI
De la formación del talento humano

Promoción y Estímulo del Talento Humano Artículo 54.

El Ejecutivo Nacional promoverá y estimulará la formación y capacitación del talento humano especializado en ciencia, tecnología e innovación y sus aplicaciones, para lo cual contribuirá con el fortalecimiento de los estudios de postgrado y de otros programas de capacitación técnica y gerencial.

Incentivos para la Inserción y Movilización Artículo 55.

El Ejecutivo Nacional diseñará e instrumentará incentivos necesarios para estimular la formación e inserción del talento humano especializado en las empresas e instituciones académicas. Asimismo, implementará incentivos destinados al intercambio y movilización del talento humano entre las empresas e instituciones académicas.

Financiamiento e Incentivos Artículo 56.

El Ejecutivo Nacional estimulará la formación del talento humano especializado, a través del financiamiento total o parcial de sus estudios e investigaciones y de incentivos, tales como, premios, becas, subvenciones, o cualquier otro reconocimiento

que sirva para impulsar la producción científica, tecnológica y de innovación.

Carrera Nacional del Investigador Artículo 57.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología impulsará la Carrera Nacional del Investigador, para lo cual se promoverán los instrumentos legales necesarios para su aplicación.

Estímulo a la Vocación Científica Artículo 58.

El Ejecutivo Nacional estimulará las vocaciones tempranas hacia la investigación y desarrollo, en consonancia con las políticas educativas, sociales y económicas del país.

Movilidad de los Investigadores hacia el entorno Social y Económico Artículo 59.

Los investigadores de las instituciones de educación superior, de formación técnica, de institutos o centros de investigación, a dedicación exclusiva, a tiempo completo, o de cualquier otra dedicación, podrán participar, en el marco del Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, en actividades tendientes a:

1. La formación de nuevas empresas o asociaciones, basadas en resultados de investigación y desarrollo.
2. En proyectos de investigación y desarrollo en el seno de empresas o asociaciones.

La instrumentación de los mecanismos y procedimientos correspondientes se realizará conjuntamente con las respectivas instituciones, empresas o asociaciones involucradas.

Título VII
Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación

Capítulo I
Del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación

Creación del Fondo Artículo 60.

El Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT), creado mediante Ley del 13 de julio de 1967, derogado por Ley del 28 de noviembre de 1984, publicado en la Gaceta Oficial Nº 3.481 Extraordinario del 13 de diciembre de 1984, hoy denominado Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, (FONACIT) y se rige por la presente Ley.

El Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, (FONACIT), es un Instituto Autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional,

adscrito al Ministerio de Ciencia y Tecnología y gozará de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden procesal, civil y tributario conferidos por la normativa aplicable a la República.

Objeto General Artículo 61.

El Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, (FONACIT), es el órgano ejecutor y financiero de los programas y proyectos definidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, en consecuencia, el ente encargado de administrar los recursos asignados por éste al financiamiento de la ciencia, la tecnología y la innovación, velando por su adecuada distribución, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a otros entes adscritos al Ministerio de Ciencia y Tecnología por leyes especiales.

Atribuciones Artículo 62.

Son atribuciones del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, (FONACIT):

1. Proponer y fijar los procedimientos generales para la asignación de recursos a los programas y proyectos nacionales, regionales y locales, que se presenten de conformidad con los criterios y lineamientos de financiamiento a la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones fijados en esta Ley y por el órgano rector del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.
2. Financiar los programas y proyectos contemplados dentro de las líneas de acción establecidas por el órgano rector.
3. Financiar los programas y proyectos contemplados dentro de las líneas de acción del Ministerio de Ciencia y Tecnología que puedan ser desarrollados o ejecutados por los entes u organismos adscritos al órgano rector, distintos a las actividades científicas o tecnológicas y sus aplicaciones, propias de cada una de ellos.
4. Diseñar las metodologías idóneas y los mecanismos de adjudicación de los recursos, garantizando la equidad y transparencia de los procesos.
5. Realizar el seguimiento y control de los proyectos financiados.
6. 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.
7. Informar al Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre oportunidades, necesidades, fuentes potenciales de financiamiento y otros aspectos identificados en su gestión financiera.

8. Establecer y mantener un registro 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.
9. Coordinar las actividades de los entes adscritos, de conformidad con las políticas que al efecto formule el Ministerio de Ciencia y Tecnología, y las normas y procedimientos que rigen la adscripción.
10. Las demás que esta Ley y otras leyes le señalen.

Domicilio
Artículo 63.

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.

Patrimonio
Artículo 64.

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.
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 que imponga este instituto a las personas a que se refiere los artículos 71 y 72 de la presente Ley.
6. Los demás bienes que adquiera por cualquier título para la consecución de su objeto.
7. Cualquier otro ingreso que se le asigne por leyes especiales.

Capítulo II
De la Organización del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación

Estructura
Organizativa
Artículo 65.

El Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT, estará conformado por el Directorio y las demás dependencias operativas que se requieran para cumplir con su objeto. La estructura organizativa y las normas de funcionamiento de las unidades operativas serán establecidas en el reglamento interno del Fondo.

Directorio
Artículo 66.

El Directorio es el órgano de mayor jerarquía administrativa del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT). Está integrado por un Presidente, un Gerente General, quienes serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, a proposición del Ministro de Ciencia y Tecnología y cinco (5) Directores con sus respectivos suplentes de libre nombramiento y remoción del Ministro de Ciencia y Tecnología, designados de la siguiente manera: dos (2) del Ministerio de Ciencia y Tecnología, uno (1) de las instituciones de educación superior, uno (1) del sector empresarial y uno (1) de los centros de investigación del país.

Los representantes de las instituciones de educación superior, del sector empresarial y de los centros de investigación del país serán seleccionados de una terna que presentarán los integrantes de las instituciones u organismos que agrupen a dichos sectores.

Los requisitos que deberán reunir los integrantes del Directorio serán definidos en el Reglamento del Fondo y durarán tres (3) años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser nuevamente designados por un período adicional.

Atribuciones
del Directorio
Artículo 67.

El Directorio tendrá las siguientes atribuciones:

1. Ejercer la dirección del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT, de acuerdo con las políticas impartidas por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.
2. Aprobar el plan operativo y el proyecto de presupuesto del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT, correspondiente a cada ejercicio.
3. Definir las estrategias y programas de promoción de sus actividades en las diversas regiones del país y evaluar periódicamente sus resultados.
4. Autorizar la celebración de los contratos en los que participe el Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT, para el cumplimiento de su objeto.
5. Decidir sobre la organización y funcionamiento de las unidades y órganos internos del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT.
6. Designar y remover los gerentes y jefes de unidades operativas, a propuesta del Presidente del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT.
7. Aprobar la Memoria y Cuenta del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT.

8. Aprobar el informe anual de actividades que debe presentar el Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT al Ejecutivo Nacional.
9. Dictar los reglamentos internos.
10. Decidir sobre todos los asuntos que no estén expresamente atribuidos al Presidente.
11. Elevar ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología las recomendaciones que juzgue necesarias para cumplir con sus funciones.
12. Imponer las sanciones que correspondan de acuerdo con la presente Ley.
13. Las demás que señalen esta Ley y su Reglamento.

Atribuciones del Presidente Artículo 68.

El Presidente del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT, tendrá las siguientes atribuciones:

1. Ejercer la dirección y administración del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT, conforme a las disposiciones de la presente Ley.
2. Convocar y presidir las sesiones del Directorio.
3. Ejercer la representación del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT.
4. Autorizar los gastos y movilizaciones de fondos dentro de los límites que le fije el Directorio.
5. Informar al Directorio sobre el desarrollo de los planes operativos y de la ejecución presupuestaria.
6. Designar y remover al personal subalterno del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT.
7. Rendir cuenta al Directorio y al Ministro de adscripción sobre sus actuaciones.
8. Las demás que le confiera esta Ley y el Directorio.

Atribuciones del Gerente General Artículo 69.

El Gerente General del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT, tendrá las siguientes atribuciones:

1. Dirigir, coordinar, supervisar y controlar la ejecución de las actividades desarrolladas por las dependencias a su cargo, de acuerdo con las instrucciones del Presidente.
2. Suplir las faltas temporales del Presidente. En caso de falta absoluta, lo hará hasta que el Presidente de la República haga la designación correspondiente.
3. Dar cuenta al Directorio de las gestiones y actividades de las unidades operativas del Fondo Nacional de Ciencia,

Tecnología e Innovación, FONACIT, con la previa conformidad del Presidente.
4. Colaborar con el Presidente en la elaboración de los informes que correspondan.
5. Coordinar la labor de las comisiones que se conformen como entidades de coordinación entre las distintas unidades operativas.
6. Coordinar la elaboración del proyecto de informe anual de actividades que ha de presentar el organismo al Ejecutivo Nacional, así como del plan operativo y proyecto de presupuesto y someterlos a consideración del Presidente.
7. Dirigir y supervisar al personal del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, FONACIT.
8. Las demás que le asignen el Directorio o el Presidente.

Título VIII
Del Régimen Sancionatorio y procedimientos

Capítulo I
Disposiciones Generales

Cálculo de Multas Artículo 70.

Las multas establecidas en esta Ley expresadas en términos porcentuales, se convertirán al equivalente de unidades tributarias (U.T.) que correspondan al momento del incumplimiento y se cancelarán utilizando el valor de la misma que estuviere vigente para el momento del pago.

Multas por Incumplimiento de las Normas de Financiamiento Artículo 71.

A quienes hubieren obtenido recursos provenientes del Ministerio de Ciencia y Tecnología o de sus órganos u 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, no les serán otorgados nuevos recursos durante un lapso de dos (2) a cinco (5) años y se le aplicarán multas comprendidas entre diez unidades tributarias (10 U.T.) a 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.

Multas por Falta de Suministro de Información Artículo 72.

Los integrantes del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que tengan la obligación de suministrar información sobre aspectos inherentes a las investigaciones u otras actividades financiadas por el Ministerio de Ciencia y Tecnología o sus entes y órganos adscritos, y que por cualquier causa incumplan con ello, serán sancionados con multas comprendidas entre diez unidades tributarias (10 U.T.) a cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.), que serán canceladas en la tesorería del ente o a cargo del órgano otorgante de los recursos y serán impuestas por la máxima autoridad de dicho ente u órgano, según la gravedad de la infracción y conforme lo establezca el Reglamento de la presente Ley, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Multas por Incumplimiento del Aporte Artículo 73.

Los que incumplan con la obligación de aportar los montos establecidos en el Título III de la presente Ley, serán sancionados con multas equivalentes al cincuenta por ciento (50%) del monto que deben aportar, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el referido Título III, las cuales serán impuestas tomando en cuenta el monto de la suma afectada por el incumplimiento, y podrán ser aumentadas o disminuidas en atención a las circunstancias agravantes o atenuantes existentes.

Fondos de Inversión y Administración de las Multas Artículo 74.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá crear los fondos que considere conveniente, a los fines de la inversión y administración de los montos resultantes de las multas e intereses que se recauden por el incumplimiento de la obligación de aportar contenidas en el Título III de la presente Ley.

Los recursos que se obtengan de las multas impuestas serán transferidos por el órgano competente de la administración encargado de su recaudación, al Fondo que al efecto determine el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Circunstancias Agravantes Artículo 75.

A los efectos del artículo anterior se considerarán circunstancias agravantes, las siguientes:

1. La renuencia del obligado a realizar los aportes.
2. La magnitud del monto dejado de aportar.

3. Haber obrado con la intención de evadir la obligación de aportar.
4. El suministrar datos falsos o inexactos, para aportar montos inferiores a los que legalmente corresponde.
5. La reincidencia.

A los efectos del presente artículo se entiende por reincidencia el incumplimiento reiterado del obligado a aportar, que incurra en dos o más de los deberes previstos en esta Ley.

Circunstancias Atenuantes Artículo 76.

Son circunstancias atenuantes:
1. La conducta que el obligado 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 aportar antes de la terminación del procedimiento.
4. El cumplimiento de los requisitos omitidos que puedan dar lugar a la imposición de la sanción.
5. Las demás circunstancias atenuantes que resulten de los procedimientos administrativos o judiciales, aunque no estén previstas expresamente en la ley.

Eximente de Responsabilidad Artículo 77.

Se considerará eximente de responsabilidad cuando el incumplimiento o retardo en el cumplimiento de las obligaciones del aporte, establecidas en el Título III de la presente Ley, sea imputable al Ministerio de Ciencia y Tecnología, en consecuencia, se otorgará un plazo igual al tiempo del incumplimiento o retardo, para que se cumpla con la obligación de aportar.

Incremento de Multas por Reincidencia Artículo 78.

En caso de reincidencia en el incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley, que establezcan sanciones pecuniarias, se impondrá multas incrementadas sucesivamente en un veinticinco por ciento (25%) calculado sobre el monto de la multa, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en otras leyes de la República Bolivariana de Venezuela y del cumplimiento de dichas obligaciones.

Prescripción de las Acciones Sancionatorias Artículo 79.

Sin perjuicio de la responsabilidad personal en que pudieran incurrir los funcionarios, las acciones para imponer las sanciones previstas en esta Ley prescriben en un término de cinco (5) años, contados desde el día en que conste formalmente que el

Ministerio de Ciencia y Tecnología ha tenido conocimiento de los hechos.

Prescripción de la Ejecución de Sanciones Administrativas Artículo 80.

La ejecución de las sanciones administrativas previstas en esta Ley prescribe a los tres (3) años, contados desde el momento en que hayan quedado definitivamente firmes.

Sección Primera
Del Procedimiento de Multas

Principios Rectores de la Potestad Sancionatoria Artículo 81.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología, sus entes u órganos adscritos, ejercerán su potestad sancionatoria atendiendo a los principios de legalidad, imparcialidad, racionalidad y proporcionalidad.

Determinación de Incumplimiento Artículo 82.

Los procedimientos para la determinación del incumplimiento a las obligaciones establecidas en el Título III de la presente Ley, se iniciarán luego que el Ministerio de Ciencia y Tecnología determine la existencia de indicios suficientes, producto del control, fiscalización, inspección e investigación, que hagan presumir tal incumplimiento.

Acto de Apertura del Procedimiento Artículo 83.

El acto de apertura del procedimiento sancionatorio será dictado por el Ministro o la Ministra de Ciencia y Tecnología o por el ente u órgano competente y en él se establecerá 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 (15) días hábiles consigne los alegatos y pruebas que estime pertinentes para su defensa.

Practicada la notificación, y el presunto infractor no compareciere a presentar sus alegatos, se tendrán por admitidos los hechos, si nada probare que le favorezca.

Potestades de Investigación y Libertad de Prueba Artículo 84.

En la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio el Ministerio de Ciencia y Tecnología o el ente u órgano competente, tendrá las más amplias potestades de investigación, rigiéndose su actividad por el principio de libertad de prueba. Dentro de la actividad de sustanciación podrán realizar, 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 organismos 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 considere pertinentes, a los fines de la investigación.
6. Evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento sancionatorio.

Lapso de Sustanciación del Expediente Artículo 85.

El lapso de sustanciación del expediente no podrá exceder de dos meses contados a partir del acto de apertura, salvo que medien causas excepcionales de cuya existencia se dejará constancia, con indicación de la prórroga que se acuerde.

La prórroga o prórrogas en su conjunto, no podrán exceder de dos (2) meses.

Lapso para Decidir Artículo 86.

Concluida la sustanciación del expediente o transcurrido el lapso para ello, el órgano encargado de la sustanciación del expediente lo remitirá al Ministro o a la Ministra de Ciencia y Tecnología, o a la máxima autoridad del órgano o ente competente, quien sin perjuicio de que pueda ordenar la realización de cualquier acto adicional de sustanciación que juzgue conveniente, deberá dictar la decisión correspondiente dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. Este lapso podrá ser prorrogado mediante auto razonado hasta por quince (15) días hábiles, cuando la complejidad del caso lo amerite.

Ejecución Voluntaria o Forzosa Artículo 87.

El sancionado deberá ejecutar voluntariamente lo dispuesto en el acto respectivo dentro del lapso que al efecto fije dicha providencia, que en ningún caso podrá ser inferior a treinta (30) días hábiles.

En caso de que el sancionado no ejecutase voluntariamente la decisión, ésta podrá ejecutarse forzosamente de conformidad

con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, salvo que por expresa decisión legal deba ser encomendada a una autoridad judicial.

Multas por Desviación de los Aportes Artículo 88.

Las personas beneficiarias de los aportes a que hace mención el Título III de la presente Ley, que destinen parcial o totalmente dichos recursos a fines distintos para los cuales fueron aportados, serán sancionados 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.

Sección Segunda
Del Procedimiento de Intimación

La Intimación como Título Ejecutivo Artículo 89.

Una vez verificado el incumplimiento total o parcial a la obligación de aportar establecida en los artículos 34, 35, 36, 37 y 38 de la presente Ley, el Ministerio de Ciencia y Tecnología requerirá el pago del aporte dejado de realizar, así como las multas e intereses, mediante intimación que se notificará al obligado por los medios establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La intimación efectuada constituirá título ejecutivo.

Contenido del Acto de Intimación Artículo 90.

El acto de intimación deberá contener:

1. Mención del acto administrativo contentivo del inicio del procedimiento de intimación.
2. Identificación del organismo, lugar y fecha del acto.
3. Identificación del obligado o responsable a quien va dirigida.
4. Monto del aporte dejado de realizar, así como, las multas e intereses, y la identificación de los actos que los contienen.
5. Advertencia de la iniciación del juicio ejecutivo correspondiente, si no satisface la cancelación total de la deuda en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de su notificación.
6. Firma autógrafa, firma electrónica u otro medio de autenticación del funcionario autorizado.

Constancia de Cobro Extrajudicial Artículo 91.

Si el obligado no demostrare el pago en el plazo a que se refiere el artículo anterior, la intimación realizada, se considerará una deuda líquida y exigible a favor de la administración, que servirá de constancia del cobro extrajudicial efectuado por el

Ministerio de Ciencia y Tecnología y se anexará a la demanda que se presente en el juicio ejecutivo.

Agotamiento de la Vía Administrativa Artículo 92.

La intimación que se efectúe conforme a lo establecido en esta sección agotará la vía administrativa.

Título IX
Disposiciones transitorias y finales

Primera.

El Ejecutivo Nacional procederá a tomar las medidas necesarias para la reestructuración del antes denominado Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT) hoy Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT), que le permitan modificar sus servicios e introducir los cambios en su organización administrativa, que sean necesarios para asumir las atribuciones fijadas en esta Ley y coordinar su actuación con el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Segunda.

La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Tercera.

El Ejecutivo Nacional tendrá un plazo de un (1) año a partir de la publicación de la presente Ley, para dictar los reglamentos necesarios que la desarrollen.

Cuarta.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología dentro de los ciento ochenta (180) días hábiles siguientes a la publicación de la presente Ley, deberá crear el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, de acuerdo con lo establecido en el Título II, Capítulo II de esta Ley.

Quinta.

El aporte que deben realizar los sujetos obligados, establecidos en el Título III de esta Ley, comenzarán a realizarlo a partir del 1º de Enero del 2006.

Título X
Disposición derogatoria

Única. Se deroga el Decreto N° 1.290 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, publicada en la Gaceta Oficial Nº 37.291 de fecha 26 de septiembre de 2001 y toda norma que colida con la presente Ley.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los doce días del mes de julio de dos mil cinco. Año 195° de la Independencia y 146° de la Federación.

Nicolás Maduro Moros
Presidente

Ricardo Gutiérrez
Primer Vicepresidente

Pedro Carreño
Segundo Vicepresidente

Iván Zerpa Guerrero
Secretario

José Gregorio Viana
Subsecretario

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los tres días del mes de agosto de dos mil cinco. Años 195° de la Independencia y 146° de la Federación.

Cúmplase,
(L.S.)

Hugo Chávez Frías

Refrendado
El Vicepresidente Ejecutivo
José Vicente Rangel

El Ministro del Interior y Justicia
Jesse Chacón Escamillo

El Ministro de Relaciones Exteriores
Alí Rodríguez Araque

El Ministro de Finanzas
Nelson José Merentes Díaz

El Ministro de la Defensa
Ramón Orlando Maniglia Ferreira

La Ministra de Industrias Ligeras y Comercio
Edmée Betancourt de García

El Ministro de Industrias Básicas y Minería
Víctor Álvarez

El Ministro del Turismo
Wilmar Castro Soteldo

El Ministro de Agricultura y Tierras
Antonio Albarrán

El Ministro de Educación Superior
Samuel Moncada Acosta

El Ministro de Educación y Deportes
Aristóbulo Istúriz Almeida

El Ministro de Salud y Desarrollo Social
Francisco Armada

La Ministra del Trabajo
María Cristina Iglesias

El Ministro de Infraestructura
Ramón Alonzo Carrizález Rengifo

El Ministro de Energía y Petróleo
Rafael Darío Ramírez Carreño

La Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales
Jacqueline Coromoto Faría Pineda

El Ministro de Planificación y Desarrollo
Jorge Giordani

La Ministra de Ciencia y Tecnología
Marlene Yadira Córdova

El Ministro de Comunicación e Información
Andrés Izarra

El Ministro para la Economía Popular
Elías Jaua Milano

El Ministro para la Alimentación
Rafael José Oropeza

El Ministro de la Cultura
Francisco de Asís Sexto Novas

El Ministro para la Vivienda y Hábitat
Julio Augusto Montes Prado

El Ministro de Estado para la Integración y el Comercio Exterior
Gustavo Adolfo Márquez Marín

Gaceta Oficial de la República Bolivariana N° 38.086
de fecha 14 de diciembre de 2004

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Decreto N° 3.335 12 de diciembre de 2004

HUGO CHÁVEZ FRÍAS
Presidente de la República

En ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en Consejo de Ministros,

DICTA

el siguiente,

REGLAMENTO PARCIAL DEL DECRETO LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRONICAS

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1
Objeto

El presente Reglamento tiene por objeto desarrollar la normativa que regula la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la creación del Registro de Auditores, así como los estándares, planes y procedimientos de seguridad, de conformidad con el Decreto Ley.

Artículo 2
Definiciones

A los efectos del presente Reglamento se entenderá por:
Declaración de Prácticas de Certificación: Documento en el cual el Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica define los procedimientos relacionados con el manejo de los certificados electrónicos que emite.
Política de Certificados: Documento en el cual el Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica, define las reglas a seguir para el uso de un Certificado Electrónico en una comunidad de

usuarios o aplicación determinados y sus requerimientos de seguridad.

Datos de Generación de Firma Electrónica: Valor o valores numéricos que utilizados conjuntamente con un procedimiento matemático sirven para crear la firma electrónica asociada a un mensaje de datos.

Datos de Verificación de la Firma Electrónica: Valor o valores numéricos que son utilizados para comprobar que la firma electrónica fue creada con los datos de generación de firma electrónica del signatario.

Repositorio: Sistema de Información utilizado para el almacenamiento y acceso de los certificados electrónicos y la información asociada a los mismos.

Auditores: Son los expertos técnicos en la materia, inscritos en el Registro de Auditores de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Capítulo II
De la Acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación

Artículo 3 Presentación de la Solicitud de Acreditación

El Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica presentará la solicitud de acreditación ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, con los siguientes recaudos e información:

1. Identificación completa del solicitante.
2. Información económica y financiera, con la cual se demuestre la capacidad suficiente para prestar servicios como Proveedor de Servicios de Certificación.
3. Copia de los contratos correspondientes a aquellos servicios que sean prestados por terceros, en caso de haberlos.
4. Proyectos de contratos a ser suscritos con los signatarios.
5. Políticas de Certificados y Declaración de Prácticas de Certificación.
6. Estados financieros auditados y declaraciones del impuesto sobre la renta de los dos últimos ejercicios fiscales.
7. Informe de auditoría de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de este Reglamento, elaborado por auditores independientes, no vinculados e inscritos en el registro que a tal efecto lleva la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

8. Documento con la descripción detallada de la infraestructura, planes y procedimientos establecidos en el Capítulo VIII de este Reglamento. En caso que toda o parte de la infraestructura sea prestada por un tercero debe incluirse copia de los contratos o convenios con éste.

Los requisitos establecidos anteriormente, así como cualquier otro documento a los que se refiere este Reglamento, deberán presentarse en idioma castellano o traducido al castellano por intérprete público.

Artículo 4 Admisibilidad de la Solicitud

Una vez presentados todos los recaudos establecidos en el Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y este Reglamento, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica tendrá veinte días hábiles de conformidad con el artículo 32 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas para pronunciarse sobre la solicitud de la Acreditación.

Artículo 5 Contenido del Informe de Auditoría

El informe de auditoría deberá contener los siguientes requisitos:

1. Nombre e identificación de los auditores.
2. Fecha de inicio y terminación de la auditoría.
3. Declaración de conformidad de cada una de las condiciones previstas en el artículo 31 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y las demás previstas en este Reglamento.
4. Manifestación del cumplimiento de los estándares indicados en el Capítulo VIII de este Reglamento.
5. Firma del auditor.

Artículo 6 Inspecciones y Visitas en el Procedimiento de Acreditación

Durante todo el procedimiento de acreditación, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica podrá, realizar visitas a las instalaciones del solicitante por intermedio de sus funcionarios o por expertos especialmente autorizados para tal fin.

Artículo 7 Pronunciamiento de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica sobre las Garantías

Aprobada la solicitud, el Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica deberá presentar las garantías necesarias para su acreditación.

Presentadas las garantías y verificadas por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, ésta procederá a acreditar al Proveedor de Servicio de Certificación

Electrónica mediante providencia publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica no otorgará la Acreditación, hasta tanto el solicitante cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Dicha decisión será debidamente notificada al interesado mediante acto motivado.

Artículo 8 Duración de la Acreditación

La acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, tendrá la duración de un año.

Artículo 9 Renovación de la Acreditación

El Proveedor de Servicios de Certificación, deberá solicitar la renovación de la acreditación dentro de los cuarenta y cinco días continuos, previos al vencimiento de la acreditación.

Al momento de la solicitud de la renovación, el Proveedor de Servicios de Certificación deberá presentar nuevamente todos los recaudos de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de este Reglamento.

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica tendrá veinte días de conformidad con la ley que rige los procedimientos administrativos, para el pronunciamiento de la renovación de la acreditación, e informará al Proveedor de Servicios de Certificación, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de renovación, la omisión o incumplimiento de algún requisito.

Artículo 10 Notificación de la Revocatoria de la Acreditación

La revocatoria de la acreditación surtirá sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Los Proveedores de Servicio de Certificación cuya acreditación haya sido revocada, deberán comunicar inmediatamente este hecho a los titulares de los certificados electrónicos por ellos emitidos. Sin perjuicio de ello, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica publicará en un diario de los de mayor circulación nacional un aviso dando cuenta de la revocatoria. El costo de dicho aviso será por cuenta del Proveedor de Servicios de Certificación.

Artículo 11 Responsabilidad por los Perjuicios Causados por la Revocación

El Proveedor de Servicios de Certificación será responsable de los perjuicios que pueda causar la revocatoria de la acreditación a los titulares de los Certificados Electrónicos que se encontraban vigentes. Los costos de transferencia a otro proveedor acreditado, serán por cuenta del Proveedor de Servicios de Certificación cuya acreditación se revocó.

Capítulo III
De los Proveedores de Servicios de Certificación Acreditados

Artículo 12 Obligaciones de los Proveedores de Servicios de Certificación Acreditados

Los Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica, de conformidad con lo previsto en el artículo 35 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, deberán:

1. Comprobar presencialmente la identidad de los solicitantes de los Certificados Electrónicos y verificar cualesquiera otras circunstancias relevantes, en forma previa a la expedición, conservando la documentación que respalda dicha identificación por el tiempo señalado en el numeral 4 del artículo 35 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.
2. Mantener a disposición permanente del público en su página Web o en cualquier otra red mundial de acceso público y con un acceso desde su página inicial, la declaración de prácticas de certificación y las políticas de certificados vigentes.
3. Cumplir cabalmente con las políticas de certificados y la declaración de prácticas de certificación vigente.
4. Informar en la forma establecida en el numeral 4 del artículo 31 y numeral 6 del artículo 35 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el nivel de confiabilidad de sus certificados electrónicos, los límites de responsabilidad del Proveedor de Servicios de Certificación y las obligaciones que el signatario asume como usuario del servicio de certificación.
5. Garantizar la prestación permanente e ininterrumpida del servicio. Quedan a salvo las suspensiones que autorice la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica de conformidad con la Ley y sus reglamentos.
6. Garantizar de manera fácil y permanente el acceso de los signatarios y terceros al repositorio.

7. Informar a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica de manera inmediata, cualquier evento que comprometa la prestación del servicio.
8. Abstenerse de almacenar los datos de generación de firma del signatario y garantizar un método de creación de los mismos, que impida mantener copia una vez que éstos hayan sido entregados al signatario.
9. Mantener actualizado el registro de los certificados electrónicos revocados.
10. Informar al signatario dentro de las veinticuatro horas siguientes de la suspensión o revocatoria de su Certificado Electrónico.
11. Mantener el control exclusivo de sus datos de generación de firma electrónica como Proveedor de Servicios de Certificación, y establecer las medidas de seguridad necesarias para que ésta no se divulgue o comprometa.

Artículo 13 Cambio o Actualización de Datos de un Proveedor de Servicios de Certificación

Si el Proveedor de Servicios de Certificación realizara cualquier reforma de los estatutos sociales de la empresa, así como la ubicación de sus oficinas principales, deberá notificarlo a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica dentro de los diez días siguientes a la modificación o cambio, a los fines de mantener actualizada la información.

Artículo 14 Modificación de la Declaración de Prácticas de Certificación y las Políticas de Certificados

El Proveedor de Servicios de Certificación acreditado deberá someter a la autorización de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, cualquier modificación en su declaración de Prácticas de Certificación. Asimismo, deberá someter a la autorización de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica cualquier creación, modificación o eliminación de sus políticas de certificados.

Artículo 15 Información Periódica

Para fines estadísticos, el Proveedor de Servicios de Certificación acreditado, deberá enviar a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, dentro de los primeros diez días del inicio de cada trimestre un reporte sobre la actividad del trimestre anterior, discriminada mes a mes con la siguiente información:

1. Cantidad de Certificados Electrónicos emitidos, de acuerdo con las políticas de certificados autorizados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, para dicho Proveedor de Servicios de Certificación.

2. Cantidad de Certificados Electrónicos vigentes, de acuerdo con las políticas de certificados autorizados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, para el Proveedor de Servicios de Certificación.
3. Cantidad de Certificados Electrónicos revocados, de acuerdo con las políticas de certificados autorizados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, para el Proveedor de Servicios de Certificación.

Artículo 16 Suspensión del Servicio por Mantenimiento y Mejoras de Sistemas

Los Proveedores de Servicios de Certificación podrán cesar temporalmente la prestación del servicio, a fin de hacer mantenimiento o mejoras a sus sistemas hasta por setenta y dos horas acumulativas por cada año calendario.

Cuando la suspensión deba exceder el lapso indicado en el párrafo anterior, el Proveedor de Servicios de Certificación, deberá solicitar a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica la autorización correspondiente.

El Proveedor de Servicios de Certificación deberá informar al signatario la suspensión con no menos de veinticuatro horas de anticipación, y deberá remitir a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la constancia de dicho aviso durante las veinticuatro horas siguientes de haber informado al signatario.

Artículo 17 Suspensión del Servicio por Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se ocasione la suspensión de la prestación de sus servicios, el Proveedor de Servicios de Certificación deberá, notificarlo a sus usuarios dentro de las veinticuatro horas siguientes al inicio de la misma y remitir constancia de dicha notificación a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, adicionalmente, deberá consignar ante este servicio autónomo, un informe contentivo de las causas y período de la suspensión en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas luego del restablecimiento del servicio.

Artículo 18 Indicación de la Acreditación

El Proveedor de Servicios de Certificación podrá, señalar en cualquier medio en el cual publicite sus servicios, que ha sido debidamente acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Capítulo IV
De los Proveedores de Servicios de Certificación Extranjeros

Artículo 19 Garantía de los Certificados Electrónicos Extranjeros

Los certificados electrónicos emitidos por un Proveedor de Servicios de Certificación Extranjero, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, deberán ser garantizados por el Proveedor de Servicios de Certificación acreditado ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la cual verificará la suficiencia de la garantía y la adecuación de ésta a las normas para el desarrollo de esta actividad.

Artículo 20 Notificación de la Garantía de Certificación

El Proveedor de Servicios de Certificación acreditado que garantice certificados electrónicos extranjeros, deberá comunicar a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica la fecha a partir de la cual la garantía a la que se refiere el artículo anterior será efectiva en sus sistemas.

La forma y alcance de la garantía de los certificados extranjeros deberán estar establecidas en la Declaración de Prácticas de Certificación del garante.

Artículo 21 Efectos de la Garantía del Certificado Extranjero

El efecto de la garantía de cada certificado extranjero, se limitará a las características establecidas en la Política de Certificado correspondiente y por el período de validez del mismo.

Los signatarios de los certificados electrónicos garantizados y los terceros interesados tendrán idénticos derechos que los signatarios y terceros interesados de los certificados electrónicos propios del Proveedor de Servicios de Certificación que hace el reconocimiento.

Capítulo V
De la Supervisión de los Proveedores de Servicios de Certificación Acreditados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica

Artículo 22 Realización de Inspecciones

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica ejercerá la facultad inspectora sobre los Proveedores de Servicios de Certificación, y podrá, a tal efecto, requerir la información correspondiente y realizar las visitas a sus instalaciones con el fin de comprobar el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con las competencias establecidas en el Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Artículo 23 Inspecciones Ordinarias y Extraordinarias

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica podrá realizar inspecciones tanto ordinarias como extraordinarias a los Proveedores de Servicios de Certificación.

La inspección ordinaria, consiste en una visita anual a las instalaciones del Proveedor de Servicios de Certificación acreditado, y el requerimiento en forma semestral de información sobre el desarrollo de sus actividades.

La inspección extraordinaria, podrá ser practicada en cualquier momento, por denuncia de terceros sobre inconsistencias en la prestación del servicio o de oficio.

Artículo 24 Ejecución de las Inspecciones

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica realizará las inspecciones a través de sus funcionarios, y podrá hacerse asistir de los expertos técnicos o legales que considere necesarios para facilitar el ejercicio de sus competencias.

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, podrá requerir al Proveedor de Servicios de Certificación toda la información técnica, financiera o de cualquier otra naturaleza que considere necesaria, dentro del ámbito de sus competencias.

Artículo 25 Confidencialidad de la Información Suministrada

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, así como, el personal que actúe bajo su dependencia o por cuenta de ella, deberá mantener la confidencialidad de la información y documentos entregados por los Proveedores de

Servicios de Certificación, cuando dicha información revista tal carácter, en virtud de las normas legales vigentes.

Capítulo VI
Del Registro de Auditores

Artículo 26 De los Auditores

A los efectos de lo establecido en el artículo 26 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, las auditorías a las que se refiere la mencionada Ley y sus reglamentos, serán realizadas por auditores debidamente inscritos ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, de conformidad con lo dispuesto en el presente Reglamento.

Solamente los informes de los auditores inscritos ante la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica podrán, hacerse valer como parte de los requisitos de acreditación exigidos, o en cualquier otro caso en que se requiera de conformidad con el Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y sus Reglamentos.

Artículo 27 Creación del Registro de Auditores

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica creará un Registro de Auditores, con el propósito de inscribir a las personas autorizadas para la realización de los informes de auditoría, con base en lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 22 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Artículo 28 Solicitud de Inscripción en el Registro

A los fines de la inscripción en el Registro de Auditores de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, los interesados deberán realizar su solicitud por escrito y cumplir con los requisitos previamente establecidos por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Artículo 29 Decisión de Inscripción en el Registro

Recibida la solicitud, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica dispondrá de veinte días hábiles para decidir sobre la inscripción en el Registro de Auditores de conformidad con lo que establece la ley que rige los procedimientos administrativos.

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica informará al solicitante, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de inscripción, la omisión o incumplimiento de algún requisito, de conformidad

con la ley que rige los procedimientos administrativos. Dicho pronunciamiento será debidamente notificado al solicitante.

Artículo 30 Vigencia de la Inscripción en el Registro

Decidida favorablemente la inscripción en el Registro de Auditores, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica expedirá una certificación de inscripción que tendrá una vigencia de tres años.

Artículo 31 Renovación de la Inscripción

Al momento de la renovación del Registro de Auditores, el auditor deberá presentar nuevamente todos los recaudos que son necesarios para la inscripción, dentro de un lapso de cuarenta y cinco días continuos previos al vencimiento.

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica tendrá, veinte días hábiles para el pronunciamiento de la renovación de la inscripción, de conformidad con lo establecido con la Ley que rige los procedimientos administrativos.

Asimismo, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica informará al auditor dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de renovación, la omisión o incumplimiento de algún requisito, de conformidad con la Ley que rige los procedimientos administrativos. Dicho pronunciamiento será debidamente notificado al solicitante.

Capítulo VII
De los Certificados Electrónicos y de las Firmas Electrónicas

Artículo 32

Contenido de los Certificados Electrónicos Los Certificados Electrónicos emitidos por los Proveedores de Servicios de Certificación acreditados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, podrán incluir información adicional a la requerida en el artículo 43 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, siempre y cuando ésta no dificulte o impida su lectura o el reconocimiento de dichos certificados por terceros.

Artículo 33 Manejo de los Datos de Generación de Firma Electrónica

Los Datos de Generación de la Firma Electrónica creados por el Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica, deberán ser entregados al signatario en forma personal y de manera inmediata quedando comprobada la recepción de los

mismos mediante acuse de recibo. A partir de este momento, el signatario pasará a ser responsable del uso y resguardo de los Datos de Generación de Firma Electrónica.

El Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica, no podrá mantener copia de los Datos de Generación de la Firma Electrónica del signatario.

Capítulo VIII
De los Estándares, Planes y Procedimientos de Seguridad

Artículo 34 Políticas, Planes y Procedimientos de Seguridad

El Proveedor de Servicios de Certificación debe definir y poner en práctica políticas, planes y procedimientos de seguridad orientados a garantizar la prestación continua de los servicios de certificación y el resguardo de los registros, que deberán ser revisados y actualizados periódicamente, los cuales deben incluir:

1. Políticas y procedimientos de seguridad de las instalaciones físicas y los equipos.
2. Políticas de acceso a los sistemas e instalaciones del proveedor y monitoreo constante de los mismos.
3. Planes y procedimientos de actualización de hardware y software, utilizados para la operación de Proveedores de Servicios de Certificación.
4. Planes y procedimientos de contingencia en cada uno de los riesgos potenciales que atenten en contra del funcionamiento del Proveedor de Servicios de Certificación, según estudio que se actualizará periódicamente.
5. Plan de manejo, control y prevención de virus informático.

Artículo 35 Cumplimiento de los Requisitos Técnicos

El Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica deberá contar con el personal calificado, infraestructura física y tecnológica y sistemas de seguridad de conformidad con el artículo 31, numerales 2, 3, 4, 5 y 7, del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como con las siguientes obligaciones técnicas:

1. Generar las firmas electrónicas propias, y prestar los servicios para los cuales ha sido autorizado en la correspondiente acreditación.
2. Garantizar el cumplimiento de lo previsto en la Declaración de Prácticas de Certificación y las Políticas de Certificados.

3. Garantizar que los certificados expedidos cumplan con lo previsto en el artículo 43 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y por lo menos, con alguno de los estándares de certificados admitidos por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.
4. Establecer sistemas de seguridad en las instalaciones, con monitoreo permanente de la infraestructura física, y con acceso restringido a los equipos de sistemas de operación del Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica.
5. Someter los datos de generación de firma electrónica al procedimiento propio de seguridad que evite el acceso físico o de otra índole, a personal no autorizado.
6. Garantizar que los sistemas que cumplan las funciones de certificación sólo sean utilizados para ese fin, y no puedan realizar ninguna otra función.
7. Garantizar que todos los sistemas que participen directa o indirectamente en la función de certificación estén protegidos por sistemas y procedimientos de autenticación y seguridad de alto nivel de protección, que serán actualizados de acuerdo con los avances tecnológicos para garantizar la correcta prestación del servicio.

Artículo 36 Estándares

La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica de conformidad con la facultad que le confieren los artículos 22 numeral 5 y 27 del Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establecerá los estándares o las prácticas aceptadas para la prestación de los Servicios de Certificación Electrónica.

Artículo 37 Infraestructura Prestada por un Tercero

Cuando el Proveedor de Servicios de Certificación requiera o utilice infraestructura o servicios tecnológicos prestados por un tercero, los contratos deberán prever que a la terminación de los mismos, se establezca un tiempo suficiente para que el Proveedor de Servicios de Certificación tome las medidas necesarias para garantizar la continuidad de la prestación de sus servicios sin perjuicio alguno para los signatarios.

La contratación de esta infraestructura o servicios no exime al Proveedor de Servicios de Certificación, de la presentación de los informes de auditoría previstos en este Reglamento, los cuales deben incluir los sistemas informáticos y de seguridad del tercero contratado.

Disposición Final Unica

El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Dado en Caracas, a los doce días del mes de Diciembre de dos mil cuatro. Años 194° de la Independencia y 145° de la Federación.

Ejecútese,
(L.S.)

Hugo Chávez Frías

Refrendado
El Vicepresidente Ejecutivo
(L.S.)
José Vicente Rangel

El Ministro del Interior y Justicia
Jesse Chacón Escamillo

El Ministro de Finanzas
Nelson José Merentes Díaz

El Ministro de la Defensa
Jorge Luis García Carneiro

El Ministro de la Producción y el Comercio
Wilmar Castro Soteldo

El Ministro de Agricultura y Tierras
Arnoldo Márquez

Ministerio de Educación Superior
Samuel Moncada Acosta

El Ministro de Educación y Deportes
Aristóbulo Istúriz Almeida

El Ministro de Salud y Desarrollo Social
Francisco Armada

La Ministra del Trabajo
María Cristina Iglesias

El Ministro de Infraestructura
Ramón Alonzo Carrizalez Rengifo

El Encargado del Ministerio de Energía y Minas
Orlando Ortegano Quevedo

El Ministro de Planificación y Desarrollo
Jorge Giordani

La Ministra de Ciencia y Tecnología,
Marlene Yadira Córdova

El Ministro de Información y Comunicación
Andrés Izarra

El Ministro para la Alimentación
Rafael José Oropeza

El Ministro para la Economía Popular
Elías Jaua Milano

El Ministro de Estado para la Coordinación y Control de las Zonas Especiales de Desarrollo Sustentable
José Francisco Natera Martínez

El Ministro de Estado para la Cultura
Francisco de Asis Sesto Novas

El Ministro de Estado para la Vivienda y Hábitat
Julio Augusto Montes Prado

Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.095 de fecha 28 de diciembre de 2004

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Decreto N° 3.390 de **fecha: 23 de diciembre de 2004**

HUGO CHÁVEZ FRÍAS
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 110 y 226 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 12 y 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y, 2º, 19 y 22 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, en Consejo de Ministros,

Considerando

Que es prioridad del Estado incentivar y fomentar la producción de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la población,

Considerando

Que el uso del Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos fortalecerá la industria del software nacional, aumentando y fortaleciendo sus capacidades,

Considerando

Que la reducción de la brecha social y tecnológica en el menor tiempo y costo posibles, con calidad de servicio, se facilita con el uso de Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos,

Considerando

Que la adopción del Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos en la Administración Pública y en los servicios públicos facilitará la interoperabilidad de los sistemas de información del Estado, contribuyendo a dar respuestas rápidas y oportunas a los ciudadanos, mejorando la gobernabilidad,

Considerando

Que el Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, permite mayor participación de los usuarios en el mantenimiento de los niveles de seguridad einteroperatividad,

Decreta

Artículo 1. La Administración Pública Nacional empleará prioritariamente Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, en sus sistemas, proyectos y servicios informáticos. A tales fines, todos los

órganos y entes de la Administración Pública Nacional iniciarán los procesos de migración gradual y progresiva de éstos hacia el Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos.

Artículo 2. A los efectos del presente Decreto se entenderá por:

Software Libre: Programa de computación cuya licencia garantiza al usuario acceso al código fuente del programa y lo autoriza a ejecutarlo con cualquier propósito, modificarlo y redistribuir tanto el programa original como sus modificaciones en las mismas condiciones de licenciamiento acordadas al programa original, sin tener que pagar regalías a los desarrolladores previos.

Estándares Abiertos: Especificaciones técnicas, publicadas y controladas por alguna organización que se encarga de su desarrollo, las cuales han sido aceptadas por la industria, estando a disposición de cualquier usuario para ser implementadas en un software libre u otro, promoviendo la competitividad, interoperatividad o flexibilidad.

Software Propietario: Programa de computación cuya licencia establece restricciones de uso, redistribución o modificación por parte de los usuarios, o requiere de autorización expresa del Licenciador.

Distribución Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos para el Estado Venezolano: Un paquete de programas y aplicaciones de Informática elaborado utilizando Software Libre con Estándares Abiertos para ser utilizados y distribuidos entre distintos usuarios.

Artículo 3. En los casos que no se puedan desarrollar o adquirir aplicaciones en Software Libre bajo Estándares Abiertos, los órganos y entes de la Administración Pública Nacional deberán solicitar ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología autorización para adoptar otro tipo de soluciones bajo los normas y criterios establecidos por ese Ministerio.

Artículo 4. El Ministerio de Ciencia y Tecnología, adelantará los programas de capacitación de los funcionarios públicos, en el uso del Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, haciendo especial énfasis en los responsables de las áreas de tecnologías de información y comunicación, para lo cual establecerá con los demás órganos y entes de la Administración Pública Nacional los mecanismos que se requieran.

Artículo 5. El Ejecutivo Nacional fomentará la investigación y desarrollo de software bajo modelo Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, procurando incentivos especiales para desarrolladores.

Artículo 6. El Ejecutivo Nacional fortalecerá el desarrollo de la industria nacional del software, mediante el establecimiento de una red de formación, de servicios especializados en Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos y desarrolladores.

Artículo 7. El Ministerio de Ciencia y Tecnología será responsable de proveer la Distribución Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos para el Estado Venezolano, para lo cual implementará los mecanismos que se requieran.

Artículo 8. El Ejecutivo Nacional promoverá el uso generalizado del Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos en la sociedad, para lo cual desarrollará mecanismos orientados a capacitar e instruir a los usuarios en la utilización del Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos.

Artículo 9. El Ejecutivo Nacional promoverá la cooperación internacional en materia de Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, con especial énfasis en la cooperación regional a través del MERCOSUR, CAN, CARICOM y la cooperación SUR-SUR.

Artículo 10. El Ministerio de Educación y Deportes, en coordinación con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, establecerá las políticas para incluir el Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, en los programas de educación básica y diversificada.

Artículo 11. En un plazo no mayor de noventa (90) días continuos, contados a partir de la publicación del presente Decreto en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, el Ministerio de Ciencia y Tecnología deberá presentar ante la Presidencia de la República, los planes y programas que servirán de plataforma para la ejecución progresiva del presente Decreto.

Artículo 12. Cada Ministro en coordinación con la Ministra de Ciencia y Tecnología, en un plazo no mayor de noventa (90) días continuos, contados a partir de la aprobación por parte de la Presidencia de la República de los planes y programas referidos en el artículo anterior, publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela su respectivo plan de implantación progresiva del Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, acogiéndose a los lineamientos contenidos en aquellos, incluyendo estudios de financiamiento e incentivos fiscales a quienes desarrollen Software Libre con Estándares Abiertos destinados a la aplicación de los objetivos previstos en el presente Decreto. Igualmente, las máximas autoridades de sus entes adscritos publicaran a través del Ministerio de adscripción sus respectivos planes.

Los planes de implantación progresiva del Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos de los distintos órganos y entes de la Administración Pública Nacional, deberán ejecutarse en un plazo no mayor de veinticuatro (24) meses, dependiendo de las características propias de sus sistemas de información. Los Ministros mediante Resolución y las máximas autoridades de los entes que le estén adscritos a través de sus respectivos actos, determinarán las fases de ejecución del referido Plan,

así como las razones de índole técnico que imposibiliten la implantación progresiva del Software Libre en los casos excepcionales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 del presente Decreto.

Artículo 13. El Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá dentro de los planes y programas contemplados en el presente Decreto, mecanismos que preserven la identidad y necesidades culturales del país, incluyendo a sus grupos indígenas, para lo cual procurará que los sistemas operativos y aplicaciones que se desarrollen se adecuen a su cultura.

Artículo 14. Todos los Ministros quedan encargados de la ejecución del presente Decreto, bajo la coordinación de la Ministra de Ciencia y Tecnología.

Dado en Caracas, a los veintitrés días del mes de diciembre de dos mil cuatro. Año 194° de la Independencia y 145° de la Federación.

Ejecútese,
(L.S)

Hugo Chávez Frías

Refrendado:
El Vicepresidente Ejecutivo
(L.S)
José Vicente Rangel

El Ministro del Interior y Justicia
Jesse Chacón Escamillo

El Encargado Ministerio de Relaciones Exteriores
Arévalo Méndez Romero

El Ministro de Finanzas
Nelson José Merentes Díaz

El Ministro de la Defensa
Jorge Luis García Carneiro

La Encarcagada del Ministerio de la Producción y el Comercio
Edmée Betancourt de García

Ministerio de Educación Superior
Samuel Moncada Acosta

El Ministro de Educación y Deportes
Aristóbulo Istúriz Almeida

El Ministro de Salud y Desarrollo Social
Francisco Armada

La Ministra del Trabajo,
María Cristina Iglesias

El Ministro de Infraestructura,
Ramón Alonzo Carrizález Rengifo

El Encargado del Ministerio de Energía y Minas
Orlando Ortegano Quevedo

La Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales
Ana Elisa Osorio Granado

El Encargado del Ministerio de Planificación y Desarrollo
José Félix Rivas Alvarado

La Ministra de Ciencia y Tecnología
Marlene Yadira Córdova

El Ministro de Estado para la Coordinación y Control de las Zonas Especiales de Desarrollo Sustentable
José Francisco Natera Martínez

El Ministro de Estado para la Cultura
Francisco de Asís Sexto Novas

JURISPRUDENCIA

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

José Ovidio Salgueiro*

Recientemente la Corte Superior del Niño y el Adolescente del Área Metropolitana y Nacional de Adopción Internacional dictó una sentencia en la cual se señala que un e-mail aportado al juicio en formato impreso tiene el mismo valor de una fotocopia y por tanto, al no ser desconocido por la contraparte en la oportunidad procesal correspondiente se tiene como fidedignas (Ramírez & Garay, Tomo 217, Sentencia Nº 2201-04)

Esta sentencia no debería sorprender dado que se hizo aplicación directa del aparte único del artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (LSMDFE) que señala que señala 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*". Lo que si sorprende es que pasados cuatro años de la entrada en vigencia de la LSMDFE, es la primera vez, al menos en sentencia publicada en las principales colecciones jurisprudenciales nacionales, en la cual se aplica correctamente su normativa.

A diferencia de otras leyes latinoamericanas, la venezolana no señala en forma expresa cuál es el documento electrónico original, sin embargo, de la norma transcrita se desprende claramente que el mensaje de datos original es aquel que se encuentra en versión electrónica y por tanto es éste el que debe adjuntarse en cualquier soporte material (disquete, disco compacto, memoria extraíble, etc.)

El documento escrito original es uno solo del cual luego podrán obtenerse copias simples o certificadas, en cambio, es propio del documento en formato electrónico la posibilidad de obtener un número indeterminado de copias con las mismas características del original. La impresión de un documento electrónico no es otra cosa que una reproducción de su original en formato electrónico.

* Abogado graduado en la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Curso de Postgrado de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca; Curso de Postgrado en Derecho Mercantil en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello y de la Academia de Altos Estudios Diplomáticos "Pedro Gual", jsalgueiro@cantv.net

Sentencias anteriores a la comentada hacían referencia a la LSMDFE pero en ellas la aplicación de la misma se hacía en forma incorrecta demostrando el desconocimiento de la norma.

La primera sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se hace mención a la LSMDFE es del 9 de abril de 2001, apenas 40 días luego de su entrada en vigencia, (Ramírez & Garay, Tomo 175, Sentencia Nº 631-01) con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta. Esta sentencia decide que un recurso de amparo puede presentarse por medios electrónicos. Aun cuando estamos en total acuerdo con lo resuelto en la sentencia, la misma, en su argumentación señala que "*no solo es un hecho notorio la existencia de Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto-Ley Nº 1204 SMDFE en donde inclusive se le da valor probatorio a dichas transmisiones*." La misma posición aparece en sentencia del 27 de noviembre de 2001 del mismo Magistrado (Ramírez & Garay, Tomo 182, Sentencia Nº 2318-01) que resuelve el mismo tema.

La LSMDFE ni cuerpo normativo alguno, en Venezuela o en el exterior, regulan Internet. El artículo 1 señala que el objeto de la Ley es "*otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los proveedores de servicios de certificación y los certificados electrónicos*". Tanto es así, que el término "*Internet*" aparece una sola vez en el texto de la Ley, en el artículo 35 referente a las obligaciones de los proveedores de servicios de certificación.

Otras dos sentencias de interés emanadas del TSJ que presentan la particularidad de ser contradictorias entre sí.

La primera es de la Sala Constitucional de fecha 3 de agosto de 2001 con ponencia del magistrado Pedro Rondón Haaz (Ramírez & Garay, Tomo 179, Sentencia Nº 1544-01) y en ella se declara con lugar la solicitud de fijar nueva oportunidad para una audiencia constitucional porque el auto de la Sala fijándola no fue publicado en la página Web del TSJ.

Señala la sentencia que la página Web del Tribunal es un mensaje de datos cuyo emisor es en TSJ y que dicha página *"es un auxiliar de divulgación de su actividad judicial, cuya finalidad es permitir el acceso de todos los ciudadanos a la administración de justicia, especialmente a aquellas personas que como el demandante viven en el interior de la República"*. De allí, aún cuando las cuentas publicadas en la página Web del TSJ no cumplen con los requisitos de ley para hacer fe pública de sus menciones por carecer de firma electrónica, se presentan ante el público como merecedoras de confianza y por tanto, la inasistencia del demandante a la audiencia constitucional se produjo por causa que no le es imputable.

Lo contrario es decidido en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 19 de agosto de 2002 con ponencia del Magistrado Rincón que señala que el valor del contenido de la página Web del TSJ es solamente de carácter informativo y no puede sustituir a la información que consta en los expedientes.

Si bien estamos de acuerdo con esta última afirmación, no es menos cierto que esta decisión contraría a la anterior por cuanto se elimina la presunción de buena fe que debe tener el usuario respecto de la información presentada en la página Web del TSJ.

No hay duda que ofrecer toda esta información a través de una página Web, excede de la obligación del TSJ, sin embargo, si un organismo del Estado, y mas aún, de la jerarquía del TSJ, presta un servicio, debe prestarse en óptimas condiciones a fin de garantizar su credibilidad por los administrados.

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

Miguel Arrieta Zingüer*

1. Introducción

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL)[1] establece un régimen sancionatorio particular en tu Título XII, conforme el cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), es competente para imponer sanciones (que van desde la amonestación pública, pasando por, las sanciones pecuniarias, hasta la revocatoria de los títulos habilitantes e, incluso la privación de la libertad), que se gradúan según la gravedad de la infracción cometida.

En fecha 09 de noviembre de 2005, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en ponencia del Dr. Hadel Mostafá Paolini), dictó una sentencia[2] conforme la cual estableció la desaplicación del artículo 205 de la LOTEL, respecto a la suspensión *ope legis* de los efectos del acto sancionatorio recurrido, por la sola solicitud del recurrente. Si bien es cierto que la desaplicación de la norma en comento, sólo tiene efectos respecto del caso concreto, no cabe duda que constituye un elemento de gran importancia respecto de los procedimientos administrativos en materia de telecomunicaciones.

La controversia se inició por medio de un Recurso de Nulidad por inconstitucionalidad intentado por la empresa Telcel, C.A., contra la contra la Providencia Administrativa N° PADS.453, de fecha 2 de junio de 2004, notificada el 2 de julio de ese mismo año, dictada por el Director General de la CONATEL, conforme la cual se le imponía a la empresa recurrente una multa de veinticinco mil unidades tributarias (25.000 U.T.), de conformidad con lo dispuesto en los

* Abogado. Especialista en Derecho Mercantil. Magíster en Gerencia de Empresas. Doctorando en Ciencias Gerenciales Profesor agregado de la Universidad Católica del Táchira. Profesor de postgrado en las Universidades de Los Andes y Yacambú. Conferencista y articulista en diversas publicaciones nacionales y extranjeras.

1 Publicada en Gaceta Oficial Nº 36.970, de fecha 12 de junio de 2000.

2 Expediente Nº 2004-2881, sentencia Nº 06161.

numerales 1 y 9 del artículo 166 de la LOTEL[3]. En el curso del proceso, la recurrente solicitó la suspensión de los efectos del acto en cuestión, lo cual constituyó el *thaema decidendum* en el presente caso. Al respecto debemos hacer las siguientes consideraciones.

2. La suspensión de los efectos del acto recurrido en el procedimiento administrativo general

En el procedimiento administrativo general, el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[4], establece el principio de la no suspensión de los efectos del acto administrativo, de la siguiente manera: *"La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso de que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada"*.

El principio de la no suspensión del acto recurrido, ha sido acogido por la doctrina administrativa, al considerarlo conforme con los principios de ejecutividad y ejecutoriedad que la actividad administrativa del Estado posee. Esto se fundamenta en que la actividad administrativa debe estar dirigida a satisfacer el interés general de la colectividad, lo cual le confiere una presunción de legalidad y legitimidad; en consecuencia la prenombrada suspensión de los efectos del acto recurrido sólo puede producirse por disposición legal expresa. No obstante la propia norma transcrita establece la posibilidad que el propio organismo administrativo acuerde la suspensión (a petición de parte interesada, e incluso de oficio), cumpliendo para ello con los requisitos que la propia norma determina, a saber: a) si la ejecución del acto recurrido puede producir grave daño al administrado (*periculum in mora*)[5]; b) si se fundamenta en la nulidad

3 Los numerales 1º y 9º del artículo referido, se aplican respectivamente, por: *"1. La instalación, operación y explotación de servicios de telecomunicaciones o la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico que requieran la habilitación administrativa o concesión, sin contar con éstas;(...) 9. La facturación en exceso de las cantidades realmente adeudadas, realizada en forma dolosa"*.

4 Publicada en Gaceta Oficial Nº 2.818 Extraordinaria de 1º de julio de 1981.

5 La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, ha sentado respecto a la suspensión de los efectos del acto recurrido que: *"...es doctrina jurisprudencial consolidada de este Supremo Tribunal, el que a los órganos jurisdiccionales al procesar una solicitud de suspensión de efectos de un acto administrativo de efectos generales, les está vedado suspender el acto con efectos erga omnes, por lo que es una carga del recurrente señalar específicamente, como se proyecta o podría proyectarse en su esfera personal la situación que denuncia como perniciosa y cuya tutela anticipada solicita, bien para allanar o para evitar el daño, lo cual, a juicio de esta Sala, no fue*

absoluta del acto recurrido; c) Se debe constituir caución suficiente para garantizar la suspensión respectiva, por lo que es necesario para la procedencia de la suspensión, que el órgano que la acuerde la constitución de dicha garantía.

Respecto de la norma analizada Araujo Juárez considera que tiene un carácter contradictorio: *"...pues mientras en su encabezamiento consagra como principio general el carácter no suspensivo de los recursos administrativos, salvo disposición expresa en contrario, la regulación posterior lleva a la suspensión por parte del órgano ante el cual se ejerce el recurso, si se dan las condiciones allí establecidas.... De allí que la suspensión pasa a ser la regla no la excepción, como lo consagra el encabezamiento de la norma"*.

No obstante las consideraciones anteriores, debe precisarse que la suspensión indicada puede ser declarada en los términos expuestos, en los procedimientos administrativos que se regulan en vía administrativa, y no en los procedimientos contencioso-administrativos en los que tal posibilidad debe considerarse solo por la vía de las medidas cautelares.

Para un sector de la doctrina moderna, se entiende que por regla general, la ejecución de los actos administrativos se suspende con la sola interposición del recurso administrativo[6]. Esto se fundamenta, según Araujo Juárez[7], en *"razones de control administrativo, práctica administrativa y analogía jurídica"*. No obstante, la doctrina jurídica ha destacado la necesidad de establecer, frente a la suspensión automática de los efectos del acto recurrido, las medidas cautelares en vía administrativa destinadas a proteger los derechos del Fisco (en caso de procedimiento sancionatorio relativo al cobro de multas). Por su parte, la doctrina administrativa tradicional ha propugnado los efectos devolutivos que los recursos administrativos aparejan, por lo que no se deben producir efectos de carácter suspensivo, ya que correspondería al ente administrativo decidir en cada caso si suspende o no los efectos del acto recurrido, trayendo consigo por un lado, la tendencia de la Administración a no suspender sus propios actos, y en segundo lugar una indeseable discrecionalidad, que eventualmente podría vulnerar derechos legítimos de los particulares.

cumplido en este caso ya que se evidencia de los autos que conforman el presente expediente que la parte recurrente no lo explicitó de la forma jurídicamente requerida para crear un convencimiento en el juzgador que se impone decretar la cautela". Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 13 de febrero de 2002, consultado de http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/ spa/Febrero/00239-130202-01-0019.htm

6 Así ocurre, por ejemplo, en materia tributaria para el caso de la interposición del Recurso Jerárquico, de conformidad con los artículos 242 y ss., del Código Orgánico Tributario (que produce ope legis, la suspensión de los efectos del acto recurrido); no así en el caso del Recurso Contencioso Tributario (artículo 264), que no produce la suspensión del acto recurrido, no obstante el juez puede acordar la suspensión, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho".

7 *Op. Cit*., pp., 427.

La suspensión *ope legis*, comporta según Fraga Pittaluga[8]: *"...una derogatoria virtual de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo en materia tributaria, aun cuando éste goza de la presunción de legitimidad"*. Cuando el acto administrativo contiene todos los requisitos necesarios para producir las consecuencias jurídicas que de su ejecución se derivan, puede considerarse que el acto es legítimo. El citado autor es de la opinión que: "*Esta presunción no es azarosa; antes bien, responde a las exigencias de celeridad y seguridad jurídica que deben prevalecer en el desarrollo de la actividad administrativa, por cuanto es evidente que poner en suspenso los actos de la Administración so pretexto de someterlos previamente a un examen sobre su apego al ordenamiento jurídico entorpecería el desarrollo de ésta"*[9].

Este principio que determina la presunción de legitimidad de la actuación administrativa se aplica de manera amplia en materia administrativa e incluso, ampara a los actos preparatorios de los actos administrativos como serían por ejemplo las actas que inician los procedimientos administrativos. En cambio las características de ejecutividad y ejecutoriedad que están presentes en los actos administrativos ordinarios, habían sido atenuados hasta cierto punto, en el ámbito tributario por la suspensión ope legis de los efectos del acto recurrido[10].

Respecto de la ejecutoriedad, la Administración goza de la facultad de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción. A este respecto, opina Fraga, L. (1997)[11], que: "...*Se discute en la doctrina, si en todos los casos la Administración puede hacer uso de medios de coerción ante la resistencia del destinatario del acto a cumplir su objeto. Así, en el derecho francés se dice que la Administración goza del privilegio de la acción de oficio, pero sucede que esta regla está limitada por otro principio no menos importante, cual es que la autoridad administrativa no puede hacer uso de la fuerza pública contra los administrados, sino que debe acudir al Poder Judicial"*.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) determina que los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deben ser ejecutados por la administración en el término establecido y a falta de éste, deben ejecutarse de inmediato (principio de ejecutividad). Sobre este aspecto Araujo opina que: "...*la suspensión se proyecta sobre la eficacia y no sobre la ejecución, por cuanto el éxito del incidente suspensivo paraliza transitoriamente no sólo la ejecución, sino todos los efectos "in genere" del acto administrativo que, normalmente arrastrará la suspensión de la ejecutoriedad. Es una medida extraordinaria que deroga el principio de la ejecutividad"*[12].

8 Fraga, L. (1997): Los recursos tributarios. El efecto suspensivo y las medidas cautelares. Caracas: Funeda. p. 17.

9 Fraga Pittaluga (1997), *op. Cit*.,. Pp 20.

10 Ver Fraga Pittaluga, *op. Cit*.

11 *Op. Cit*., pp., 23.

12 Araujo Juárez, J. *op.cit*., p. 427.

3. La suspensión de los efectos del acto recurrido en el procedimiento sancionatorio de telecomunicaciones

Una vez analizada la suspensión de los efectos en el procedimiento administrativo general, conviene precisar que en materia de telecomunicaciones, el artículo 205 de la LOTEL, establece que: *"La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderán su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso. Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales"*.

De lo anteriormente transcrito, se concluye que para que opere la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia administrativa sancionatoria de telecomunicaciones, se deben dar las siguientes condiciones: a) que se trate de multas impuestas por Conatel; b) que se recurra en materia contencioso administrativa; y c) que sea solicitado por el recurrente (la suspensión no opera automáticamente).

No obstante lo anterior, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia en comento, en la práctica equiparó la suspensión de los efectos del acto recurrido con las medidas cautelares en el procedimiento administrativo, al estimar que:

a) La diuturna jurisprudencia de dicha Sala en materia de medidas cautelares ha exigido la necesaria presencia de dos condiciones fundamentales para su procedencia, a saber, fumus boni iuris y periculum in mora.
b) La exigencia de dichos requisitos previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, se ha extendido a todas las medidas cautelares en el contencioso administrativo, y están referidos en primer lugar, a la apariencia de buen derecho que reclama en el fondo del proceso el solicitante de la medida cautelar y, en segundo lugar, a la existencia del riesgo manifiesto de que la ejecución del fallo quede ilusoria.
c) Tales condiciones necesariamente deben desprenderse de los elementos constantes en autos, a efectos de que el juez de la causa pueda apreciarlos, valorarlos y convencerse de la satisfacción de tales extremos, y en consecuencia, acceder al otorgamiento de la protección cautelar.

Por lo demás, la jurisprudencia ha ratificado que para la procedencia de una medida cautelar en el contencioso-administrativo, deben ponderarse los intereses en juego, tomando en cuenta el efecto que la concesión de la medida cautelar pueda tener sobre el interés público o de terceros (vinculación con el *periculum in mora)*. De igual modo ha destacado la exigencia establecida en el parágrafo primero del artículo 588 del CPC, para el otorgamiento de las medidas cautelares innominadas, relativo a la existencia de un fundado temor que una de las partes

pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in mora* específico).

Cabe destacar que en materia de telecomunicaciones, las medidas cautelares están establecidas en los artículos 182 al 184 (en el mencionado Título XII, relativo al régimen sancionatorio), y son definidas por Araujo así: *"...disposiciones, producto del ejercicio de una potestad de la Administración Pública, que tienen naturaleza instrumental, provisional y excepcional, son dictadas en el curso de un procedimiento y tienen por finalidad tutelar en sede cautelar el interés público, normalmente por vía del aseguramiento provisorio de los efectos de la resolución final para que no se haga ilusoria. En tal sentido, las medidas cautelares administrativas se plantean como un control de la actividad de los particulares a los efectos de la protección del interés general"* [13].

En conclusión, de conformidad con la jurisprudencia analizada, se hace imperativo para el juzgador verificar la coexistencia del *fumus boni iuris* y del periculum in mora, a los fines de que sea acordada una medida preventiva, sea ésta nominada o innominada, recordando que en el caso de las innominadas debe existir un fundado temor que una de las partes, en este caso la CONATEL, pueda causar un daño de difícil reparación al derecho del recurrente en materia contenciosa administrativa de telecomunicaciones (periculum in mora específico); todo ello aunado al hecho que debe hacerse una ponderación de intereses entre el bien jurídico tutelado con la providencia cautelar y los intereses públicos o colectivos, de tal forma que estos últimos no resulten afectados de manera relevante.

En cuanto a la motivación acogida por la sentencia analizada para desaplicar, por vía de control difuso de la constitucionalidad, la disposición contenida en el artículo 205 de la LOTEL, en vista de que según la Sala, la aplicación de la disposición en referencia, vulnera derechos constitucionales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, por lo que en ejercicio de dicho control, se procedió a desaplicar en el caso concreto una norma legal o sublegal que colida con alguna disposición o principio Constitucional[14]. En el caso concreto, el Tribunal consideró que la aplicación de la suspensión de los efectos del acto recurrido:

13 Araujo, J. (2005) *Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones* (coord.). Ediciones Paredes. Caracas. P. 1006.

14 Cabe destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece: *"Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella"*. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, establece en su artículo 20:

"...podría contravenir principios constitucionales fundamentales, tales como, el derecho a la defensa de los interesados que, en principio, pudieran haberse favorecido con la decisión administrativa, y además la tutela judicial efectiva, que obliga a los jueces a administrar justicia de la forma más justa y respetando los principios de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cuya excepción sólo debe aplicarse cuando estén presentes los requisitos para que se otorgue una medida cautelar y, en consecuencia, se puedan suspender sus efectos".

Aparte de lo anterior, cabría preguntarse qué ocurriría en caso que la decisión definitiva del recurso contencioso administrativo fuere declarado con lugar, y en consecuencia la Administración tuviese que devolver las cantidades previamente cobradas. La Sala, precisó que en dicho caso: *"...en el supuesto de declararse con lugar el recurso incoado, la Administración estaría obligada a reintegrar la cantidad impuesta como sanción; así como, en caso de haberse solicitado expresamente, deberá proceder al pago de cualquier otra contraprestación de carácter económico suficiente para reparar el eventual daño que pudo haberse causado"*. Por lo que habría que concluirse que en este caso la Administración podría ser pasible de una acción para el cobro de los daños y perjuicios, de llegar estos a existir.

Además conviene precisar que la desaplicación realizada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la disposición analizada, posee una débil fundamentación, toda vez que no queda claro como la suspensión de los efectos del acto recurrido, que en el caso concreto estaría representado por la imposibilidad de cobrar adelantadamente una sanción pecuniaria, por el sólo hecho de la solicitud del recurrente, puesto que no queda claro como la suspensión indicada podría vulnerar el derecho a la defensa (de quién?, de la Administración en Telecomunicaciones, o de la colectividad en general, dado que las actividades y servicios de telecomunicaciones constituyen actividades de interés general[15]). Si bien es cierto que la no suspensión de los efectos del acto recurrido en materia administrativa, busca más bien salvaguardar los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, en este caso del acto administrativo sancionatorio en telecomunicaciones, que debería ser el eje central de la motivación de la desaplicación de la norma analizada.

Resulta conveniente puntualizar que la desaplicación en cuestión no tiene efectos generales, ni es óbice incluso para que la recurrente la volviese a solicitar, puesto que específicamente estableció: *"Finalmente, en consideración a que la ausencia de acreditación por parte de la recurrente de elementos probatorios para sustentar su solicitud cautelar, puede haber sido producto de considerar que la misma operaba automáticamente con sólo pedirla, debe esta Sala en*

"Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia".

15 Artículo 5 de la LOTEL.

consecuencia advertir, que el hecho de que se declare la improcedencia de determinada medida cautelar, no es óbice para que nuevamente pueda ser peticionada, claro está en el marco de acreditar los concurrentes requisitos destacados en el presente fallo, a saber: apariencia de buen derecho y peligro en la demora".

De manera que la solicitud de suspensión de los efectos del acto recurrido, en los términos expuestos, si va apoyada en la sustanciación del *perículum in mora* y del *fumus boni iuris,* sí debería ser declarada procedente; de manera que la desaplicación de la norma es parcial, puesto que la somete al cumplimiento de determinadas formalidades, en los términos anteriormente expuestos.

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

EN SU NOMBRE

EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Exp. N° 2004-2881
Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Adjunto a Oficio Nº 0504 de fecha 17 de mayo de 2005, recibido el 1° de junio de ese mismo año, el Juzgado de Sustanciación remitió a esta Sala cuaderno separado relativo a la solicitud de pronunciamiento previo formulada de conformidad con el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el recurso Contencioso Administrativo de nulidad *"parcial"* interpuesto por el abogado Armando Giraud Torres, inscrito en el INPREABOGADO bajo el N° 34.706, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil **TELCEL, C.A**., inscrita en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el 7 de mayo de 1991, bajo el N° 16, Tomo 67-A-Sgdo., contra la Providencia Administrativa N° PADS.453, de fecha 2 de junio de 2004, notificada el 2 de julio de ese mismo año, dictada por el Director General de la **COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL)**, que resolvió sancionar a la empresa accionante con una multa de veinticinco mil unidades tributarias (25.000 U.T.), de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 9 del artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Tal remisión se efectuó en virtud del auto de fecha 28 de abril de 2005, mediante el cual el Juzgado de Sustanciación, luego de admitir el recurso de nulidad interpuesto y ordenar las notificaciones y emplazamientos pertinentes, acordó abrir y remitir a esta Sala cuaderno separado a los fines de emitir el pronunciamiento previo correspondiente a la suspensión de efectos solicitada por la parte actora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El 7 de junio de 2005, se dio cuenta en Sala y se designó Ponente al Magistrado Hadel Mostafá Paolini, a los fines de decidir la suspensión de efectos del acto impugnado.

Realizado el estudio de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Político-Administrativa pasa a decidir, conforme a las siguientes consideraciones:

I
ANTECEDENTES

Mediante Providencia Administrativa N° PADS-414, del 22 de marzo de 2004, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ordenó la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio a los fines de determinar la presunta infracción de las disposiciones contenidas en los numerales 1 y 9 del artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por parte de la sociedad mercantil TELCEL, C.A., referidos a: *"1. La instalación, operación y explotación de servicios de telecomunicaciones o la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico que requieran la habilitación administrativa o concesión, sin contar con ésta;* y *9. La facturación en exceso de las cantidades realmente adeudadas, realizada en forma dolosa"*. Asimismo, ordenó la aplicación de la medida cautelar provisionalísima de suspensión total e inmediata del cobro del servicio de larga distancia nacional por parte de la recurrente de conformidad con el numeral 1 del artículo 183 de la citada Ley.

El 25 de marzo de 2004, funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones practicaron una Inspección Técnica en la sede principal de la empresa TELCEL, C.A., a los fines de hacer *"pruebas de tráfico en la red de Telcel, consistentes en la realización de llamadas mediante un equipo Terminal móvil y la posterior verificación de los registros dejados de las mismas en los sistemas de control de red y tarificación de tráfico telefónico"*.

El 31 de marzo de 2004, la abogada Miriam Herz, inscrita en el INPREABOGADO bajo el N° 22.825, actuando con el carácter de apoderada judicial de la parte recurrente, se opuso a la medida cautelar provisionalísima dictada por CONATEL, contra su representada.

En esa misma fecha, el Consultor Jurídico de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, concluido el lapso para oponerse a la medida cautelar, declaró abierta la articulación probatoria.

El 14 de abril de 2004, la apoderada judicial de la parte recurrente, presentó escrito de promoción de pruebas *"a los fines de la revocatoria de la medida cautelar provisionalísima ordenada por CONATEL..."*.

En esa misma fecha, el consultor jurídico de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, admitió las pruebas promovidas por la representación judicial de la recurrente, con

excepción de la *"copia fotostática de las comunicaciones enviadas a CONATEL notificando sus nuevas tarifas, por no encontrarse dentro del conjunto de pruebas consignadas por la empresa TELCEL, C.A..."*.

Mediante Providencia Administrativa N° PADS-434 de fecha 20 de abril de 2004, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, confirmó la medida cautelar provisionalísima ordenada en la Providencia Administrativa N° PADS-414 del 22 de marzo de 2004, ordenando la notificación del acto a los representantes legales de la empresa accionante.

El 28 de abril de 2004, la apoderada judicial de la parte recurrente, presentó escrito de oposición a la confirmación de la medida cautelar contenida en la Providencia Administrativa N° PADS-434 del 20 de abril de 2004.

Sustanciado el procedimiento administrativo, el 2 de junio de 2004, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dictó la Providencia Administrativa N° PADS-453, mediante la cual decidió sancionar a la recurrente con una multa de veinticinco mil unidades tributarias (25.000 UT), de conformidad con el numeral 1 del artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

II
FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito libelar, en primer lugar el apoderado judicial de la recurrente alegó que la Administración incurrió en un "evidente y expreso" prejuzgamiento antes de la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio, toda vez que mediante Oficio Nº GSR/001071, de fecha 11 de marzo de 2004, el ente regulador afirmó *"de manera categórica y contundente la existencia de una pretendida ilegalidad en la actividad desplegada por nuestra representada en materia de LDN"*.

Expresó, que CONATEL *"...no sólo obvió deliberadamente hacer cualquier análisis o mención en el ACTO IMPUGNADO sobre algunos* (sic) *de extrema importancia y significación (como en el caso de haber liquidado y percibido siempre los tributos de telecomunicaciones de nuestra representada, incluyendo lo percibido por concepto de ingresos brutos de LDN), sino que en forma por demás irresponsable y acomodaticia pretende justificar lo injustificable y negar lo evidente, saltando de un argumento a otro y cayendo en visibles contradicciones insalvables, que vician el acto de nulidad absoluta por múltiples conceptos"*.

Acotó, que no existen prohibiciones normativas legales o reglamentarias, derogadas o vigentes, que hubieran impedido a las operadoras móviles cobrar o seguir cobrando larga distancia nacional LDN a sus usuarios.

En resumen, expresó que el acto impugnado adolece, entre otros vicios, de falso supuesto y viola los principios

de racionalidad, de interpretación restrictiva de las normas sancionatorias, de tipicidad sancionatoria, de jerarquía de los actos administrativos, y además viola la libertad económica y el derecho a la propiedad, así como el derecho a la defensa y al debido proceso.

III
DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS

En el escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad, el representante de la recurrente luego de requerir la nulidad parcial por ilegalidad e inconstitucionalidad del acto impugnado, solicitó la suspensión de los efectos de acuerdo a lo establecido en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de la Providencia Administrativa N° PADS-453, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), en fecha 2 de junio de 2004, en lo que respecta a la multa de veinticinco mil unidades tributarias (25.000 UT).

IV
MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Para resolver sobre la solicitud de suspensión de efectos del acto impugnado, esta Sala considera necesario analizar la naturaleza de la referida solicitud, y en tal sentido observa:

De acuerdo con jurisprudencia reiterada de este Alto Tribunal, la suspensión de efectos de los actos administrativos, como medida preventiva, sólo procede cuando se verifiquen concurrentemente los requisitos legalmente previstos para el otorgamiento de toda medida cautelar, esto es, el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora)* y la presunción grave del derecho que se reclama *(fumus boni iuris)*.

No obstante, del análisis efectuado sobre el contenido del expediente y los alegatos de la parte actora, esta Sala observa que en el presente caso la solicitud de suspensión de los efectos de la Providencia Administrativa Nº PADS-453 de fecha 2 de junio de 2004, dictada por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se ha formulado de conformidad con el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo texto dispone lo siguiente:

> *"**La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderán su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.***
>
> *Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales".* (Destacado de la Sala).

Del análisis de la norma transcrita, se desprende que los requisitos para la procedencia de la suspensión de los efectos de los actos contentivos de penas pecuniarias (multas) impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, difieren de los examinados normalmente para acordar la suspensión de los actos administrativos de efectos particulares (*periculum in mora y fumus boni iuris*), principalmente porque la norma expresamente consagra un supuesto de suspensión automática y, en segundo lugar, porque la misma precisa que a los fines de la suspensión de la ejecución de tales actos deben concurrir los siguientes extremos:

1. Que se trate de acciones contencioso administrativas.
2. Que se interpongan contra actos contentivos de multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
3. Que sea solicitado expresamente por la parte actora.

Ahora bien, con respecto a la interpretación de la referida norma debe esta Sala realizar algunas consideraciones en cuanto a la "suspensión automática" que ella consagra, y en tal sentido se observa:

Como se señaló anteriormente, la jurisprudencia reiterada de esta Sala en materia de medidas cautelares ha exigido la necesaria presencia de dos condiciones fundamentales para su procedencia, a saber, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

La exigencia de dichos requisitos previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, se ha extendido a todas las medidas cautelares en el contencioso administrativo, y están referidos en primer lugar, a la apariencia de buen derecho que reclama en el fondo del proceso el solicitante de la medida cautelar y, en segundo lugar, a la existencia del riesgo manifiesto de que la ejecución del fallo quede ilusoria.

Tales condiciones necesariamente deben desprenderse de los elementos constantes en autos, a efectos de que el juez de la causa pueda apreciarlos, valorarlos y convencerse de la satisfacción de tales extremos, y en consecuencia, acceder al otorgamiento de la protección cautelar.

De igual forma, ha señalado esta Sala que para la procedencia de una medida cautelar en el contencioso-administrativo, debe cumplirse además con otros requisitos, a saber: por un lado, la ponderación de intereses tomando en cuenta el efecto que la concesión de la medida cautelar pueda tener sobre el interés público o de terceros, relacionando muchas veces esta ponderación de intereses con el *periculum in mora*. Por otro lado, el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, contiene una exigencia para el otorgamiento de las medidas cautelares innominadas, y es que debe existir un fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in mora* específico).

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se hace imperativo para el juzgador verificar la coexisten-

cia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, a los fines de que sea acordada una medida preventiva, sea ésta nominada o innominada, recordando que en el caso de las innominadas debe existir un fundado temor de que una de las partes pueda causar un daño de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in mora* específico); todo ello aunado al hecho de que, como ya se dijo anteriormente, en materia contencioso-administrativa debe hacerse una ponderación de intereses entre el bien jurídico tutelado con la providencia cautelar y los intereses públicos o colectivos, de tal forma que estos últimos no resulten afectados de manera relevante.

Finalmente, es de hacer notar que la jurisprudencia constante y reiterada de esta Sala ha señalado que en la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede obviarse la **labor inquisitiva** que debe desarrollar el juez, lo cual le impone, principalmente, preservar la legalidad de la actuación de la Administración Pública y la búsqueda permanente de la verdad, en virtud de lo cual, debe revisar siempre el acto administrativo originalmente impugnado, con la finalidad de establecer, no sólo su conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sino además para calificar o valorar si dichas actuaciones inciden de alguna manera en derechos, valores y principios de tal trascendencia e importancia que ameriten, dentro de los poderes que la Ley le ha conferido, algún pronunciamiento que responda a la necesaria protección y defensa de los mismos.

Efectuadas las anteriores consideraciones, en el caso particular del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, debe precisarse que permitir la suspensión automática de las Providencias Administrativas que se dicten en materia de Telecomunicaciones, cuando dicha actividad es considerada como de interés general (tal y como lo establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), podría contravenir principios constitucionales fundamentales, tales como, el derecho a la defensa de los interesados que, en principio, pudieran haberse favorecido con la decisión administrativa, y además la tutela judicial efectiva, que obliga a los jueces a administrar justicia de la forma más justa y respetando los principios de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cuya excepción sólo debe aplicarse cuando estén presentes los requisitos para que se otorgue una medida cautelar y, en consecuencia, se puedan suspender sus efectos .

Así las cosas y analizando la norma contenida en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, considera esta Sala que la suspensión automática constituye una violación al derecho a la defensa de los interesados que puedan verse afectados por dicha medida, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, toda vez que la naturaleza de las medidas cautelares es que se dicten con la convicción de que existe una presunción de buen derecho a favor del recurrente y que la no suspensión de los efectos del acto puede ciertamente causar un gravamen irreparable al actor.

En ese orden de ideas y atendiendo al marco de Estado de Derecho y de Justicia que abarca nuestro ordenamiento constitucional vigente, considera esta Sala que el legislador debió contemplar -al igual que en el resto del sistema cautelar- que para la procedencia de la medida prevista en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones debían cumplirse con los dos extremos exigidos en esta materia.

Advertida como ha sido la limitación al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva derivada del referido artículo 205, debe destacar esta Sala que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado el sistema del control difuso de la constitucionalidad de normas, el cual permite desaplicar en el caso concreto una norma legal o sub-legal que colida con alguna disposición o principio Constitucional en la forma siguiente:

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así:

> *"Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.*
>
> *En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.*
>
> *Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella".*

En el Código de Procedimiento Civil, en estos términos:

> *"Artículo 20.- Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia".*

De los presupuestos normativos anteriormente transcritos se observa, que tal mecanismo de control se basa en el carácter supremo de nuestra Carta Magna respecto de todas las otras normas de rango distinto que conforman el ordenamiento jurídico venezolano, y opera cuando el juez frente a un caso concreto sometido a su conocimiento advierte que la norma de rango legal o sub-legal, relacionada con la resolución del asunto, contraría directamente una norma constitucional; en cuyo caso debe proceder a la desaplicación de la primera.

Así, tal mecanismo de control constitucional puede y debe ser ejercido por todos los tribunales de la República cuando se encuentren frente a una norma incompatible con otra de la Constitución, y que sea de aplicación directa.

Al respecto, esta Sala en reiteradas decisiones (entre ellas: sentencia Nº 1064 de fecha 13 de agosto de 2002, caso: Almacenadora Mercantil, C.A.), se ha pronunciado respecto a la potestad que ostentan los jueces de la República para desaplicar disposiciones legales que violen el sistema

de la constitucionalidad en casos concretos, en los siguientes términos:

> *"Por otra parte y respecto a la jurisdicción y competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, a los cuales toca decidir sobre la legalidad o no de los actos de naturaleza tributaria que sean sometidos a su consideración, esta Sala no comparte la opinión hecha valer por la representación fiscal respecto a que no podía el Tribunal de la causa pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la Resolución N° 32, a la luz de lo previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; ello por cuanto tal como se indicó,* ***todos los jueces de la República son sujetos del deber-potestad de velar por la integridad y estricto cumplimiento de la Carta Magna, a través del denominado control difuso de la constitucional, según el cual pueden estos desaplicar, una vez advertida la colisión entre la normativa denunciada y las disposiciones constitucionales, la primera de éstas y hacer valer las últimas con preferencia****. Negar la posibilidad a los jueces venezolanos de ejercer el control difuso consagrado en el artículo 334 constitucionalidad (sic) y en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, sería hacer nugatoria la prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra norma que atente contra la misma; en este sentido debe recordarse que conforme al artículo 7 del propio texto constitucional, ésta resulta: '... la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución'. En consecuencia debe concluir esta alzada que el alegato esgrimido por la representación fiscal según el cual sólo podrían los jueces tributarios desaplicar normas cuyo contenido sea tributario, resulta totalmente improcedente. Así se decide."* (resaltado de la Sala)

Ahora bien, en este contexto resulta forzoso para esta Sala desaplicar de oficio y para el caso en concreto lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por lo tanto, para el análisis de dicha medida se deben cumplir los extremos examinados normalmente para acordar la suspensión de los actos administrativos de efectos particulares (*periculum in mora y fumus boni iuris*). Así se declara.

En virtud de lo anterior, pasa esta Sala analizar la medida solicitada en este caso para lo cual observa:

En el caso bajo estudio se observa que la recurrente, TELCEL, C.A., interpuso recurso contencioso administrativo de nulidad *"parcial"* contra la Providencia Administrativa N° PADS-453, de fecha 2 de junio de 2004, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), que impuso a la recurrente de autos una multa equivalente a veinticinco mil unidades tributarias (25.000 U.T.), de conformidad con el numeral 1 del artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

De este modo, se observa que la recurrente solicitó lo siguiente: *"La suspensión, de conformidad con lo previsto en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de la ejecución del pago de la multa de 25.000 UT impuesta a mi representada"*.

Conforme a lo expuesto, constata la Sala que la parte recurrente no señaló de manera concreta la naturaleza y extensión de los perjuicios o daños que se le ocasionarían si no se suspendiesen los efectos del acto, específicamente de que manera le afecta el pago de la multa, pues, se reitera, no basta con indicar que vaya a causarse un perjuicio sino que deben señalarse los hechos o circunstancias específicas que considere la parte afectada, le causan un daño o perjuicio irreparable, aportando al juicio los elementos suficientes que permitan al órgano jurisdiccional concluir objetivamente sobre la irreparabilidad del mismo por la definitiva; explicando, en el caso concreto, por ejemplo, cómo la cantidad a que se contrae la sanción impuesta afecta su capacidad económica, causándole un gravamen irreparable, acompañando para ello, algún medio probatorio del cual pueda colegirse lo afirmado por el solicitante.

Por otra parte, reitera la Sala en el supuesto de declararse con lugar el recurso incoado, la Administración estaría obligada a reintegrar la cantidad impuesta como sanción; así como, en caso de haberse solicitado expresamente, deberá proceder al pago de cualquier otra contraprestación de carácter económico suficiente para reparar el eventual daño que pudo haberse causado.

En consecuencia, examinados los elementos presentes en el caso concreto, juzga la Sala que las razones invocadas por el peticionante son insuficientes, motivo por el cual debe necesariamente desestimarse la solicitud de suspensión de efectos del acto recurrido, siendo inoficioso el análisis y pronunciamiento respecto del otro supuesto de procedencia, pues su cumplimiento debe ser concurrente. Así se declara.

Finalmente, en consideración a que la ausencia de acreditación por parte de la recurrente de elementos probatorios para sustentar su solicitud cautelar, puede haber sido producto de considerar que la misma operaba automáticamente con sólo pedirla, debe esta Sala en consecuencia advertir, que el hecho de que se declare la improcedencia de determinada medida cautelar, no es óbice para que nuevamente pueda ser peticionada, claro está en el marco de acreditar los concurrentes requisitos destacados en el presente fallo, a saber: apariencia de buen derecho y peligro en la demora.

V
DECISIÓN

Atendiendo a los razonamientos precedentemente expuestos, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1. **IMPROCEDENTE** la suspensión de los efectos solicitada por el abogado Armando Giraud Torres, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil **TELCEL, C.A**., contra la Providencia

Administrativa N° PADS-453, dictada por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), únicamente en lo que se refiere a la sanción impuesta a la parte accionante consistente en una multa de veinticinco mil unidades tributarias (25.000 UT), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

2. **DESAPLICA** para el caso en concreto el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

3. Cumpliendo con el mandamiento previsto en el aparte cuarto, del artículo 5, en concordancia con su numeral 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, ordena informar a la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal de la presente decisión. En consecuencia, líbrese el oficio respectivo y remítanse los recaudos pertinentes.

Publíquese y regístrese. Comuníquese a las partes. Agréguese copia certificada de la presente decisión a la pieza principal. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los ocho (08) días del mes de noviembre del año dos mil cinco (2005). Años 195º de la Independencia y 146º de la Federación.

La Presidenta
Evelin Marrero Ortíz

La Vicepresidenta,
Yolanda Jaimes Guerrero

Los Magistrados,
Levis Ignacio Zerpa
Hadel Mostafá Paolini

Ponente
Emiro García Rosas

La Secretaria (E),
Sofía Yamile Guzmán

En nueve (09) de noviembre del año dos mil cinco, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el Nº 06161.

La Secretaria (E),
Sofía Yamile Guzmán

RECENSIÓN

Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada

Mariliana Rico Carrillo*

- BATUECAS CALETRIO, Alfredo. *Pago con tarjeta de crédito: Naturaleza y régimen jurídico*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Nº 15 (monográfico), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs.

En la actualidad uno de los medios de pago más utilizados en el ámbito comercial, dentro y fuera de Internet es la tarjeta en sus distintas categorías, a pesar de la importancia de este mecanismo de pago, es escasa doctrina jurídica en la materia. La monografía que hoy presentamos, titulada *Pago con tarjeta de crédito*, escrita por el Prof. Dr. Alfredo Batuecas Caletrio, aborda el estudio de los aspectos jurídicos que rodean el pago realizado con instrumentos de este tipo.

La investigación se inicia con un análisis sobre el pago electrónico, denominación empleada por el autor para referirse al pago con tarjeta de crédito; en este primer capítulo se tratan aspectos generales relativos a las características y clases de los sistemas de pago electrónicos, también se plantean cuestiones relacionadas con la modificación de la relación subjetiva que se produce cuando se realizan pagos con tarjetas de crédito, tema central de la obra.

Luego de estas importantes apreciaciones, el Prof. Batuecas Caletrio se dedica a examinar el contenido de las teorías sobre la naturaleza jurídica del pago realizado a través de tarjetas de crédito, cuyo estudio que se desarrolla en los capítulos segundo y tercero. El autor coincide en sus apreciaciones con el sector de la doctrina que opina que se trata de una delegación de deuda pasiva, institución que es objeto de un amplio y detallado análisis en el capítulo tercero.

Las relaciones jurídicas entre quienes participan en el mecanismo del pago electrónico son tratadas en el capítulo cuarto. En esta sección se hace referencia la posición jurídica que ocupa cada uno de los sujetos que interviene en la operación (entidad emisora/gestora de la tarjeta, el aceptante y el titular) determinando las obligaciones y responsabilidades que asumen por virtud de la

* Doctora en Derecho mención Cum Laude (Universidad Carlos III de Madrid). Profesora de Derecho Mercantil y Derecho de las Tecnologías de la Información en la Universidad Católica del Táchira. Profesora de Derecho Mercantil, Derecho Bancario y Derecho del Comercio Electrónico en la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora invitada en programas de Master en la Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Chile. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías. mariliana@ricocarrillo.com

relación contractual que les une. El autor realiza un análisis crítico de los acuerdos que tienen lugar con motivo del uso de la tarjeta.

En el capítulo quinto se aborda la perfección de la delegación acaecida en el pago electrónico, en el desarrollo de este tema se mencionan cuestiones de especial importancia, resaltando entre éllas, la validez de las cláusulas sobre la exención de responsabilidad del emisor ante la no aceptación de la tarjeta por los establecimientos adheridos al sistema y las consecuencias jurídicas que provoca una situación de este tipo. Un aspecto a destacar en este apartado es la forma en que se exponen los diferentes efectos que produce el pago realizado mediante tarjetas. La investigación finaliza con un capítulo relativo a las acciones y excepciones que corresponden a los sujetos intervinientes el esquema del pago con tarjeta de crédito.

El exhaustivo y riguroso estudio realizado por el Prof. Batuecas Caletrio, proporciona significativos elementos que complementan el tratamiento que la doctrina ha realizado sobre el régimen jurídico aplicable al pago con tarjetas de crédito, su importancia es evidente dada la masificación del uso de este medio de pago. Uno de los elementos más destacados de la monografía es el amplio repertorio jurisprudencial que incluye el autor en cada uno de los capítulos, aspecto que, sumado a los mencionados anteriormente, aporta considerable valor a la obra.

ÍNDICE ACUMULADO

ARTICULOS

CONFERENCIAS

LEGISLACIÓN

NACIONAL

INTERNACIONAL

RESEÑA LEGISLATIVA

CRÓNICA JURÍDICA

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS

SENTENCIAS

RECENSIÓN

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA

ARTICULOS

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.

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.

BARZALLO, José Luis.
- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.

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.

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.

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

GRAHAM. James A.
- *La Uniform Dispute Resolution Policy*: Una tentativa de calificación. **2**, (Enero/Junio 2003), 151-159.

HERRERA BRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquilar sin despellejar? **2**, (Enero/Junio 2003), 21-41.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael.
- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. **1**, (2002), 9-23.

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.

LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-leaning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.

LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.

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

MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILÁ, Josep Luis.
- Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo. **1**, (2002), 53-71.

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.

PERALES VISCASILLAS, Mª del Pilar.
- Sobre la perfección del contrato en España: el "popurrí" de los "nuevos" artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. **2**, (Enero/Junio 2003), 7-19.

OLIVER LALANA, A. Daniel.
- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.
- Reflexiones sobre la contración informática. **4**, (Enero/Julio 2004), 11-21

PÉREZ PEREIRA, María.
- Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos. **1**, (2002), 33-51.

PLAZA SOLER, Juan Carlos.
- Los correos electrónicos comerciales no solicitados en el Derecho español, europeo y estadounidense. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 73-98.

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.

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.

SENENT 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.

VARGAS LEAL, 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

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- El testamento electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 193

ARAUJO - JUÁREZ, José.
- El nuevo "modelo de regulación" de las telecomunicaciones en Venezuela. **4**, (Enero/Julio 2004), 65-91

ARRIETA ZINGÜER. Miguel.
- Tributación e Internet. **4**, (Enero/Julio 2004), 145

BRANDT GRATEROL, Leopoldo.
- Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 165

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

REMOLINA ANGARITA, Nelson.
- Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. **4**, (Enero/Julio 2004), 109

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 República Bolivariana de Venezuela. **1**, (2002), 185-188.

Decreto N°1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.

Decreto Nº 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.

Decreto Nº 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 Nº 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.

Resoluciones

Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 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.

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.

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.

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

Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

- El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas: *Power Line Communications* (PLC). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

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.

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.

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

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 08 de noviembre de 2005. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 365-374.

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 Nº 15 (monográfico), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, 429 págs. **6-7**, (Enero/ Diciembre 2005), 377-378.

Normas para la presentación de artículos a ser publicados en la Revista Derecho y Tecnología

1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación.

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.

4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a doble espacio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.

5. Los artículos se deben remitir en un archivo adjunto, a la dirección electrónica derechoytecnologia@ucat.edu.ve con copia a mrico@ucat.edu.ve

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.

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.

Rules the introduction of articles to be published on the Revista Derecho y Tecnología

1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means.

2. Articles must be redacted in editor programs that work in Windows™ 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, and others), in the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The magazines could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if them do not fulfil 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 authors 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 translated 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 background (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified only with Arabic numeral. Each article, before section one or background, 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.

4. Articles must have a maximum extension of forty (40)sheet or pages written in double space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be always Times New Roman 12.

5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: derechoytecnologia@ucat.edu.ve with copy to mrico@ucat.edu.ve

6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the Revista Tachirense de Derecho 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 are considered convenient is reserved, once the article have been accepted by the Redaction Council for its publication.

9. An Arbitral Committee and a Redaction Council will analyze the articles. The observance of the norms do 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 Redaction Council of the magazine, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

DERECHO Y TECNOLOGÍA

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS	6-7/2005

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2005,
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó
de imprimir en el mes de junio de 2006, en los talleres de
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de 500 ejemplares.
San Cristóbal - Venezuela