DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TACHIRA

2018

Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado

Número 4/2018 Edición Digital
Depósito Legal en línea: ppi201602TA4734
ISSN en Línea: (en trámite)

Edición Ordinaria 19/2018
Enero - Diciembre 2018
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 Vicerrectorado Académico
Decanato de Investigación y Postgrado
Universidad Católica del Táchira

Editor-Director
Mariliana Rico Carrillo

Consejo de Redacción

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

Diseño Gráfico
Nina Gabriela Vásquez

Montaje
Edy Marleni Lozano

Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209
ISSN: 1317-9306
Deposito Legal en Línea: ppi 201602TA4734
ISSN: Está en trámite
Periodicidad: Anual

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

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

Revista Derecho y Tecnología
Número 4/2018 Edición Digital - Edición Ordinaria 19/2018

La edición impresa de la Revista Derecho y Tecnología llega hasta la N° 15 año 2014, por falta de papel. La edición correspondiente al 2018 es en digital y por disposiciones de la Biblioteca Nacional y su departamento de Depósito Legal la numeración en la versión digital es la N° 4, para efectos de la continuidad de la edición ordinaria es la N° 19.

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

Derecho y Tecnología

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

Misión

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

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

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

Universidad Católica del Táchira

Revista Derecho y Tecnología **4/2018** Edición Digital
Vicerrectorado Académico **19/2018** Edición Ordinaria
Decanato de Investigación y Postgrado

ÍNDICE

Doctrina

Mónica LASTIRI SANTIAGO: Hacia un derecho sobre el nombre de dominio 9

Cristhian G. DI FABIO L.: La suscripción del contrato *clickwrap* a través de la banca online, en América y especialmente en Venezuela 41

Sulmer Paola RAMÍREZ: Estudio comparativo del marco jurídico aplicable al teletrabajo en Venezuela con la Ley de Teletrabajo de Colombia, el Decreto de Promoción del Teletrabajo de Costa Rica y el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo 63

Vilma SÁNCHEZ DEL CASTILLO: Entre el *back to basics* y los nuevos paradigmas de la revolución tecnológica. Pensamientos para la reducción de la brecha tecnológica-jurídica y la estandarización de las legislaciones del mundo 93

Conferencias

Anahiby BECERRIL: De la protección de los datos personales de los menores en Internet 107

Paola Consuelo RAMOS MARTÍNEZ: Documento electrónico como prueba en el código general del proceso colombiano 123

Ana Karin CHÁVEZ VALDIVIA: Hacia el quebrantamiento de paradigmas jurídicos: la robótica y la inteligencia artificial 135

Jurisprudencia

Gustavo Adolfo AMONI REVERÓN: Jurisprudencia sobre Tecnologías de Información y Comunicación en el Tribunal Supremo de Justicia durante 2018 153

José Francisco VEGA SACASA: La criptomoneda venezolana *PETRO* y su implementación como unidad de cuenta por parte del Tribunal Supremo de Justicia 155
Sentencia de la Sala de Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 31 de octubre de 2018..... 161

Recensión

Mariliana RICO CARRILLO: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada
• CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Estatuto del consumidor comentado*.Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina (2016) 191

Índice acumulado 197

DOCTRINA

Hacia un derecho sobre el nombre de dominio

Mónica Lastiri Santiago*

SUMARIO: 1. Preliminar. 2. Clasificación actual de nombres de dominio. 2.1. Nombres de dominio de primer *genéricos* 2.2. Los nombres de dominio geográficos o territoriales. 2.3. Nombres de dominio de segundo nivel. 2.3.1. Dominios de segundo nivel que incorporan derechos protegidos. 2.3.2. Dominios de segundo nivel que incorporan denominaciones genéricas o descriptivas. 2.4. Nombres de dominio internacionalizados o plurilingües (IDN). 2.5. Los nuevos nombres de dominio genéricos. 3. La doble problemática jurídica del nombre de dominio, 3.1. Conflicto entre los nombres de dominio con las marcas. 3.1.1. La Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (UDRP). 3.1.2. La nueva política de ICANN: Sistema de suspensión rápida (URS). 3.2. El *domaining* (la cuestión jurídica ignorada por el Derecho). 3.2.1 ¿Qué ha hecho el Derecho por el *domaining*? 3.2.2. Otros hechos que denuncian la necesidad de determinar un derecho sobre el nombre de dominio. 3.2.2.1 Caso *Commonwealth of Kentucky*. EE.UU.A 3.2.2.2. Caso Sareb. España. 3.2.2.3 Robo de nombres de dominio 4. ¿Tenemos un derecho de propiedad sobre los nombres de dominio? 5. Conclusiones

Resumen

Desde un principio, el nombre de dominio ha estado rodeado de polémica, pues representa, y sigue representando aún, toda una incógnita para los legisladores y los diversos encargados de confeccionar las políticas que lo regulan. De estos desafíos surgió el problema del nombre de dominio y su conflicto con las marcas. Sin embargo, ésta no es la única cuestión jurídica que le rodea. El presente trabajo, pretende en primer lugar,

Recibido: 18/10/2018 • Aceptado: 10/12/2018

* Profª Dra. Ayudante Dr. de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. ORCID. 0000-0001-6815-5728. Este artículo forma parte del proyecto: "*Infraestructuras e instituciones de derecho privado, nacional e internacional, en mercados en red: entre la regulación y la competencia. Solución arbitral de conflictos*". *Referencia: DER2016-78572-P*.

esbozar la doble problemática que gira en torno al nombre de dominio y, segundo, denunciar la necesidad de definirlo jurídicamente y, por ende la urgencia de determinar qué tipo de derecho se ejerce sobre esta figura.

Palabras clave: Nombres de dominio. ICANN. Marcas. UDPR. Domainig.

Abstract

From the beginning, domain names have been surrounded by controversy, because it represents an unknown for the legislators and people in charge of making the policies that regulate it. From these challenges arose the issue of domain names and its conflict with trademarks. However, this is not the only legal issue around it. This work intends first, to outline the two-sided problem that revolves around domain names and, second, to bring forth the need to define it legally and, therefore, the urgency to determine what type of rights are enforced regarding this matter.

Keywords: Domain Names. ICANN. Trademarks. UDPR. Domaining

1. Preliminar

Puede decirse que el hecho más significativo de nuestra época ha sido la puesta en marcha de Internet, cuya llave de entrada son los nombres de dominio. La existencia de éstos hizo que la Red adquiriera de forma rápida y sin precedentes más usuarios que cualquier otro tipo de tecnología[1].

Internet dio sus primeros pasos en la década de los años sesenta. Se trataba de una red, denominada Arpanet[2], que se circunscribía a la conexión de varios ordenadores pertenecientes a departamentos de investigación de la Universidad de California. Dicha red no utilizaba el nombre de dominio para identificar los ordenadores que la conformaban, sino que empleaba largas direcciones numéricas para reconocer a cada usuario (direcciones IP). Así, cada dirección numérica correspondía a un equipo o dispositivo conectado a la red.

1 Sobre este tema se puede consultar Conrad, F. G., "Dot.coms in Bankruptcy Valuations Under Title 11 or www.Snipehunt in the Dark.noreorg/noassets.com", *Am. Bankr. Inst. L. Rev.,* 2001, p. 417. En el mismo sentido, *vid.* Agustinoy Guilayn, A., *Régimen jurídico de los nombres de dominio,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 29-30.

2 Arpanet (la antecesora de Internet, primera red que conectó el primer ordenador *host* a otro) contaba con más de 300 ordenadores y se había convertido en un valioso recurso para sus usuarios. Para más información sobre esta transformación, véanse Delgado Kloos, C. y García Rubio, C., "Historia de Internet", en Cremades, J.; Fernández-Ordóñez, M. A. e Illescas Ortiz, R. (coords.), *Régimen jurídico de Internet,* Madrid, La Ley, 2002; y De Miguel Asencio, P. A., *Derecho privado de Internet,* Madrid, Civitas, 2001, p. 25.

Fue más adelante cuando Jon Postel se dio cuenta de que los "nombres" funcionarían mejor que los números y que una estructura escalonada podría ser útil para favorecer la localización e identificación de los equipos que integraban dicha red. En 1983, Postel creó el *Domain Name System* o sistema de nombres de dominio, una estructura basada en nombres de dominio de diferentes niveles: primer nivel, subnivel, etc.

Posteriormente, en el año de 1984, Postel publicó junto con J. Reynolds el *Request for Comments* 920 (peticiones de comentario; en adelante, RFC 920)[3], donde se describían los *domain requirements*. En este documento se plasmó la estructura básica del sistema actual de nombres de dominio.

Arpanet no funcionaba para actividades comerciales, a pesar de que en el RFC 920 incluía el TLD *.com,* destinado a *commercial-related domains*. Igualmente, nada indicaba que la estructura de asignación de nombres de dominio hubiera sido concebida con la intención de transmitir algún derecho sobre esos nombres. De hecho, en el año de 1994, intuyendo que la cuestión de los derechos de propiedad de los nombres de dominio se convertiría en un problema, Jon Postel mencionaba lo siguiente en el RFC 1591, *Domain Name System Structure and Delegation:*

> 3 […]
> 2) Estas autoridades designadas son depositarias del dominio delegado y tienen el deber de servir a la comunidad.
> El administrador designado es el depositario del dominio de nivel superior tanto para el país, en el caso de un código de país, como para la comunidad global de Internet.
> Aspectos como "derechos" y "propiedad" del dominio no son apropiados. Es más apropiado hablar de "responsabilidades" y "servicio" a la comunidad.
> […]

Igualmente, señalaba que:

> En el caso de cualquier conflicto entre solicitantes del registro de un nombre de dominio sobre los derechos sobre un nombre en particular, el administrador de registro o la autoridad de registro no tendría otro papel o responsabilidad que el de proporcionar la información de contacto a las dos partes.
> El registro de un nombre de dominio no tiene estatus de marca registrada. Depende del que hace la petición asegurarse de que no viola ninguna marca registrada[4].

3 Los RFC son documentos oficiales publicados por la IETF que describen métodos, comportamientos, la investigación o las innovaciones aplicables al funcionamiento y a los sistemas conectados a Internet.

4 *Vid.* el RFC 1591, punto 4, inciso 1, en http://www.rfc-es.org/rfc/rfc1591-es.txt [visita: 17 de julio de 2017]. Los documentos RFC pueden ser consultados en castellano en http://www.rfc-es.org. Dichas versiones en español son realizadas por el grupo RFC-ES, que se dedica a la traducción al español de los RFC. La colección completa de RFC está formada por más de

En definitiva, es indudable que los nombres y direcciones no fueron creados con el propósito de conceder algún tipo de derechos sobre los mismos. Si bien estos documentos escritos por Postel no tienen ninguna relevancia jurídica, revelan el hecho de que el sistema fue concebido únicamente para satisfacer necesidades de comunicación, localización técnica y servicio a la comunidad y, no para establecer sobre ellos algún tipo de derecho subjetivo que convierta a los registrantes en propietarios del nombre de dominio.

Mucho han cambiado las cosas, ya que en la actualidad el nombre de dominio cumple dos funciones fundamentales que van más allá de las que al principio le fueron impuestas:

1. Función social, porque son el elemento fundamental para el correcto funcionamiento y desarrollo de la sociedad de la información, ya que por medio del mismo se logra una perfecta identificación y localización de las personas a través de sus ordenadores.
2. Función económica, porque es el activo más valioso para las empresas. El hecho de que en la actualidad no exista empresa que no pretenda tener presencia en Internet, y que para ello sea esencial el registro de un nombre de dominio, hace de esta figura una clave fundamental para acceder a la red y al comercio establecido en ella. ¿Qué sería de *amazon*, *google, facebook* sin su nombre de dominio?

La importancia de esta figura digital se ha trasformado de forma tal que en la actualidad lo que el registrante desea es tener al nombre de dominio en propiedad, ya que para muchos, es el activo digital más importante de la empresa.

Han pasado décadas desde que surgieron los nombres dominio. Por ello, pudiera parecer que los años y la necesidad de su registro para establecerse en Internet haya fortalecido su régimen jurídico, pero desafortunadamente no ha sido así.

El objetivo de este trabajo es poner de manifiesto la doble problemática jurídica que rodea al nombre de dominio, de donde se refleja una de las lagunas jurídicas más profundas de su régimen jurídico. Para ello, es necesario referirnos brevemente a su nueva clasificación, para luego abordar las cuestiones jurídicas que giran en torno al mismo, emprendiendo así, el camino hacia un derecho sobre el nombre de dominio.

2. Clasificación actual del nombre de dominio

La categorización de los nombres de dominio ha experimentado cambios sustanciales. No obstante, la base de la estructura del *Domain Name System* o sistema de nombres de dominio (DNS) recae sobre los denominados dominios

3 000 documentos que especifican estándares, recomendaciones, etc. Igualmente, pueden ser consultadas en inglés en la página web del IETF: http://www.ietf.org [visita: 17 de julio de 2017].

de primer nivel (*Top Level Domains* o TLD*)*, que son aquellos nombres ubicados en la parte superior de la jerarquía de nombres del DNS.

Los TLD aparecen como la extensión de letras ubicada en el extremo derecho del nombre de dominio, tal y como se encuentra *.net* en el siguiente ejemplo. *www.example.net*.

El nombre de dominio se forma por la extensión que constituye el dominio de primer nivel junto con el punto y el nombre de dominio de segundo nivel (*second level domain,* SLD) que le antecede. Este último es otra extensión que puede incorporar cualquier expresión, palabra, combinación de palabras y números que desee la persona física o jurídica que lo registra, siempre y cuando se respeten los límites marcados por la entidad registradora que administre la extensión (dominio) de primer nivel que se trate[5]. Por un lado, los TLD son administrados por entidades debidamente autorizadas mediante acuerdos privados por la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)*[6] y, por otro, los SLD pueden ser asignados por empresas proveedoras de servicios de Internet autorizadas por las entidades registradoras del TLD al que pertenezca el SLD de que se trate[7].

Inicialmente, el RFC 1591[8] divide los nombres de dominio de primer nivel en dos tipos de extensiones:

a) Nombres de Dominio de primer nivel *genéricos*.
b) Nombres de Dominio de primer nivel *geográficos.*
   De ellos nacen los:
c) Nombres de dominio de segundo nivel, que a su vez se dividen en:
   - Nombres de dominio de segundo nivel que incorporan denominaciones protegidas por derechos de propiedad industrial u otros derechos anteriores.
   - Nombres de dominio de segundo nivel que incorporan denominaciones genéricas o descriptivas.

5 En *Root Zone Database* se encuentra una lista de todos los TLD que existen. *Vid*. http://www.iana.org/-domains/root/db [visita: 17 de julio de 2017].

6 Es el organismo responsable del espacio de nombres de Internet. Es la organización encargada de asignar los nombres de dominio y los número de las dirección IP. Su antecesora fue la IANA donde comenzó su trabajo Jon Postel..Para mayor información sobre este organismo *vid.*www.icann.com

7 El proveedor de servicios en muchas ocasiones hace posible la conexión a Internet y, principalmente, provee prestaciones adicionales. "Es común que los propios proveedores de acceso faciliten otros servicios de Internet a sus clientes, como la posibilidad de almacenar en su ordenador central el correo electrónico del usuario (buzones de correo electrónico), la puesta a disposición de espacio en el disco duro de su ordenador para las páginas web del cliente, incorporar la información que el cliente quiera difundir a través de las páginas web y proporcionar servicios ulteriores de apoyo y seguridad de las comunicaciones, actualización de páginas del sitio, etc.". De Miguel Asensio, P. A., *op. cit.,* p. 38.

8 RFC 1591, http://www.rfc-es.org/rfc/rfc1591-es.txt [visita: 17 de julio de 2017].

d) Dentro de estos nombres de primer nivel surgieron los nombres de dominio internacionalizados o plurilingües.
e) Más tarde, en el mes de octubre de 2013 y de forma independiente al mencionado RFC, entran en el espacio de nombres los denominados *New Generic Top Level Domains* o nuevos nombres de dominio de primer nivel genéricos (en adelante, nuevos gTLD).

2.1. Nombres de primer nivel *genéricos*

La designación de "dominios de primer nivel genéricos" atiende a la expresión anglosajona *Generic Top Level Domain* (gTLD). Está formado por la extensión del nombre de dominio que aparece en el extremo derecho de la dirección URL y posee tres caracteres[9].

El sistema de registro y gestión de los gTLD es global, y se basa en una estructura de delegación entre las entidades implicadas en la gestión del DNS. De este modo, cada gTLD depende de una entidad registradora (conocida como el Registro, *Registry* en inglés). Ésta se encarga de gestionar los correspondientes gTLD, y ofrece a sus titulares finales registrantes (*registrants* en inglés) la posibilidad de registrarlos[10].

Por lo general, los nombres de dominio de primer nivel genéricos están disponibles en los registros asignados por la ICANN. Se han creado diferentes dominios de carácter genérico de primer nivel que pretenden identificar en cada caso una actividad concreta, aunque en algunos de éstos no se sigan esas pautas de forma obligatoria, como es el caso del *.com.*

Antes de octubre de 2013 se contaba con 25 gTLD. Fueron creados en los años ochenta. El *.arpa,* que surgió antes de la formación de ICANN y fue el precedente de los otros siete gTLD que le siguieron, fue el primero de ellos.

Años más tarde, bajo el control de ICANN, se discutió acerca de la conveniencia de crear otros gTLD, pues se estaba advirtiendo una saturación en tres de los dominios de "libre registro": *.com, .net* y *.org*. Debido a ello, en noviembre de 2000 se decidió introducir siete gTLD más al DNS[11]. Entre los años 2000 y 2002 nacieron los dominios *.aero, biz, .info, .name* y *.pro*. Un año

9 El *Uniform Resource Locator* o URL es un localizador que específica la clase de servicio empleado o el formato de la información (http, ftp, gopher, etc.), para continuar con el nombre de dominio del titular del sitio web que se trate, separado mediante barras diagonales, con los indicativos de las páginas web concretas donde se encuentren los datos a los que se pretende acceder. De Miguel Asensio, P. A., *op.cit.,* p. 47.

10 *Vid*. Agustinoy Guilayn, A., *op. cit.,* p. 20 y Berneman, B. A., "Navigating the Bankruptcy Waters in a Domain Name Rowboat", *3 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.,* 61, p. 62.

11 ICANN, "New TLD Program Application Process Archive", October 2000, http://www.icann.org/-en/-tlds/-app-index.htm [visita: 17 de julio de 2017].

más tarde, la ICANN inició un nuevo proceso que condujo a la introducción de otros seis nuevos TLD, *.asia, .cat, .jobs, .mobi, .tel y .travel,* en el año 2004[12]. Le siguieron, *.post,* que entró al DNS a mediados del 2010, y *.xxx,* que lo hizo en 2011.

La responsabilidad por la gestión de cada gTLD (incluyendo el mantenimiento de un registro de nombres de dominio dentro del TLD) es delegado a una organización particular. Estas organizaciones son conocidas como entidades de registro, operadores de registro, registro o bien patrocinadores. Existen gTLD patrocinados[13] y otros que no lo son.

2.2. Los nombres de dominio geográficos o territoriales

Estos dominios poseen dos caracteres, y se denominan, en su expresión inglesa, *Country code Top Level Domain* (ccTLD). Los dos caracteres que los definen son alfabéticos y se corresponden con la codificación de países y territorios establecida por la norma ISO 3166-1.

Cada uno de estos códigos identifica a un país concreto, que será el encargado de establecer la normativa reguladora para la asignación de su dominio territorial. Esta regulación se adaptará a la política local y, por ende, a las circunstancias económicas, culturales, lingüísticas y jurídicas del país o territorio al que pertenezca el ccTLD[14].

De esta manera, cada uno de los ccTLD es gestionado por una institución designada por la ICANN, la cual tendrá plena independencia para regular y administrar el registro de su correspondiente dominio territorial. Debido a ello, existe una gran variedad de regímenes jurídicos aplicados a los ccTLD, desde el "libre registro" (en el que el solicitante no debe acreditar requisito alguno respecto al territorio en cuestión, como, por ejemplo, en el caso de los dominios *.tv* –correspondientes a Tuvalu– entre otros) hasta el registro condicionado al cumplimiento más o menos estricto de una serie de condiciones. Normalmente cada una de las entidades territoriales encargadas de la gestión de un ccTLD delegan la explotación comercial del mismo ante los usuarios finales en entidades registradoras[15].

12 *Vid*. ICANN, "Information Page for Sponsored Top-Level Domains", 28 November 2005, http://www.icann.org/-en/tlds/stld-apps-19mar04 [visita: 17 de julio de 2017].

13 La relación que existe entre la ICANN y los registros que patrocinan los gTLD está regulada bajo las condiciones establecidas por el contrato de patrocinio entre la ICANN y el registro patrocinador. *Vid*. ICANN, "Registry Information", http://www.icann.org/en/registries [visita: 17 de julio de 2017].

14 Gómez Lozano, M. M., *Denominaciones de origen y otras indicaciones geográficas,* Pamplona, Thompson-Aranzadi, 2004, p. 123. En el mismo sentido, *vid*. http://www.iana.org/domains/root/cctld [visita: 17 de julio de 2017].

15 Agustinoy Guilayn, A*., op. cit.,* p. 23.

El ccTLD para España es el *.es*. Lo pueden registrar personas o entidades que tengan algún tipo de vínculo con el país. Actualmente, son gestionados por Red.es.

Dentro de los ccTLD conviene destacar la extensión *.eu,* reservada para la Unión Europea, de la que son susceptibles de registro las empresas, organizaciones y particulares que residan legalmente en territorio comunitario. El registro de nombres de dominio *.eu* se encuentra a cargo de EURid, entidad con sede en Bruselas y que ha sido nombrada a tal efecto por la Comisión Europea[16].

Por lo general, cuando los gTLD y los ccTLD son "liberalizados", ya sea porque abren la posibilidad de registro de sus dominios de segundo nivel a cualquier persona o bien porque cabe registrar cualquier tipo de denominación bajo el gTLD o ccTLD que se trate, inician el proceso de "liberalización" con un primer paso que se denomina "periodo *sunrise*", en el que se permite a las empresas o personas físicas que tengan una marca registrada o un derecho anterior en cualquier país u organismo que figure en la Norma ST.3 de la OMPI[17], registrar los nombres sobre los que tengan derechos[18]. Una vez terminada esta etapa, el registro de nombres de dominio se lleva a acabo s ssssiempre sobre las bases del *first come, first served,* y permiten a cualquier persona el registro de los nombres de dominio[19].

2.3. Nombres de dominio de segundo nivel

Bajo un determinado dominio de primer nivel se ubica uno de segundo nivel, los *second level domains* o nombres de dominio de segundo nivel (SLD). Es la cadena de letras ubicada antes del TLD, y se utiliza como recurso mnemotécnico.

16 El *.eu* es clasificado como un ccTLD. Artículo 1 del Reglamento (CE) n.º 733/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de abril de 2002, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel *.eu* (DOL113 de 30.4.2001). La ICANN ha clasificado al *.eu* como un ccTLD; *vid*. ICANN, ".EU Update", 23 de marzo 2005, http://www.icann.org/en/announcements/announcement-23mar05.htm. Aparece además como tal en el listado de la ICANN; *vid*. http://ccnso.icann.org/about/members-sort-region.htm [visita: 17 de julio de 2017].

17 La norma ST.3 de la OMPI contiene los códigos normalizados de dos letras, recomendados para la representación de Estados, otras entidades y organizaciones intergubernamentales. *Vid.* OMPI. "Manual de información y documentación en materia de propiedad industrial", p. 3.3.1. http://www.wipo.int/-export/-sites/-www/--standards/es/pdf/03-03-01.pdf [visita: 17 de julio de 2017]

18 El periodo *sunrise,* también denominado "fase preferencial de registro", se establece para salvaguardar los derechos anteriores reconocidos por los Derechos nacionales. Cuando se aplica, se lleva a cabo un procedimiento de registro escalonado, que tiene lugar en dos fases, la primera es el "periodo *sunrise*" y la segunda es la fase de registro al público en general.

19 Los gTLD *.com* y *.net* experimentaron un crecimiento conjunto en el cuarto trimestre de 2016, alcanzando un total de aproximadamente 142,2 millones de nombres de dominio. *Vid.* Verisign Report, *The Domain Name Industry Brief. https://blog.verisign.com/domain-names/*

Generalmente consiste en incorporar el nombre de la empresa o marca correspondiente[20].

Se definen como la parte del nombre de dominio que identifica la fuente (la procedencia) o la clase de información o servicio proporcionados a través de un sitio web u otra aplicación en línea. Esto es, identifica a la persona o entidad localizada en un determinado ordenador anfitrión, o bien la información o el servicio ofrecido por las mismas en dicho sitio en línea[21].

Los SLD se encuentran bajo la autoridad del administrador del dominio de primer nivel, que es quien los regula: determina si deben existir o no, sus clases, etc. Por ejemplo, el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet para España establece que para el ccTLD *.es* existirán una serie de dominios de segundo nivel *.com, .nom* y *.org,* que irán ubicados a su izquierda. Es decir, pueden coexistir los dominios *empresa-ejemplo.com.es, empresa-ejemplo.nom.es* y *empresa-ejemplo.org.es*[22].

Los dominios de tercer nivel no son sino una subclasificación que crea la propia empresa o persona física que tenga el dominio de segundo nivel en función de los criterios que considere oportunos. La diferencia fundamental entre los dominios de segundo nivel y los niveles inferiores es que los primeros deben ser objeto de registro por parte de la autoridad registradora competente, mientras que los segundos no. La competencia se determina en función de los diferentes TLD existentes[23].

Los SLD se pueden dividir en función de la denominación o expresión que incorporen: dominios de segundo nivel que incorporan derechos protegidos y dominios de segundo nivel que incorporan denominaciones genéricas o descriptivas.

2.3.1. Dominios de segundo nivel que incorporan derechos protegidos

Se trata de aquellos nombres de dominio de segundo nivel que están integrados por marcas, nombres comerciales, denominaciones comunes internacionales (por ejemplo, nombres genéricos para las sustancias farmacéuticas consensuadas internacionalmente), nombres y acrónimos de organizaciones internacionales intergubernamentales, nombres de personas físicas (protegidos y regulados en

verisign-q4-2016-domain-name-industry-brief-internet-grows-329-3-million-domain-names/ [visita: 4 de julio de 2017]

20 Baratta, O. M. y Hanaman, D. L., "A Global Update on the Domain Name System and the Law; Alternative Dispute Resoluton For Internet Competition –Oh, The Times They are A-Changing!", 8 *Tul. J. Int'l & Comp. L.,* 2000, p. 333.

21 Carbajo Cascón, F., *Conflicto entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet,* Madrid, Aranzadi, 2002, p. 43.

22 Corno Caparrós, L. (coord.), *Marcas y nombres de dominio. Aspectos legales, fiscales y valoración de intangibles,* Madrid, Francis Lefebvre, 2005 p. 263.

23 Pérez Milla, J., "Globalidad e internacionalidad jurídica de los nombres de dominio", *Revista de contratación electrónica,* 13, 2001, p. 5.

algunos aspectos por los tratados internacionales sobre derechos humanos), identificadores geográficos (también conocidos como "denominaciones de origen", regulados por convenios vinculados a los productos industriales y a su comercialización) y denominaciones sociales, además de nombres de obras literarias, sinónimos y títulos nobiliarios[24].

La coexistencia en el ámbito comercial de todos estos signos genera importantes conflictos por la coincidencia entre ellos, principalmente con las marcas. Esto representa un gran problema, fundamentalmente porque produce un significativo riesgo de confusión en los consumidores, que puede llegar a ampliarse al mercado. Los nombres de dominio de primer y segundo nivel son identificadores en Internet que designan a empresas, lo que los convierte en un importante activo para las mismas en la medida en que a través suyo consiguen establecerse en la Red, lo que permite que los consumidores accedan a sus servicios[25].

En la confrontación de estos SLD con las marcas es donde se ha centrado la problemática y la regulación jurídica de los nombres de dominio en general. Esta cuestión la abordaremos más adelante, por lo que ahora quedará sólo señalada.

2.3.2. Dominios de segundo nivel que incorporan denominaciones genéricas o descriptivas

Este tipo de nombres de dominio de segundo nivel están integrados por palabras o expresiones genéricas de productos, servicios, establecimientos, actividades, sectores, profesiones, aficiones, religiones, áreas del saber humano, tecnologías, clases o grupos sociales, enfermedades, especies animales, vegetales o minerales, cualidades o características de las personas, los seres vivos o las cosas, nombres propios o apellidos, en definitiva, cualquier palabra contenida en el diccionario, e incluso expresiones cotidianas. Están excluidas, como es lógico, denominaciones o expresiones contrarias a la ley, a la moral o al orden público.

Este tipo de nombres de dominio forman parte de una actividad denominada *domaining* que consiste en la compra o venta de nombres de dominio que incorporan denominaciones o frases atractivas y que gozan de un gran valor económico.

Las extensiones o dominios de primer nivel cobran valor económico cuando se incorpora un SLD interesante, y esta unión puede producir un beneficio económico importante para su "titular", pues no interesa únicamente como medio para la atracción de clientes o como vehículo publicitario, sino que vale por sí

24 *Vid*. "Segundo proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet", http://www.wipo.int/-amc/es/processes/process2/report [visita: 15 de julio de 2017].

25 García-Chamon Cervera, E.; Soler Pascual, L. A. y Fuentes Devesa, R., *Tratado práctico de propiedad industrial,* Madrid, El Derecho, 2010, p. 37.

mismo, sin necesidad de que tenga alojada una página web que refleje una actividad o afición concreta del registrante del dominio. Ello se debe a que la expresión, palabra o conjuntos de las mismas que forman el nombre de dominio de segundo nivel pueden describir o identificar a un sector o a una determinada actividad comercial. Actualmente, la gran mayoría de este tipo de dominios ya están registrados por terceros que los ponen a disposición de otras personas, que los "adquieren" a través de la compraventa.

La valoración económica de estos dominios siempre descansa en la función identificadora de la palabra o frase en que consista el dominio de segundo nivel y la popularidad del nombre de dominio de primer nivel como el *.com.*

Sin embargo, el valor económico de este tipo de SLD descriptivos o genéricos también depende de las siguientes razones:

a) La clase de denominación o expresión que se incorpora bajo el dominio de primer nivel que se trate. Si la expresión, palabra o conjunto de palabras es corta, fácil de recordar y tiene la capacidad de identificar o describir un sector o actividad, posee, entonces, enormes posibilidades de ser bien valorada económicamente.

b) Se considera positivo el hecho de que los nombres de dominio, en general, son renovables cada cierto periodo de tiempo de forma indefinida, lo que les da un carácter prácticamente vitalicio.

c) Es determinante el hecho de que el nombre de dominio sea único, ya que, por cuestiones técnicas, no pueden haber dos nombres de dominio de segundo nivel iguales bajo un mismo TLD.

En el plano puramente mercantil, otros SLD genéricos o descriptivos atractivos son los que se explican por sí mismos, comunican el negocio de la empresa directamente con otra empresa o con el consumidor. Un ejemplo de ello es el caso de *cheaptickets.com,* que produce en el usuario una fuerte asociación mental del negocio con el "ahorro de dinero"[26]. En el caso *Allocation Network GmbH* v. *Steve Gregory,* el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, en relación a la inversión en SLD genéricos o descriptivos, se refirió a éstos como valores comerciales[27].

En definitiva, los SLD genéricos o descriptivos atraen a los empresarios y a aquellas personas que ven en el nombre de dominio un bien con valor a la alza. Por ello gozan de gran demanda en el mercado primario de dominios[28].

26 *Vid*. BLACK, J., "What's in a Name?", *Internet World,* 15 de diciembre de 2001.

27 El Panel señala: "Respondent has registered over 400 domain names, all of which contain or are composed of common words or short phrases from the English language or misspellings of such words. […] As the commercial value of such domain names to the highest bidder […]". Caso OMPI No. D2000-0016, http://www.wipo.int/-amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0016.html [visita: 15 de julio de 2017].

28 Es aquel donde se adquiere un nombre de dominio a través del registro en las entidades autorizadas para ello.

Pero, como hemos señalado, muchos de los nombres de dominio que resultan atractivos no se encuentran disponibles cuando se acude al proceso normal de registro de nombres de dominio[29]. Ello ha dado lugar a lo que se conoce como "mercado secundario"[30], donde la obtención de un dominio no pasa por el registro, sino por establecer un acuerdo económico con la persona o colectivo que ya tiene registrado con anterioridad el dominio deseado, es decir, que lo obtuvo mediante el proceso normal de registro. Mediante dicho acuerdo se pacta la transferencia del nombre de dominio.

En la actualidad existen numerosos sitios web que se dedican a comprar, vender o subastar dominios. En ocasiones, estos negocios *online* también informan al usuario acerca de métodos para valorar económicamente el nombre[31].

Los SLD genéricos o descriptivos además de ser escasos por su característica única, informan al usuario, proveyendo ventajas publicitarias y de marketing a la persona física o jurídica que desee situarse comercialmente o, en su caso, socialmente en Internet. No es de extrañar que las empresas *online* estén dispuestas a la inversión de grandes sumas de dinero por un nombre de dominio de segundo nivel genérico o descriptivo[32].

Como se desprende de lo anterior, un nombre fácilmente recordable, común y que describe lo que se busca resulta altamente llamativo para un empresario o para un inversor, pues con la utilización de esta clase de vocablos produce un gran número de aciertos en la búsqueda del usuario. Un ejemplo lo encontramos con el nombre de dominio *loans.com*, que aún cuando el sitio web estaba inactivo –antes de que *Bank of America* lo comprara–, recibía alrededor de 4 mil entradas diarias[33].

29 Stefanakos, V. S., "Up Front: Fire Sales, at Least Part of the Net is Red-Hot" en *Business Week,* 6 de abril de 2001, p. 14.

30 Entiéndase como mercado secundario de nombres de dominio aquél en que se obtienen por la compraventa nombres de dominio que se encuentran previamente registrados. Nguyen N., Xuan-Thao. "Cyberproperty and Judicial Dissonance: the trouble with domain classification" 10, *Geo. Mason L. Rev.* 184 (2001-2002), p. 187, nota a pie 27. *Vid.* además "Mercado primario y secundario de nombres de dominio" http://www.domaining.es/?page_id=21 [visita: 30 de junio de 2017]; Maestre Javier, A. "El último boletín del milenio". *Boletín de los nombres de dominio* Nº 20, http://dominiuris.com/boletines-/-contenido/-editados/-20.htm y "El lucrativo negocio del registro de dominios", *ZDNN. 1999*, http://www.zdnet-es.com/-canales/-zdnn/-mostrarnoticias.asp?id=559 [visita: 15 de julio de 2017].

31 *Vid*. Parchomovsky, G., "Trademarks, Domain Names, and Internal Auctions", *University Ill. L. Rev, 211, 232,* 2001. Igualmente, *vid*. www.sedo.com; www.greatdomains.com; www.domainmart.com; sync.es; www.domobay.com, entre muchos otros.

32 King, R., "What's Wireless.com Worth? Maybe $ 15 M", *Interactive Weekly,* 31 de enero de 2000; "What's A Dot Asia domain worth?, *Domain Bits, all about domaining*, 25 de mayo de 2008. *Vid*. http://www.domainbits.com/dot-asia [visita: 17 de julio de 2017].

33 Joelson, D., "Banks Square Off over Internet Domain Names", *Bank Technology News,* 1 de diciembre de 2000, http://www.encyclopedia.com/doc/1G1-67342121.html [visita: 15 de julio de 2017].

Ahora bien, la especulación con el valor de determinados nombres de dominio ha ocasionado que algunos particulares hayan emprendido una batalla legal sobre la "propiedad" (aún por discernir) de nombres de dominio que no pueden ser protegidos bajo las leyes de Propiedad Industrial. Tal es el caso de la contienda legal del famoso nombre de dominio *sex.com,* que puso en evidencia que el demandado emprendió prácticas fraudulentas con el propósito de asegurarse la "propiedad" del SLD genérico o descriptivo.

En definitiva, por un lado, los nombres de dominio poseen un significativo valor mercantil, independientemente del término que incorporen. Ya sea que contengan un signo distintivo empresarial o un nombre genérico o descriptivo, en ambos casos actúan como vehículo condensador de *goodwill* en el ámbito del comercio electrónico. Por otro, el nombre de dominio ostenta un valor patrimonial propio, pues al tratarse de un bien que se "vende" a precios muy elevados, y sin que exista la necesidad de llevar a cabo el proceso creativo de una página web ni tener una empresa detrás del nombre*,* crea todo un sector emergente en torno suyo.

2.4. Nombres de dominio internacionalizados o plurilingües (IDN)

Son nombres de dominio que contienen caracteres con signos diacríticos (utilizados por numerosos idiomas europeos) o caracteres de códigos no latinos tales como el árabe o el chino.

La inclusión de los *Internationalized Domain Names* (IDN) en el sistema de nombres ha sido una de las innovaciones más importantes de la Red de redes, ya que estos nombres de dominio ofrecen nuevas oportunidades y beneficios para los usuarios de Internet en todo el mundo, teniendo en cuenta que para el 60% de los mismos el inglés no es su idioma materno. En un inicio fueron implantados solo en los nombres de segundo nivel. Actualmente con el advenimiento de los nuevos gTLD existen ya extensiones de primer nivel internacionalizados.

2.5. Los nuevos nombres de dominio genéricos o *New Generic Top Level Domains*

Tras años de debate y reflexión, la ICANN decidió ampliar el número de gTLD. El propósito de esta decisión se basó en que dicha expansión permitiría mayor innovación, mayor número de opciones para quienes desearan ingresar a la sociedad de la información y promocionar aún más la libre competencia y elección en el mercado de nombres de dominio[34].

34 *Vid.* en este sentido ICANN. http://www.icann.org/en/topics/new-gtld-program.htm y http://www.icann.org-/---es/-topics/new-gtlds/comments-es.htm. [visita: 4 de julio de 2017]

Desde 2005 la ICANN comenzó a elaborar su propuesta para el desarrollo del proceso de solicitudes para los nuevos nombres de dominio genéricos de primer nivel. Se inició entonces un proceso largo y detallado, en el que participaron todos los miembros de la comunidad global de Internet (representantes de una amplia variedad de partes interesadas, como Gobiernos, sociedad civil, empresas y representantes del sector de la propiedad intelectual, además de la comunidad tecnológica), con el fin de conocer la mejor forma de introducir nuevos gTLD.

Con base en las políticas elaboradas por la Generic Names Supporting Organization (en adelante, GNSO)[35], la ICANN apoyó la inclusión de otros nuevos gTLD. El compromiso con estas políticas comenzó en diciembre de 2006, y desde 2007 la ICANN comenzó a elaborar su propuesta para el desarrollo del proceso de solicitudes para los nuevos gTLD.

Este proceso contó con la participación del Governmental Advisory Committee (GAC)[36], el At-Large Advisory Committee (ALAC)[37], la Country Code Names Supporting Organization (ccNSO)[38] y el Security and Stability Advisory Committee (SSAC)[39], y culminó con la propuesta de la *Guía para el postulante*[40].

35 Es una de las organizaciones de apoyo de ICANN, formada por seis cuerpos: el cuerpo comercial y de negocios, el cuerpo de registro de gTLD, el cuerpo de ISP y el cuerpo no comercial, el cuerpo de registros y el cuerpo de IP.

36 Comité de Asesoramiento Gubernamental, "es un comité de asesoramiento compuesto por representantes de los gobiernos nacionales, organizaciones gubernamentales multinacionales y organizaciones de tratados y económicas diferenciadas. Su función es asesorar a la junta directiva de la ICANN sobre los temas que están relacionados con los gobiernos". *Vid.* el nuevo programa gTLD, http://www.icann.org/en/tlds/select.htm y el "Glosario de términos útiles", en www.icann.org. Para mayor información acerca de esta organización, *vid*. http://gnso.icann.org [visita: 15 de julio 2017].

37 Este comité proporciona asesoramiento acerca de las actividades de la ICANN en relación con los intereses de los usuarios individuales de Internet.

38 Organización que forma parte de los foros de desarrollo de las políticas de la ICANN. Es responsable de debatir y desarrollar políticas relativas a la forma en que se delegan los ccTLD. *Vid*. http://ccnso.icann.org/-about [visita: 15 de julio de 2017].

39 Este comité veló por la seguridad y estabilidad de los sistemas de asignaciones de nombres y direcciones de Internet. En sus estatutos se incluyó un análisis de riesgo y auditoría. Está formado por veinte expertos técnicos de la industria y la educación, además de operadores de servidores raíz, registradores y registros de TLD. Para mayor información acerca de esta organización, *vid*. http://www.icann.org/en/committees/security [visita: 30 de junio de 2017].

40 El 6 de septiembre de 2007 se publicó el *Statement of Work Regarding Preparation of The Request for Proposals for New gTLDs,* en el que se explicaban los periodos de evaluación para autorizar nuevos gTLD. Para mayor información, *vid*. ICANN, "Nuevo Programa gTLD", http://www.icann.org/en/topics/new-gtld-program.htm; Deloitte Audit & Enterprise Risk Services de Bélgica y el Interisle Consulting Group de EE. UU. *vid*. http://www.icann.org/en/tlds/new-gtld-sow-06sep07.htm; http://gnso.icann.org/issues/new-gtlds/-sum-mary-principles-recommendations-implementation-guidelines-22oct08.doc.pdf; http://www.icann.org/-en/announcements/announcement-07may09-en.htm; ICANN. "New gTLD Program Explanatory Memorandum. Resolving String Contention. A complete Lifecyle Including String Contention

Referirnos a estos nuevos gTLD es mencionar a más de 1400 extensiones de primer nivel, además de que ya no están limitados en su número de caracteres. En la actualidad, con la llegada de los nuevos gTLD ya existen numerosos nombres de dominio con su primer y segundo nivel con caracteres ajenos al ASCII, ya que los primeros nuevos gTLD que entraron al sistema de nombres de dominio son IDN: .web (en árabe) .online, .site (en cirílico) y juegos (en chino). Asimismo, entre las extensiones con más dominios de segundo nivel registrados son los .xyz, .berlin, .club, .guru, .email, .link, entre otras.

Seguimos experimentando la verdadera innovación de Internet, pues están entrando (de forma gradual) en el DNS un gran número de nuevas extensiones de primer nivel genéricos, lo cual está transformando la forma que tienen las personas de encontrar información en Internet[41].

Quisiéramos destacar que este trabajo se centrará únicamente en los nombres de dominio de primer nivel genéricos, es decir, a los gTLD y los nuevos gTLD. No obstante, muchas de las reflexiones son trasladables a los nombres de dominio de primer nivel territoriales o geográficos.

3. La doble problemática jurídica del nombre de dominio

Cuando hablamos de la problemática jurídica que rodea al nombre de dominio, la discusión se centra en los nombres de segundo nivel (SLD) y su conflicto con las marcas. No obstante, y como hemos podido observar, la existencia de los SLD genéricos o descriptivos muestra otra cuestión jurídica que debe resolverse. Por ello hablamos, de una doble problemática:

- El conflicto de los nombres de dominio con las marcas y,
- El *domaining* y otros hechos, que pone de relieve la falta de calificación jurídica del nombre de dominio, y por tanto, del derecho que se ejerce sobre el dominio.

Resolution". http://www.icann.org/en/topics/new-gtlds/string-contention-22oct08-en.pdf; ICANN. "New gTLD update", del 7 de mayo de 2009. http://www.icann.org/en/announcements/announcement-07may09-en.htm. y http://www.icann.org/-en/topics/new-gtlds/agv2-analysis-public-comments-31may09-en.pdf [visita: 15 de julio de 2017]; ICANN, "History", http://newgtlds.icann.org/en/about/program [visita: 30 de junio de 2017].

41 La ICANN publicaba las delegación de nuevas extensiones como son .auction, .lacaixa, .healthcare o .ong. Para mayor información, vid. http://newgtlds.icann.org/en/program-status/delegated-strings (visita: 18 de julio de 2017).En agosto entraron a registro a todo el público varias extensiones relacionadas con la medicina como.care, .clinic,.dental.surgery y otras relacionadas con las finanzas.cash,.fund,.investments y.tax. *Vid. http://www.domisfera.com/9-nuevas-extensiones-para-esta-semana/* [visita: 15 de julio de 2017].

3.1. El conflicto de los nombres de dominio con las marcas

El examen de los conflictos suscitados entre las marcas y los nombres de dominio ha sido tratado con amplitud en la literatura jurídica nacional y extranjera, por lo que contamos con valiosas aportaciones por parte de la doctrina[42]. Sin embargo, haremos una breve referencia a su nacimiento y cómo ha resuelto el Derecho dicha cuestión.

El Derecho comienza a prestarle atención a los nombres de dominio cuando surge el fenómeno denominado Cybersquatting o Ciberocupación: el registro, la venta y el uso de un nombre de dominio con la intención de enriquecerse a costa del prestigio de las marcas de otros.

La relación potencialmente conflictiva entre las marcas y nombres de dominio radica por la posibilidad de reproducir en un dominio de segundo nivel cualquier marca o nombre comercial. Esta circunstancia influyó en gran medida para que aquellos que conociesen, en un primer momento, el funcionamiento de Internet, aprovecharan para registrar como SLD denominaciones muy conocidas por el público.

42 *Vid.* García Vidal, A., "Marcas y nombres de dominio en Internet", en *Actas de Derecho Industrial,* tomo XVIII, Santiago de Compostela, 1997, y "La tutela de los signos distintivos frente a los nombres de dominio (un análisis de las resoluciones judiciales española)", en Gómez Segade, J. A. (ed.), *Comercio electrónico e Internet,* 2001; Bardales Mendoza, E., "Conflicto entre los nombres de dominio en Internet y los derechos sobre marcas", *Revista de Derecho Informático,* agosto, 1998; "La lesión de una marca mediante un nombre de dominio", *Boletín de Autocontrol de la Publicidad*, 38. 2000; Massaguer Fuentes, J., "Conflicto de marcas en Internet", *Revista General de Derecho,* 648, 1998; Carbajo Cascón, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet,* Navarra, Aranzadi, 1999 y redición 2002; VARI, P., *La natura Giuridica Dei Nomi Di Dominio,* Milani, Cedam, 2001 ; Beaurain, N. y Jez E., "Les noms de domaine de l'internet"*, Aspects juridiques,* Litec, 2001; De Miguel Asensio, P. A., *Derecho privado de Internet,* Madrid, Civitas, 2001; Maestre, J., *Derecho al nombre de dominio,* Madrid, Dominiuris, 2001; Ovidio Salgueiro Araujo, J., "Nombres de dominio y marcas: dos sistemas de identificación con funciones similares pero claramente diferenciados entre sí", *Revista de Derecho Informático,* 30, enero de 2001; Sanz de Acedo Hecquet, E., *Marcas renombradas y nombres de dominio en Internet: en torno a la ciberpiratería,* Madrid, Civitas, 2001; Ramos Herranz, I., *Marcas versus nombres de dominio en Internet,* Madrid, Iustel, 2004; GarcíaVidal, A., *El Derecho español de los nombres de dominio. Estudio de la normativa contenida en la Ley de comercio electrónico y en el Plan Nacional de Nombres de Dominio,* Granada, Comares, 2004; Agustinoy Guilayn, A. "De qué hablamos cuando hablamos de los nombres de dominio?", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 7, 2005; Moreno-Torres Sánchez, M., «Presente y futuro del nombre de dominio geográfico español", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* 666, 2005; Ramos Herranz, I., "Régimen jurídico para el registro de nombres de dominio de Internet bajo .es", *Revista de Contratación Electrónica,* 61, 2005, "Propiedad industrial e intelectual. Los nombres de dominio continúan", *Revista de Contratación Electrónica*, 70, 2006; Bercovitz Rodríguez-Cano, A., *Apuntes de Derecho Mercantil,* Navarra, Aranzadi, 2007; Agustinoy Guilayn, A., *Nombres de dominio: normativa internacional, comunitaria y española comentada,* Barcelona, Bosch, 2008; entre otros que se mencionan a lo largo de la presente investigación, tanto de doctrina española como extranjera.

Esta práctica predatoria y parasitaria evolucionó a una velocidad pasmosa, sorprendiendo a más de una gran empresa que ignoraba el enorme potencial del ámbito digital. Dicho asombro se convirtió rápidamente en preocupación cuando esas grandes compañías se dieron cuenta de la formidable oportunidad comercial que nacía con Internet, pero el nombre de sus empresas, junto con sus marcas más valoradas, estaban ya registradas como nombres de dominio, ello sin mediar autorización alguna.

Esta conducta reprochable, impedía la entrada de aquellas grandes empresas a Internet y, por consiguiente, sus oportunidades comerciales en este ámbito desmaterializado.

El crecimiento de la ciberocupación fue inmediato; tanto que los ordenamientos jurídicos fueron incapaces de reaccionar a tiempo para evitar su progresión. Por ello, las empresas buscaron alternativas que pudiesen permitirles la entrada a la Red de forma rápida, sin desperdiciar tiempo valioso para poder ejercer el comercio electrónico.

Entre las soluciones urgentes surgieron los acuerdos económicos privados con los *cybersquatters,* por medio de los cuales éstos les cedían el nombre o los nombres de dominio de forma expedita. Estos acuerdos se evidenciaron como necesarios, además, por el hecho de que pese a que los legítimos titulares de marcas, en virtud de la legislación protectora de signos distintivos, podían entablar acciones judiciales contra los *cybersquatters,* los costes de los litigios contra un número infinito de acusados constituían un desincentivo importante.

A menudo, el gran número de casos obligaba a los titulares de marcas a presentar demandas múltiples en uno o más órganos jurisdiccionales, por lo que, en muchos casos, los titulares de marcas optaban por la vía rápida de negociar con el *cybersquatter*[43].

La premura en la obtención del nombre de dominio por parte de los titulares de marcas se debía a las pérdidas económicas que podía implicar el adoptar los remedios legales tradicionales, que traían aparejados incertidumbre, gastos e inseguridad jurídica, ya que al no contemplarse en la legislación situaciones similares, corrían el riesgo de emprender una lucha que les llevaría tiempo y que, en consecuencia, impedía el ingreso inmediato en Internet. Todo ello, debido a su falta de adaptación a un medio tan innovador, en muchos casos los remedios jurídicos tradicionales se mostraron como mecanismos demasiado lentos o formalistas para poder tratar adecuadamente el fenómeno de la ciberocupación[44].

Este problema se produjo por la falta de conexión entre los fines para los que se diseñó el sistema de nombres de dominio y aquéllos para los que existe la propiedad industrial. Este alejamiento dio origen a numerosas controversias.

43 Committee On The Judiciary United States Senate. Cybersquatting and Consumer Protection: Ensuring Domain Name Integrity: Hearing on S. 1255 Before the Senate Comm. On the Judiciary, 106th Cong. 1 (1999), p. 10. Disponible en http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-106shrg67164/pdf/CHRG-106shrg-67-164.pdf [visita: 17 de julio de 2013].

44 Agustinoy Guilayn, A., *Régimen jurídico…, op. cit.,* p. 69.

A pesar de la ausencia de alternativas jurídicas, hubo empresas que, partiendo de la absoluta certeza de que estaban siendo víctimas de una flagrante violación de sus derechos de propiedad industrial, se negaron a ceder ante los atropellos de los *cybersquatters* y emprendieron su lucha utilizando el esquema jurídico tradicional de marcas que, como poco, ofrecía una protección jurídica a sus signos distintivos.

3.1.1. La Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (UDRP).

El conflicto entre los nombres de dominio y las marcas representó un verdadero problema al que había que darle una rápida solución. Como consecuencia de ello, la mayoría de los países, aplicaron el derecho de marca para resolver este tipo de controversias. Sin embargo, al tratarse de dos figuras tan distintas, estos intentos fueron insuficientes.

EE.UU.A fue el pionero en la aplicación de la legislación de marcas para remediar los conflictos surgidos entre los titulares de marcas y los *cybersquatters*. Al ser el derecho marcario insuficiente, se creó el ACPA (*Antycibersquatting Consumer Protection Act*). Su objetivo fue inaugurar una específica acción civil contra los *cybersquatters* y su actividad predatoria, permitiendo al legítimo titular de la marca la posibilidad de recuperar el nombre de dominio. Del mismo modo, fue confeccionada para prevenir la práctica de registrar numerosos nombres de dominio correspondientes a marcas notorias o renombradas con el fin de obtener beneficios económicos a cambio de la transferencia de los mismos a los titulares de las marcas[45].

El ACPA estadounidense fue el primer instrumento jurídico que nació para combatir la ciberocupación, pero no fue bastante, ya que es una legislación nacional y, por ende no aplicable a Derechos distintos al *Common Law.*

Ante esta situación, y en virtud de un acuerdo con el Gobierno de EE.UU.A, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) en su calidad de órgano de las Naciones Unidas nacida para la promoción de la propiedad intelectual en todo el mundo, llevó a cabo un estudio que concernía a los derechos de marca. A diferencia de otros instrumentos de derecho internacional liderados por la OMPI, el reto en este caso era presentar una propuesta que reflejara el carácter privado del DNS, respetando los derechos de los titulares de marcas. Para ello, la OMPI inició, en diciembre de 1998, un proceso de consultas abiertas y comentarios públicos con el fin de obtener la contribución de Gobiernos, organizaciones intergubernamentales, empresas privadas, organismos profesionales y usuarios finales[46]. Finalmente, el 30 de abril de 1999 se publicó

45 Lipton, J., "A Winning…", *op. cit.,* p. 526.

46 WIPO, *Interim Report of the WIPO Domain Name Process,* 23 de diciembre de 1998, http://www.wipo.int/-amc/en/processes/process1/rfc/3 [visita: 17 de julio de 2017].

el Informe Final sobre el primer proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio en Internet[47].

Como resultado de este primer proceso, y siguiendo en gran parte las recomendaciones de la OMPI, la ICANN[48] puso en marcha la *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* o Política Uniforme de solución de controversias de nombres de dominio (UDRP), que entró en vigencia el 1 de enero del 2000.

En ella se fijaron las normas de fondo del sistema de resolución de controversias y también se emitió el Reglamento de 24 de octubre de 1999, que marcó un hito en el transcurso posterior del sistema de nombres de dominio y en el funcionamiento de la Red en todo el mundo, situándose además en el "ojo del huracán" de la polémica entre regulación, desregulación y autorregulación.

Esta política se inspiró claramente en el ACPA y sus principales características son fundamentalmente el ser un instrumento internacional[49], económico y rápido. Se trata de un procedimiento meramente administrativo[50] que se lleva a cabo a través de Internet[51], lo cual permite reducir el tiempo y los costos[52].

La Política Uniforme no es parte integrante de la legislación de marcas de un país determinado, sino que se trata de una serie de pautas que regulan un mecanismo de solución de controversias de carácter privado desarrollado por la ICANN. Por ello, la OMPI señala que la UDRP establece el marco jurídico para la solución de controversias existentes entre el titular de un nombre de dominio y un tercero por el registro y utilización abusiva de un SLD bajo un

47 Disponible en http://www.wipo.int/amc/es/processes/process1/report [visita: 17 de julio de 2017].

48 La ICANN es un cuerpo de coordinación técnica. Sin embargo, las funciones que actualmente desempeña no son de naturaleza estrictamente técnica como ella misma y el Departamento de Comercio estadounidense intentan hacer ver. Cuestiones como la aprobación de las normas de la UDRP, la creación de nuevos niveles principales de nombres de dominio y de primeros niveles locales, así como la acreditación de los registradores y prestadores de resolución de conflictos, constituyen materias no técnicas, que ponen de manifiesto la incidencia de esta entidad en cuestiones de orden jurídico y político. *Vid.* Fernando Pablo, M. M., "La administración de la Red: sobre el ccTLD ".es" y el futuro dominio europeo ".eu", en Cremades, J.; Fernández-Ordoñez, M. A. e Illescas Ortiz, R. (coords.), *Régimen jurídico de Internet,* Madrid, La Ley, 2002, pp. 353, nota a pie n.º 18.

49 Los solicitantes de registro de un nombre de dominio se vinculan a la UDRP a través del contrato de registro, con independencia de la jurisdicción correspondiente a su lugar de residencia. *Vid.* Lipton, J., "Celebrity in Cyberspace: A Personality Rights Paradigm for Personal Domain Name Disputes", 65 *Wash & Lee L. Rev.,* 2008 pp. 1448-1449.

50 El artículo 4 de la UDRP define el procedimiento como de carácter "administrativo obligatorio". Texto disponible en http://www.icann.org/es/dndr/udrp/policy-es.htm [visita: 17 de julio de 2017].

51 Con el nuevo Reglamento de la UDRP se instaura el procedimiento electrónico.

52 Para mayor información sobre la valoración de las ventajas de la UDRP, *vid.* Sanz de Acedo Hecquet, E., *Marcas renombradas y nombres de dominio en Internet: en torno a la ciberpiratería,* Madrid, Civitas, 2001, pp. 95-98.

gTLD determinado, así como también regula los conflictos que surgen con los SLD bajo algún ccTLD que haya adoptado la Política.

Actualmente, la ICANN cuenta con cinco entidades proveedoras de servicios de resolución de conflictos, las cuales están especializadas en la prestación de servicios de arbitraje y mediación, principalmente en el ámbito del derecho de empresa. Dichas entidades pueden conocer indistintamente procedimientos relativos a la UDRP, y son la Asian Domain Name Dispute Centre[53], la OMPI[54], la National Arbitration Forum[55], entre otras. De los mencionados, es en la OMPI donde se condensa el mayor número de demandas concernientes a los nombres de dominio en aplicación de la UDRP[56].

Ahora bien, para entablar una demanda bajo la UDRP se exigen tres requisitos:

a) Que el demandante sea titular de una marca registrada.
b) Que el titular del dominio carezca de derechos o intereses legítimos.
b) Que el nombre de dominio haya sido registrado y se utilice de mala fe.

Entre las pruebas del registro y utilización de mala fe figuran: 1) Circunstancias que indiquen el registro o adquisición del nombre de dominio fundamentalmente con el fin de venderlo al demandante por un valor que supera los costos del registro; 2) que el registro se haya realizado con el fin de impedir que el titular de la marca refleje la marca en un nombre de dominio correspondiente; 3) registro del dominio con el fin de perturbar la actividad comercial de un competidor o ; 4) utilización del domino con el fin de atraer clientela a su sitio web creando la posibilidad de que exista confusión con la marca[57].

Se tienen que dar estos tres requisitos, si uno faltase, la demanda es desestimada.

Igualmente, es preciso resaltar que el registrante del nombre de dominio nunca puede demandar bajo esta política, solo los titulares de marca que consideren hayan sido víctimas de ciberocupación. Sin embargo, la UDRP señala

53 https://www.adndrc.org/index.html [visita: 17 de julio de 2017].

54 http://www.wipo.int/amc/es/domains/guide/index.html [visita: 17 de julio de 2017]. Para mayor información sobre el sistema de resolución de conflictos de OMPI, *vid.* Berenguer Giménez, L., "El arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en materia de nombres de dominio", en Cremades, J.; Fernández-Ordoñez, M. A. e Illescas Ortiz, R. (coords.), *op. cit.,* p. 764-791.

55 http://www.adrforum.com [visita: 17 de julio de 2017].

56 *Vid*. "La ciberocupación alcanza niveles récord. El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI pone en marcha nuevos servicios", 31 de marzo de 2011, http://www.wipo.int/-pressroom/-es/-articles/2011/article_0010.html#annex1 [visita: 17 de julio de 2017]. Igualmente, *vid.* WIPO, "Total Number of Cases per Year", http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp [visita: 17 de julio de 2017].

57 Vid. Apartados a y b de la cláusula 4 de la UDRP

la forma en que el registrante de un nombre de dominio puede demostrar que tiene interés legítimo sobre el mismo en el caso de ser demandado bajo la UDRP. Siendo las cosas así, el registrante debe justificar:

1. Que antes de haber recibido cualquier aviso de la controversia, el registrante del domino ha utilizado el nombre, o ha efectuado preparativos demostrables para su utilización, o un nombre correspondiente al dominio en relación con una oferta de buena fe de productos o servicios, o
2. Demostrar que el registrante del dominio (en calidad de particular, empresa u otra organización) ha sido conocido corrientemente por el nombre de dominio aún cuando no haya adquirido derechos de marcas de productos o de servicios
3. Demostrar que el registrante ha hecho uso legítimo y leal o no comercial del nombre de dominio, sin intención de desviar a los consumidores de manera equívoca o de empañar el buen nombre de la marca en cuestión con ánimo de lucro[58].

Cabe señalar que todas las pautas arriba descritas son meramente indicativas, pues han sido ampliadas por la interpretación de los grupos de expertos encargados de la aplicación de la UDRP (existe todo un c*ase law* en torno a ellas)[59].

Como se desprende de lo expuesto, la UDRP es un instrumento defensor de los titulares de marcas y no protector de los registrantes de los nombres de dominio. Desde el primer momento, el tratamiento legal del *cybersquatting* fue enfocado como una invasión al derecho de marca, aplicándose criterios propios de este ámbito para la resolución de las controversias.

3.1.2. Otra Política de ICANN: *Uniform Rapid System* (URS)

El *Uniform Rapid System* o sistema uniforme de suspensión rápida de ICCAN nació para paliar los problemas que pudieran surgir con el advenimiento de los nuevos gTLD. Igualmente, se creó con la intención de lograr un equilibrio prudencial entre la protección de los derechos de marca reconocidos por ley, el interés de orden práctico de los administradores de registros de buena fe por buscar volúmenes de trabajo mínimos y las expectativas legítimas de los titulares de nombres de dominio que actúan de buena fe[60].

Sus principal característica es bloquear el nombre de dominio objeto de la reclamación y se aplica en aquellos casos claros de ciberocupación (*clear cut cases)*. Asimismo, se utiliza en los asuntos en los que estén involucrados nombres de dominio de segundo nivel registrado bajo los nuevos gTLD. Sin embargo, puede utilizarse también en cualquier gTLD.

58 *Vid*. Apartado c de la cláusula 4 de la UDRP
59 Como ejemplo, *vid.* www.ompi.com
60 OMPI, "Asamblea…", *op. cit.,* apartado 30.

Los proveedores de este sistema son el *National Arbitration Forum* (NAF ó FORUM) y la *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre* (ADNDRC), ambos organismos cuentan con vasta experiencia en la resolución de conflictos entre marcas y nombres de dominio bajo la UDRP[61].

El URS permite obtener el bloqueo del dominio a las 24 horas desde que el proveedor URS recibe la notificación de la reclamación. Igualmente, la decisión se obtiene a los 14 días de haber presentado la reclamación y es aún más económico que el procedimiento bajo la política UDRP.

El reclamante bajo el procedimiento URS debe demostrar, con pruebas *claras y convincentes*, cada uno de los tres elementos que a continuación se detallan[62]:

1) que el nombre de dominio es idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con respecto a la marca de la cual es titular[63],

2) que tiene un registro nacional o regional válido y actualmente en vigor, o bien que la marca de la cual es titular ha sido reconocida a través de un procedimiento judicial o está debidamente protegida por una ley o tratado vigente al momento de la presentación de la reclamación bajo el URS, además

3) tendrá que acreditar que el registrante no tiene ningún derecho o interés legítimo respecto al nombre de dominio[64] y que éste ha sido registrado y utilizado de mala fe[65].

Entre las pruebas de registro y utilización de mala fe, el URS reproduce lo establecido en el artículo 4 (b) (i)(ii)(iii) y (iv) de la UDRP.

Para presentar una reclamación bajo el URS, el demandante debe tener inscrita la marca que ha sido vulnerada en la *Trademark Clearinghouse* (Clearinghouse)[66]. Ésta, tiene como objeto almacenar, validar y difundir información relativa a los derechos de los titulares de marcas. Consta de un archivo central o base de datos en el cual los titulares de marcas pueden solicitar la inscripción de las mismas de cara a su protección frente al lanzamiento de los nuevos gTLD. La inscripción tiene una vigencia de un año, renovable por el mismo periodo de forma indefinida y para efectuar la misma es necesario especificar la clase de productos o servicios que el signo protege, además de indicar el país donde se ha registrado la marca[67].

61 ICANN, "URS Providers", http://newgtlds.icann.org/en/applicants/urs [visita:17 de julio de 2017].

62 *Vid.* 1.2.6 del URS

63 Regla 1.2.6.1 del URS

64 Regla 1.2.6.2 del URS.

65 Regla 1.2.6.3 del URS.

66 ICANN. "What is the Trademark Clearinghouse", http://newgtlds.icann.org/en/about/trademark-clearing-house/faqs [visita: 17 de julio de 2017].

67 Regla 4.3.3 de las *Trademark Clearinghouse Guidelines*. *Vid*. *Trademark Clearinghouse Guidelines*. Version. 1.1. March 2013 en http://www.trademark-clearinghouse.com/sites/default/files/files/-downloads/--TMCH%20guidelines%20v1.1_0.pdf [visita: 17 de julio de 2017].

Igualmente, es preciso resaltar que la reclamación bajo el URS debe incluir una prueba de uso de la marca, que puede consistir en una declaración de ese uso en el comercio junto con una muestra o ejemplo de ello. Dicha prueba debe ser certificada y validada por la Clearinghouse. Este requisito es la muestra del vínculo indisoluble que existe entre el URS y esta Clearinghouse.

La Clearinghouse ofrece a los titulares de marca dos vías de prevención: 1) mediante un servicio de *sunrise period*[68], o fase preferencial de registro, y 2) el *claim service*[69], o sistema de alertas[70]. Si la marca se inscribe presentando prueba de uso tendrá las dos vías de prevención, si no presenta dicha prueba, sólo contará con el sistema de activación de alertas.

Deloitte Enterprise Risk Services (Deloitte) y la *International Business Machines (IBM*) son los proveedores de servicio de la *Trademark Clearinghouse*. El primero es el proveedor de servicios de autenticación y validación de marcas, mientras que el segundo es el proveedor de servicios de administración técnica de la base de datos[71].

En cuanto a los registrantes de nombres de dominio bajo los nuevos gTLD o bien cualquier gTLD, el URS ofrece una especie de defensa, ya que si se es demandado bajo esta política, el registrante puede refutar la afirmación de registro de mala fe al demostrar cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) que antes de haber recibido cualquier aviso de la reclamación, no ha utilizado ni ha efectuado preparativos demostrables de utilización del nombre

68 De conformidad con las disposiciones impuestas por la ICANN, esta fase preferencial de registro es obligatoria para todas las nuevas extensiones que permitan registrar nombres de dominio de segundo nivel y debe tener una duración de al menos 30 días. Durante la misma, los titulares de marcas cuentan con la ventaja de poder registrar dominios coincidentes con las mismas bajo el nuevo gTLD correspondiente antes de la apertura del registro de dichos dominios al público en general. Será requisito esencial para los titulares que quieran registrar un nombre de dominio durante el *sunrise period* tener inscritas sus marcas en la *Clearinghouse.* Para ello, el titular de la marca deberá presentar una prueba de uso de la marca. Para la verificación de la prueba de uso, el titular de la marca habrá que entregar una declaración de uso debidamente firmada junto con una muestra o ejemplo de esa utilización. Respecto a las muestras que pueden ser aceptadas para la acreditación de uso, la guía indica que puede tratarse de etiquetas, envases del producto o publicidad o materiales de marketing, como folletos, catálogos, manuales, carteles, comunicados de prensa y capturas de pantalla, *vid*. ICANN, "Sunrise services", http://trademark-clearinghouse.com/content/sunrise-services [visita: 17 de julio de 2017] y Regla 2 de las *Trademark Clearinghouse Guidelines.*

69 Es el paso siguiente al *sunrise period*. Su objetivo es facilitar a los titulares de las marcas la defensa de sus derechos una vez que las nuevas extensiones entren en funcionamiento. *Vid*. ICANN. "Claim services", http://trademark-clearinghouse.com/content/claims-services [visita: 17 de julio de 2017].

70 ICANN. "What are trademark claims and Sunrise services", http://newgtlds.icann.org/en/about/-trademark-clearinghouse/faqs [visita: 17 de julio de 2017].

71 Sobre el particular, *vid.* ICANN, "Protecting Trademark Rights in New gTLDs: Selection of Trademark Clearinghouse Service Providers", http://www.icann.org/en/news/announcements/announcement-3-01jun12-en.htm [visita: 17 de julio de 2017].

correspondiente al nombre de dominio en relación con una oferta de buena fe de productos o servicios; o

b) que en calidad de particular, empresa u otra organización ha sido conocido por el nombre de dominio, aún cuando no haya adquirido derechos de marca de productos o de servicios; o

c) que está llevando a cabo un uso legítimo y leal, sin intención de desviar a los consumidores de forma equívoca o empañar el buen nombre de la marca de productos o de servicio del reclamante[72].

Si sobre la base de estas circunstancias el examinador considera probados los hechos planteados por el registrante del dominio demandado, ello dará lugar a un pronunciamiento a favor de este último[73].

Como se puede observar, esta nueva política de ICANN tiende como la UDRP a proteger los derechos de los titulares de marca. No obstante, como veremos en el siguiente punto 3.2, encontramos un cierto reconocimiento "legal" a la comercialización de nombres de dominio.. Y a ello vamos:

3.2. *Domaining* . La cuestión jurídica ignorada por el Derecho.

En los nombres de dominio de segundo nivel genéricos o descriptivos es en donde gira, en nuestra opinión, la gran problemática jurídica de esta figura. De forma paralela al *cybersquatting,* surge el fenómeno de la comercialización de nombres de dominio de segundo nivel que incorporan denominaciones que no invaden derechos anteriores y se compran y venden como si de un producto se tratara.

Es una realidad ignota del nombre de dominio. La compraventa de dominios que incorporan este tipo de denominaciones no susceptibles de protección bajo las normas del derecho de propiedad industrial es un negocio más que rentable que ha dado lugar al surgimiento de todo un mercado al que ya hemos hecho referencia[74]. Del mismo, se han creado empresas cuyo objetivo exclusivo es la compra y venta de dominios, y su valor más preciado es la cartera de nombres de que dispone.

El mercado secundario de dominios, anima al incremento del valor económico de los mismos. Las palabras genéricas y frases descriptivas pueden ser tan o más atractivas como cualquier marca. Muestra de ello lo encontramos en la venta del nombre de dominio *business.com* que se vendió por primera vez en 7,5 millones de dólares[75]. Otros ejemplos son: *sex.com* (que después de un

72 *Vid.* Reglas 5.7.1 a 5.7.3.

73 Regla 5.7.3.

74 *Vid.* punto 2.3.2

75 Look, J., "Law and Order on the Wild, Wild West (WWW)", 24 *U. Ark. Little Rock L. Rev*., 817, 2002, p. 823. Sobre este tema, *vid*. Branson, Ch. L., "Was $ 7.5 Million a Good Deal for Business.com? The Difficulties of Obtaining Trademark Protection and Registration for

largo litigio por la "propiedad" del dominio se vendió por 14 millones de dólares), *games.com* (10 millones de dólares), *juegos.com* (10 millones de dólares), *fund.com* (9,9 millones), *porn.com* (9,95 millones), *diamond.com* (7,5 millones de dólares) como muchos otros[76].

Las astronómicas cifras pagadas por algunos nombres de dominio ocasionaron que muchas empresas comenzaran a invertir cantidades significativas de dinero en SLD genéricos o descriptivos[77]. Este fenómeno se denomina *domaining* que es la actividad económica por medio de la cual se adquieren nombres de dominio con la finalidad de explotarlos o transmitirlos como una especie de mercancía[78].

Junto con el *domaning* nace otra actividad que se denomina *parking* de dominios que es un sistema de gestión de publicidad insertada en los nombres de dominio[79]. Funciona de forma idéntica al negocio del *pay-per-click advertising*[80]. Permite redirigir un nombre de dominio que no tiene un sitio web en marcha a una página web que contiene únicamente publicidad relacionada con el significado del SLD, de modo que cuando un usuario localiza el dominio "aparcado" puede generarle ingresos económicos por *click* al titular del registro[81]. El parking, es, sin duda, una forma sencilla de ganar dinero con los dominios que no se utilizan, y aumenta, al mismo tiempo, las posibilidades de su venta[82].

Generic and Descriptive Domain Names", 17 *Santa Clara Computer & High Tech L.J*, 300, 2000-2001.

76 Blanco, Carlos. "Los dominios más caros de la historia" en http://carlosblanco.com/2006/08/14/los-dominios-mas-caros-de-la-historia/. [Consulta: 17 de julio de 2017].

77 En este sentido, es interesante destacar, como se explica más adelante, que conforme se van agotando los nombres, las demás extensiones van cobrando valor. Tal es el caso de *.org,* uno de cuyos SLD, *coffe.org,* se vendió en 100 000 dólares. Vázquez, I., "Coffe.org vendido por 100 000", *Ojo Internet,* 31 de mayo de 2008, http://www.ojointernet.com/noticias/coffeeorg-vendido-por-100000 [Consulta: 17 de julio de 2017].

78 Davies, T., "A behavioral Prespective on Technology Evolution and Domain Name Regulation", *21 Pac. Mac George Global Bus & Dev. LJ*, 2008, p. 24, http://www.stanford.edu/~davies/GBDLJ-Davies-modified-2008.pdf. *Vid*. también en este sentido http://www.domaining.com, web especializada en este ámbito de negocio.

79 Los términos del servicio de DomiParking.com pueden consultarse en http://www.domiparking.com/es/-terminos-del-servicio.html [visita: 17 de julio de 2017].

80 *Vid*. Herrador Muñoz, M., "Plan del proyecto. Servicios de internet orientados a los negocios", *Escuela Politécnica Superior de Jaén,* p. 80, http://sinbad2.ujaen.es/cod/archivosPublicos/-pfc/pfc_manuel_-herra-dor.pdf [visita: 17 de julio de 2017].

81 Sunderland, S. D., "Domain Name Speculation: Are We Playing Whac-a Mole?, 25 *Berkeley Tech. L.J.* 465, 2010, p. 470.

82 Hay quienes opinan que esto no es negocio para los titulares de dominios genéricos, pues las ganancias rondan entre los 400 y los 500 euros al mes. Quienes aparcan dominios de nombres parecidos a otros de portales o marcas de tráfico, como por ejemplo *www.yutube.com,* tienen en cambio 300 y 500 euros de ganancia diarios. *Vid*. Suárez, A., "Parking de dominios, una razón para evitarlo", *Blog Alejandro Suárez,* http://www.ale-jan-dro-suarez.es:80/2009/04/parking-de-dominios [visita: 17 de julio de 2017].En nuestra opinión, estos casos de nombres aparcados

3.2.1. ¿Qué ha hecho el Derecho por el *domaining*?

El URS además de los supuestos que hemos mencionado anteriormente[83], proporciona otros argumentos de defensa al registrante del nombre de dominio demandado. Éstos se refieren a una especie de reconocimiento del *domaining* y el *parking,* al establecer de forma un tanto vacilante, que el registrante demandado bajo el URS puede demostrar que el registro de dominio no es de mala fe si prueba, por ejemplo, uno de los siguientes factores:

a. Que el nombre de dominio no vulnera el derecho previo del reclamante porque se trata de un nombre de dominio genérico o descriptivo y está haciendo un uso leal del mismo.
b. Que el sitio web que aloja el nombre de dominio objeto de la reclamación funciona únicamente como tributo, homenaje o crítica de una persona o empresa, que a juicio del examinador constituya un uso leal.
c. Que la "titularidad" del nombre de dominio se justifica con base en un contrato de licencia o uso temporal celebrado entre el titular del derecho anterior y el registrante del dominio, y que dicho acuerdo sigue vigente.
d. Que el nombre de dominio no es parte de una serie de registros abusivos debido a que es significativamente distinto a otros que tiene en su poder[84].

Igualmente, indica que con el propósito de demostrar la buena fe en el uso del nombre de dominio por parte del registrante demandado, el examinador podrá tomar en cuenta que la compra y venta de nombres de dominio y contar con una amplia "cartera" o serie de registros de nombres de dominio no constituyen en sí mismos indicios de mala fe. No obstante, tal comportamiento puede ser abusivo, dependiendo de las circunstancias de la controversia. El examinador deberá analizar cada caso concreto[85].

Establece también que la venta de tráfico (es decir, conectar los nombres de dominio a las páginas de publicidad para obtener ganancias mediante el pago por *click*) no constituye mala fe en sí misma. Sin embargo, tal comportamiento puede ser abusivo en un caso determinado dependiendo de las circunstancias de la controversia. En este caso, el examinador deberá tener en cuenta: a) la naturaleza del nombre de dominio, b) la naturaleza de los enlaces publicitarios en la página asociada con el nombre de dominio y c) que el uso del nombre de dominio sea en última instancia responsabilidad del registrante[86].

similares a otros nombres de empresas son muy endebles, pues pueden ser abatidos por medio de la UDRP, además de por la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Marcas vigente en el país donde se reclame el uso tendencioso de este tipo de nombres de dominio.

83 *Vid*. punto 3.1.2 *in fine.*
84 Reglas 5.8.1 a 5.8.9.
85 Regla 5.9.1.
86 Reglas 5.9.2.1 a 5.9.2.3.

Por último, el URS sistematiza los casos de reclamos abusivos donde se sanciona el abuso por parte de los titulares de marca, protegiendo así a los registrantes de nombres de dominio del *domain hijacking*. La demanda puede ser considerada como abusiva si el examinador determina, en primer lugar, que fue presentada únicamente con el propósito de acosar, causar retrasos o innecesariamente aumentar el coste de la actividad comercial del registrante, y en segundo lugar, que las reclamaciones u otras afirmaciones no están fundamentadas bajo ninguna legislación existente o norma contenida en el URS, o bien que las alegaciones fácticas carezcan de cualquier apoyo probatorio[87]. En el caso de que se estime lo que este sistema llama *deliberate material falsehood* o "deliberada falsedad material[88], no se podrá participar en un procedimiento del URS durante un año[89]. Quien reincida en la presentación de reclamaciones abusivas, no podrá formar parte de un procedimiento URS de forma permanente[90].

Es importante mencionar que el URS cuenta con la posibilidad de la apelación a la resolución del examinador y enumera con una serie de indicaciones de forma y tiempos para ello[91].

Respecto a este reconocimiento "legal" del *domaining,* del *parking* de dominios y la sanción a los titulares de marca en los casos de *domain hijacking*, podemos decir que actualmente existe una cierta protección a los registrantes de un nombre de dominio. Sin embargo, no se trata de la creación de un derecho, ya que por un lado, solo se trata de argumentos de defensa para demostrar un interés legítimo y buena fe del registrante del nombre de dominio y, por otro lado, debemos tener presente que tanto la UDRP como la URS son políticas creadas por una institución privada que es ICANN. Igualmente, es preciso resaltar que las resoluciones emanadas de los expertos que aplican dichas políticas no tienen carácter vinculante.

3.2.2. Otros hechos que denuncian la necesidad de determinar un derecho sobre el nombre de dominio

3.2.2.1. Caso Estado de Kentucky. EE.UU.A

El Estado de Kentucky entabló una demanda cuyo objetivo fue la incautación de 141 dominios relacionados con el juego *online*, ya que consideraba que

87 Regla 11.2.
88 Reglas 11.5. y 11.6.
89 Regla 11.4.
90 Regla 11.5.
91 Regla 12 y ss.

habían sido utilizados como medio de promoción de conductas ilegales relacionadas con el juego dentro del Estado de Kentucky[92].

El 18 de septiembre de 2008, el juez Thomas Wingate del Tribunal de Circuito de Franklin ordenó a las respectivas entidades de registro de cada uno de los dominios demandados la transferencia de la "propiedad" a la cuenta del Estado de Kentucky, sin que ello implicara cambio de configuración[93]. Es preciso señalar, que en este caso, muchos de los nombres de dominio demandados fueron registrados fuera del Estado de Kentucky, e incluso, en varios de los casos, fuera de los EE.UU.A. Aún así, el Tribunal consideró que la orden de embargo era correcta[94].

Cuestiones jurídicas a destacar en este caso: 1) en un sentido jurídico ¿el nombre de domino es un derecho de propiedad?

3.2.2.2 Caso Sareb. España

En octubre de 2012, Red.es (entidad encargada de la asignación de los nombres de dominio bajo el *.es.*) aprobó una instrucción por la que se establece el procedimiento de reasignación para nombres de dominio de excepcional interés general.

Con base a dicha instrucción, en enero de 2013 Red.es reasignó el dominio www.sareb.es a la sociedad conocida como el "banco malo" (sociedad de gestión de activos procedentes de la restauración bancaria) previa declaración del dominio como de excepcional interés general a través de la resolución notificada al registrante del dominio, quien se quedó sin el dominio y sólo se le devolvió el coste del registro.

Independientemente de las incógnitas que podamos desentrañar de este asunto, como pueden ser la conducta censurable de Red.es, que, al parecer, construye una normativa "apropiada" para un caso muy concreto, ó bien cuestionar la actitud del registrante original del nombre de dominio, que registra el dominio justo después de que el gobierno español haya anunciado la creación del "banco malo". Lo que nos interesa destacar es la inseguridad jurídica que

92 Vijayan, Y., "Ruling Near on State's Plan To Seize Domain Names", *ComputerwORLD,* 12 de enero de 2009, p. 6.; SyC Proyectos en Inversiones, S.L., "La justicia de Kentucky desestima las objeciones de la defensa de los dominios de juego online", 17 de octubre de 2008, http://www.pokerdestinolasvegas.com/la-justicia-de-kentucky-desestima-las-objeciones-de-la-defensa-de-los-dominios-de-juego-online; Reilly, "El gobernador de Kentucky demanda a 141 dominios de juego online", 24 de septiembre de 2008, http://www.noti-cias-poker.es/noticias/El-gobernador-de-Kentucky-demanda-a-141-dominios-de-juego-online-53450.html [visita: 14 de septiembre de 2011].

93 La frase utilizada en la orden citada es "transfer ownership to the account of the Commonwealth". La orden del Tribunal del Circuito de Franklin (Franklin Circuit Court) se encuentra en página web de la Electronic Frontier Foundation, http://www.eff.org/-cases/commonwealth-kentucky-v-141-internet-domain-names.

94 Franklin Circuit Court, Division II, Case No. 08-CI-1409.

genera un procedimiento como el de Red.es que reasigna un dominio sin mediar algún tipo de indemnización o pago adicional al registrante que probablemente se trate de un empresario, que consciente de lo que supone dotarse del activo digital más preciado, realizó inversiones para desplegar su presencia en Internet.

Cuestiones jurídicas a destacar en este caso: 1) ¿Se ha tratado de una expropiación? ¿Bajo qué bases jurídicas se reclamaría una indemnización por la reasignación de un nombre de dominio?

3.2.2.3. Robo de nombres de dominio

Michael Lee, empresario, compró el dominio *mla.com* (*Michael Lee and Associates*) por 600 dólares americanos. Ello con el objeto de que su empresa tuviera presencia en Internet. Después de casi dos décadas del funcionamiento de su negocio *online,* una mañana de mayo de 2013, su dominio fue robado: perdió su dominio y por ende su empresa en la Red. Tuvo perdidas de más de 200 mil dólares. Por ello, reclamó a su entidad registradora (GoDaddy) la recuperación del nombre de dominio, pero dicha entidad no podía hacer nada para recuperar *mla.com*[95].

El *Wall Street Journal* informó sobre el caso de shadesdaddy.com, una víctima de robo de dominio, cuyo sitio fue desconectado durante 11 días y perdió $ 50.000 en ingresos[96]. Cuando esto sucede, la victima cree que el registrador puede obtener rápidamente la devolución del dominio y, no es así. En muchos casos, las víctimas de robo de dominios no pueden presentar una demanda para recuperar los nombres porque en la mayoría de las legislaciones nacionales no se reconocen sobre el nombre de dominio un derecho de propiedad.

La problemática jurídica que se plantea en estos casos no es el uso ilegal del nombre de dominio (ciberocupación) sino que se trata de una transmisión ilegal del dominio a un tercero que sin tener ningún derecho, obtiene el control, de forma ilícita. Tal y como sucedió en el debatido asunto del nombre de dominio *sex.com*.

El caso *Kremen* v. *Cohen* por el dominio *sex.com*, ha sido uno de los más controvertidos. Los hechos fueron los siguientes: Gary Kremen había registrado en 1994 el nombre de dominio *sex.com* a favor de su empresa, Online Classifieds, Inc., para crear un sitio web dedicado a informar acerca de la salud sexual y los problemas de salud pública en EE. UU.A[97]. Sin embargo, descuidó su mantenimiento, y tras años de no utilizarlo tuvo conocimiento de que Stephen

95 Smith, G. "When hackers steal a web address, few owners ever get it back" en http://www.huffingtonpost.com.mx/entry/domain-theft_n_5877510. [visita: 17 de julio de 2017].

96 Para información de este caso, vid. http://www.shadesdaddyblog.com/shadesdaddy-com-domain-hijacked-hackers-china-redirecting-websites/ [visita: 17 de julio de 2017].

97 *Vid. Cohen* v. *Carreon*, No. CV-00-235-ST, 2001 WL 34047033, *1 (d. Or. Mar. 9, 2001).

Cohen había tomado el nombre de dominio y operaba un sitio web de gran éxito con contenidos pornográficos[98].

Lo que sucedió fue que Cohen había remitido un fax a la *Network Solutions Inc.* (NSI) en suplantación de Online Classifieds, Inc. solicitando que el dominio fuera transmitido a su favor. La NSI de manera voluntaria y sin hacer ninguna comprobación o investigación, procedió a realizar la transmisión. Fue así como *sex.com* pasó a manos de Stephen Cohen, que inició una exitosa explotación de dicho dominio, consolidando una media anual de más de 14 millones de visitantes, con un rendimiento de más de 250 millones de dólares[99].

Pues bien, en el robo de dominios, se presenta la misma situación, pero con un *modus operandi* más sofisticado, ya que los delincuentes suelen "robar" los nombres de dominio a través del correo electrónico del registrante del dominio (*hackean* el email), es decir, se hacen pasar por el registrante del dominio y cuando tienen el control sobre el correo electrónico (con el que se registra el dominio), se ponen en contacto con el proveedor del servicio para que les restablezca la contraseña, y ahí toman el control, pues el proveedor admite la transmisión del dominio al responder a un correo electrónico enviado por el registrante para aprobar la transmisión del dominio a la cuenta del usuario remoto.

Siendo así las cosas, a los robos de nombres de dominio se les podría llamar, en un sentido técnico jurídico, transmisiones ilegales. No obstante, cabe señalar en este sentido, que el objeto de dicha transmisión no está definido jurídicamente.

Un reciente informe del *Wall Street Journal* destacó el creciente problema del "robo" de nombres de dominio, donde ladrones arrancan los dominios a los registrantes y son transferidos a lugares como China, India, Rusia y las Bahamas. Según este informe ICANN ha recibido más de 140 quejas sobre robos en los últimos 36 meses[100].

4. ¿Tenemos un derecho de propiedad sobre los nombres de dominio?

Pues la respuesta es sencilla y al mismo tiempo inquietante, ya que no se tiene un derecho de propiedad sobre el nombre de dominio. Ni siquiera ha sido definido jurídicamente. Por ello, en los casos arriba descritos no podemos hablar de incautación o expropiación. Igualmente, los medios legales con los que cuenta un registrante para recuperar su dominio en casos de robo son escasos. Solo algunos tribunales estadounidenses donde se han presentado denuncias al respecto, han reconocido un derecho de propiedad sobre el nombre de dominio[101].

98 *Kremen* v. *Cohen,* 325 F. 3d. 1039.

99 Agustinoy Guilayn, A., "¿De qué hablamos cuando hablamos de los nombres de dominio?", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 7, 2005, p. 32.

100 *Ibid.*

101 Para mayor información, vid. Lastiri Santiago Mónica. *La comercialización del nombre de dominio.* Marcial Pons, Madrid, 2014.

El Derecho español con su Plan Nacional de nombre de dominio bajo el *.es*, (núm. 2 de su ordinal 13) señala que "la asignación de un nombre de dominio confiere el derecho a su utilización a efectos de direccionamiento en el sistema de nombres de dominio de Internet". En este sentido, cabe resaltar, que sobre el dominio como tal no recae un derecho exclusivo de ningún tipo, sino un derecho de uso en el que ni siquiera existe la obligación de utilizar el dominio más que para efectos de direccionamiento, por lo que se reduce a un derecho de utilización para vincular una dirección IP con el nombre del dominio, sin más límites que el pago de las tasas de registro o de renovación.

Esta línea normativa se ha hecho más evidente durante el proceso que ha dado lugar a la admisión de los nuevos gTLD. Con relación a los gTLD en general, las armas jurídicas con las que cuenta el registrante de un dominio son las políticas de ICANN. El problema es que estas políticas se centran recurrentemente en la defensa de los derechos de marca y la utilización ilegal que sobre estos derechos se hace a través del nombre de dominio.

La falta de conceptualización jurídica del nombre de dominio, es una situación que debe solucionarse, ya que en la actualidad es el activo digital más importante de la empresa.

5. Conclusiones

A nuestro modo de ver, la aparición de los nombres de dominio genéricos o descriptivos es la muestra de una de las más profundas lagunas jurídicas que tiene el régimen jurídico actual de los nombres de dominio. La transmisibilidad del nombre de dominio ya no deriva únicamente de la necesidad de reivindicar un derecho anterior, sino del deseo de invertir en nombres de dominio o bien de la decisión de las empresas de obtener un valioso activo digital necesario para la entrada y la presencia en el comercio en Internet.

El problema de la falta de régimen jurídico para aquellos dominios que no pueden ser registrados como marca se ve en aumento con el advenimiento de las nuevas extensiones de primer nivel (Nuevos gTLDs), pues no solo se han incrementado los ya conocidos conflictos con las marcas sino que el mercado secundario de dominios que ha venido gestándose con las 25 extensiones de primer nivel que ya existían, ha crecido y con ello las prácticas del *domaining* y el *parking* de dominios. Igualmente, está cada día más presente el problema del robo de nombres de dominio.

En la actualidad, el régimen jurídico relativo al nombre de dominio no concede ningún derecho subjetivo sobre el mismo, y llama nuestra atención el hecho de que en la práctica su transmisión sea una situación tan común como la compraventa de cualquier otro bien jurídico tangible ¿Cómo se explica que el nombre de dominio sea transmisible a través de un contrato de compraventa si ni siquiera ha sido definido jurídicamente? ¿Cuál es el objeto jurídico de ese contrato?

Es necesaria la construcción de un sistema jurídico que provea al registrante o a la persona física o jurídica a la que se ceda un dominio, un derecho que le brinde protección y seguridad jurídica.

Surgió el URS, que si bien reconoce la realidad que muchos años fue ignorada, no conceptualiza jurídicamente al nombre de dominio y por ende, no determina qué clase de derecho se ejerce sobre el mismo. Además de que debemos recordar que el URS es solo una política de ICANN.

Siendo las cosas así, podemos decir que existen dos tipos de nombres de dominios, aquellos sobre los que se puede ejercer un derecho de propiedad industrial y aquellos sobre los que no se ostenta ningún derecho más que de direccionamiento, es decir, más que el de asociar el nombre con una dirección IP.

Actualmente, solo se tienen las siguientes opciones para recuperar el dominio: 1) demandar la propiedad del dominio bajo el cobijo del Derecho de marcas, UDRP O URS, situación que no es viable para muchos dominios. Ello, por contener denominaciones genéricas o descriptivas, no susceptibles de protección bajo ese derecho; 2) el pago por la transferencia del dominio ó 3) demandar la "propiedad" del dominio. Las dos últimas opciones se complican porque no existe régimen jurídico donde se reconozca un derecho de propiedad sobre un dominio, y repetimos, no hay instrumento jurídico que siquiera delimite jurídicamente a esta importante figura.

En nuestra opinión, la inauguración de una nueva categoría de bienes intangibles (bienes digitales) y el establecimiento de un derecho especial de propiedad sobre el mismo daría cabida a un régimen jurídico del nombre de dominio más completo porque daría protección aquellos registrantes de nombres de dominio genéricos o descriptivos que no invaden derechos de marca[102].

No se pueden poner puertas al campo, los nombres de dominio genéricos o descriptivos están ahí y son activos valiosos para la empresa, son comercializables, se compran y venden.

Dotar al nombre de dominio de un derecho no significaría desproteger a los titulares de marca, sino todo lo contrario. Éstos obtendrían, además del régimen jurídico que claramente les favorece, un derecho sobre un bien digital, y no una endeble protección a través del derecho de marca, que recordemos se caracteriza por su territorialidad, es decir, ese uso exclusivo que se otorga la propiedad industrial es solo en el territorio nacional donde se otorga el derecho. El nombre de dominio es un activo globalizado y por ello se debe la importancia de su protección y el de sus registrantes.

102 Para más información sobre la propuesta de inauguración de una categoría de bienes intangibles, teoría sobre los bienes digitales y el derecho que se ejercería sobre ese bien, *vid.* Lastiri Santiago, Mónica, *ibid.*

La suscripción del contrato *clickwrap* a través de la banca online, en América y especialmente en Venezuela

Cristhian G. Di Fabio L.*

SUMARIO: Introducción. I. Documento electrónico. II. Contrato electrónico. III. Contrato electrónico *clickwrap*. IV. Validez de la manifestación del consentimiento en el contrato *clickwrap*. V. Suscripción del contrato *clickwrap*. VI. El contrato *clickwrap* en la práctica comercial bancaria. a) Usos del contrato b) Seguridad jurídica V. Conclusiones.

Resumen

El contrato clickwrap es una derivación del contrato electrónico y se distingue por una actuación característica por parte del contratante: hacer clic en una casilla con la leyenda "acepto". La manifestación del consentimiento hecha por medios electrónicos es jurídicamente válida. Al menos, en Venezuela, Chile, Argentina, México y Estados Unidos, es un hecho comprobado la eficacia jurídica del consentimiento manifestado electrónicamente, particularmente a través de contratos clickwrap. La firma electrónica simple, tiene validez formal y eficacia probatoria. Tanto desde el punto de vista comercial como jurídico, es viable que las instituciones financieras celebren contratos de créditos electrónicos con sus clientes.

Palabras clave: Contrato clickwrap. Contrato electrónico. Banca online. Contrato clickthroug. Contrato electrónico bancario.

Recibido: 15/12/2018 • Aceptado: 12/1/2019

* Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Venezuela. Trabajo ganador de la XX Edición del Concurso de Monografías Jurídicas Jóvenes Abogados – 2018 celebrado en el marco del XXXVII Congreso de Derecho Financiero de la Federación Latinoamericana de Asociaciones Bancarias (FELABAN), en la ciudad de Panamá durante los días 18 y 19 de octubre de 2018.

Abstract

The clickwrap agreement is a derivation of the electronic contract and is distinguished by a characteristic performance by the contracting party: click on the box "I accept". The consent made by electronic means, is legally valid. At least, in Venezuela, Chile, Argentina, Mexico and the United States, the legal effectiveness of electronically manifested consent, particularly through clickwrap contracts, is a fact. The simple electronic signature has formal validity and evidentiary effectiveness. Both commercially and legally, it is feasible for financial institutions to conclude electronics credit agreements with their clients.

Keywords: Clickwrap Agreement. Electronic Agreement. Online Banking. Clickthrough Agreement. Banking Electronic Agreement.

Introducción

En el siglo XXI, el voraz avance de la tecnología está jugando un papel determinante en casi todos los aspectos de la vida humana. Novedosas tecnologías están modificando la forma de comunicarnos, de informarnos, de hacer negocios, de trabajar, de estudiar, entre otras muchas cosas. Sí, la tecnología está presente en cosas nunca antes imaginadas.

No obstante, los ordenamientos jurídicos siempre han estado un paso atrás ante los supuestos de hecho carentes de regulación expresa creados a partir de los adelantos de la tecnología. Ante tal situación, el intérprete de la ley debe intervenir activamente para verificar cómo armonizar las normas jurídicas existentes ante tales particulares supuestos de hecho.

Tal armonización adquiere particular relevancia en cuanto a los contratos electrónicos. Así, tradicionalmente al documento (visto desde el punto de vista jurídico) se le ha vinculado con una hoja de papel en donde se plasman por escrito unos términos y condiciones de carácter vinculante para las partes. En similar sentido y de forma inveterada, la firma se ha considerado como aquella escritura efectuada por el puño y letra de una persona sobre un documento, como señal inequívoca de aprobación de su contenido.

Ahora bien, la tecnología ha hecho que dicha concepción varíe, aunque la sustancia o esencia de tales conceptos (documento y firma), permanezcan intactos. Pues bien, a través del presente trabajo se examinará el valor jurídico de los contratos electrónicos denominados contratos *clickwrap*, dentro del ámbito bancario, particularmente los perfeccionados a través de la denominada banca virtual o banca online.

De manera específica, el objetivo del presente trabajo será analizar los contratos *clickwrap* por las características únicas que presenta, especialmente

por el hecho que, como señala LANDAEZ OTAZO (2009, 157) "los contratos *clickwrap* no hacen generalmente uso de firma electrónica alguna, en muchas ocasiones se permite, además, contratar en el anonimato".

Por eso, como quiera que los contratos *clickwrap* no son o están suscritos a través de una firma manuscrita o de su equivalente, esto es, una firma electrónica certificada, el presente trabajo analizará la factibilidad jurídica de dicha situación y, si existen o no alternativas en el ordenamiento jurídico venezolano. Asimismo, se examinarán las soluciones existentes en otros ordenamientos en la región.

De tal manera, es sabido que la resistencia al cambio muchas veces impide o retarda la implantación de una determinada tecnología, máxime cuando versa sobre formas milenarias de hacer las cosas. Asimismo, los paradigmas creados por hábitos, muchas veces son difíciles de cambiar.

Es por ello que, el objetivo del presente trabajo será despejar algunas dudas importantes que generalmente refuerzan la resistencia al cambio en el caso de contratos electrónicos y demoler parte de los paradigmas más importantes creados en torno a ellos.

I. Documento electrónico

Según la Real Academia Española (RAE), el documento se define como "diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos". Explica Rico Carrillo (2005, 95) que, "tradicionalmente, el termino documento se viene identificando con escritura, entendiendo por tal, la que procede de mano del hombre o en su defecto, la que se encuentra autentificada con su firma autógrafa".

El destacado jurista venezolano Rengel Romberg (2003, 111-112) apunta: "se entiende por documento, una cosa representativa de un hecho o de un acto jurídicamente relevante". Asimismo, el referido autor señala: "en el documento –enseña Carnelutti– se distingue la materia, el medio y el contenido"

De tal manera, aunque la materia o soporte por excelencia sea el papel, nada impide que pueda ser la tela, el cuero, o inclusive el electrónico. El medio de la representación, generalmente es la escritura, pero nada impide que sea otro, por ejemplo, la fotografía. Y el contenido, puede ser cualquier declaración de voluntad.

De allí que, el documento vale como tal, independiente de la materia o soporte que lo contenga, del tipo de medio de representación seleccionado y de su contenido.

Específicamente, la norma venezolana denominada Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE)[1] señala en su artículo 2 que el mensaje de datos es "toda información inteligible en formato electrónico o similar que

1 Publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria No. 37.148 del 28 febrero 2001.

pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio". Por ello, siendo el mensaje de datos una escritura en formato electrónico, cuyo soporte en donde almacene o intercambie puede ser también en formato electrónico, por ejemplo en la nube, en la memoria física de un ordenador o en otro soporte, es dable concluir que el mensaje de datos al que se refiere la ley, es efectivamente un documento electrónico. De forma directa, una relativamente reciente sentencia venezolana del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 29 de noviembre de 2013, (Caso Daniel Briceño Hernández Vs. Skanska Venezuela, S.A.) estableció: "para la Ley venezolana, los documentos electrónicos se denominan mensajes de datos".

También, la LMDFE en su artículo 4 señala que los mensajes de datos "tendrán la misma eficacia probatoria que la Ley otorga a los documentos escritos". De esa manera, tanto desde el punto de vista probatorio como sustancial, un mensaje de datos o documento electrónico es totalmente equivalente a un documento escrito.

A su vez, el documento escrito puede ser público o privado. En Venezuela, de los artículos 1357[2] y 1368[3] del Código Civil[4] se desprende que el documento público es aquel autorizado por el funcionario público que tenga facultad para darle fe pública. Por interpretación en contrario, en cambio, el documento privado es aquél que sin la intervención de dicho funcionario, ha sido suscrito por las partes interesadas.

En cuanto a su eficacia probatoria, el documento público hace plena fe o constituye una plena prueba (según los artículos 1359 – 1361 del Código Civil venezolano). El documento privado por su parte, debe estar reconocido para poder tener la misma fuerza probatoria del documento público (según los artículos 1363 del Código Civil venezolano y 444 del Código de Procedimiento Civil[5] venezolano).

En función de todo ello, el documento electrónico suscrito de forma privada[6], es decir, sin la intervención de un funcionario público, por ejemplo de un notario, tendrá desde el punto de vista probatorio la misma fuerza de un documento público, siempre y cuando haya sido reconocido por parte de quien lo suscribió

2 "Artículo 1.357. Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado".

3 "Artículo 1.368. El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquéllos en que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero.

Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, y se tratare de obligaciones para cuya prueba se admiten testigos, el instrumento deberá estar suscrito por persona mayor de edad que firme a ruego de aquél, y, además, por dos testigos".

4 Publicado en la Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

5 Publicado en la Gaceta Oficial No. 4.196 Extraordinario, del 02 de agosto de 1990.

6 Se hace referencia al documento electrónico como documento privado, ya que suele ser la forma más común en cómo se suscribe.

o de quienes lo suscribieron. De tal manera, una vez cumplido el requisito del reconocimiento, el documento electrónico obtiene suficiente eficacia probatoria alcanzando hasta la plena prueba, lo cual garantiza desde el punto de vista jurídico su aplicación en la práctica comercial.

Asimismo, señala el autor venezolano Nemironsky (2009, 512) a modo de resumen de los argumentos antes esbozados: "tanto en los documentos electrónicos en sentido estricto como en sentido amplio (documentos informáticos) reúnen los requisitos para ser considerados por nuestro ordenamiento jurídico, no solo dentro del género documentos sino también prueba por escrito".

II. Contrato electrónico

El eminente jurista patrio Morles Hernández (2006, 2236) señala que "una noción amplia de contrato electrónico comprende los negocios celebrados a través de medios de comunicación y por medios informáticos".

Landaez Otazo (2009, 155) indica: "se entiende por contratación electrónica aquella contratación que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo".

Rico Carrillo (2005, 123) precisa: "la esencia del contrato electrónico radica en el medio utilizado en la contratación, independientemente del objeto sobre el cual recae el acuerdo."

Por otro lado, Pérez & Carranco (2013, 65) enseñan: "estamos frente a un contrato electrónico cuando se ponen de acuerdo dos o más personas sobre una declaración de voluntades en común, tendientes a regular sus derechos a través del Internet, es decir, que la voluntad de contratar se manifiesta a través de una computadora".

Villalba Cuellar (2008, 89) señala con respecto a este contrato: "la doctrina mayoritaria hoy en día acepta que la aparición de esta clase de contratos no implica una modificación a los postulados clásicos de la contratación, aunque si se inclina a estudiarlos como una categoría contractual con características propias".

De la forma más elemental y según lo antes indicado, el contrato electrónico es aquel que se caracteriza por celebrarse utilizando el medio electrónico; del tipo que sea.

III. Contrato electrónico *clickwrap*

Una modalidad informal de contrato electrónico, es el denominado *clickwrap agreement* o contrato *clickwrap*. Este contrato ha recibido múltiples denominaciones, entre las que están: *clicktrought, point and click, click on y click and cccept.* Ahora bien, tampoco se trata de una nueva categoría de

contratos. Sencillamente se le denomina de esa manera, por la forma en cómo se manifiesta el consentimiento.

Noodt (2002, 10) indica que "a partir de la aparición de Internet, se ha difundido como modo de expresión del consentimiento "cliquear" con el botón del "*mouse*" en un ventana que dice "acepto" o una expresión equivalente, lo que ha dado en llamarse *click wrap agreement"*.

Landaez Otazo (2009, 157) lo define como "el acuerdo en el cual el vendedor requiere que el comprador manifieste su consentimiento clickeando con el mouse en un icono o botón que demuestra tal consentimiento".

Behar & Yañez (2014) indican que "los *clickwrap* son los contratos web por excelencia".

Goldman (2012)[7] expresa que un *clickthrough agreement* [nombre preferido por el autor para estos contratos] es presentado a los usuarios de manera tal, que deben efectuar alguna acción –usualmente haciendo clic en un botón– lo que sin ambigüedades significa que han asentido con el contrato".

De tal manera, la peculiar denominación del presente contrato deriva del sonido que efectúa el botón del *mouse* o ratón al presionarlo. Ese clic o toque que se produce, generalmente en una casilla ubicada al final de unos términos y condiciones de una página web o, a continuación de estos, constituye una señal de asentimiento y adhesión a un contrato. Claro está, ese clic o toque debe ser producido por la voluntad consciente de una persona, manifestada con la clara e inequívoca intención de contratar.

A modo de historia, Scotti (2015) citando a Lorenzetti, narra: "el tema comenzó a tener relevancia con los contratos de ventas de programas de computación que se enviaban empaquetados; ese envoltorio estaba diseñado de manera tal que, cuando se abre, importa una forma de asentir tácitamente". Y añade dicha autora lo siguiente: "en la contratación que se realiza por Internet no existe el paquete real, pero si el paquete virtual o bien se utiliza la práctica de hacer clic sobre un área que dice acepto".

IV. Validez de la manifestación del consentimiento en el contrato *clickwrap*

Maduro & Pittier (2003, 610 y 611) se expresan sobre el consentimiento en los siguientes términos: "es uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato, cualquiera que fuere su tipo o naturaleza" y, añaden: "está integrado por lo menos de dos voluntades que libremente son emitidas y comunicadas entre las partes de un contrato, se integran, combinan o complementan recíprocamente." El Código Civil venezolano en su artículo 1141 enumera las

7 Traducción libre del original: "A clickthrough agreement is presented to users in such a way that they must take some action–usually, clicking on a button–that unambiguously signifies that they are assenting to the contract".

condiciones requeridas para la existencia del contrato, de la siguiente manera: "1º Consentimiento de las partes; 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita."

Por consiguiente, las declaraciones de voluntad que constituyen el consentimiento pueden ser efectuadas mediante el lenguaje escrito, hablado o por "medios técnicos (radio, teléfono, telegrama) y tecnológicos". Maduro & Pittier (2003, 613). Así las cosas, como quiera que el ordenamiento jurídico venezolano no exige que las declaraciones de voluntad deban efectuarse haciendo uso de un determinado medio, entonces es plausible interpretar que se pueden efectuar a través de cualquier medio, incluyendo por supuesto el medio electrónico.

Es más, el artículo 15 de la LMDFE reconoce positivamente: "en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos", es decir, las declaraciones de voluntad pueden manifestarse validamente a través de documentos electrónicos.

El autor venezolano Salgueiro (2007, 189) categóricamente afirma: "por eso concluimos, sin lugar a equivocación, que el uso de la informática como medio de expresión para la comunicación entre las personas es un medio válido para manifestar la voluntad y por tanto, un medio válido para contraer derechos y obligaciones, con o sin Ley especial o general que lo admita o reconozca como tal".

En lo que se refiere a la contratación electrónica en los Estados Unidos de América, Kunz, Et Al (2003, 306) indica que los tribunales han sostenido consistentemente la validez del asentimiento cuando el vendedor con suficiente antelación informa que el hacer clic en un botón claramente etiquetado, constituye asentimiento a los términos presentados.

Sobre el mismo país, Leroy Millar & Jentz (2011, 271) expresan que los tribunales estadounidenses, basándose en el *Restatement (Second) of Contracts* y el Código Uniforme de Comercio (UCC), han concluido que "un contrato vinculante puede ser creado por la conducta, incluyendo el acto de hacer clic en una casilla que indica "Acepto" o "Estoy de Acuerdo" para aceptar una oferta en línea. Cuando un comprador en línea indica su consentimiento a quedar obligado por los términos de la oferta haciendo clic en alguna de la pantalla del sistema, un *Contrato Click On* (a veces denominado *Click On License o Contrato Click-Wrap*) se forma"[8].

8 Traducción libre del siguiente texto: "The *Restatement (Second) of Contracts*- a compilation of common law contract principles- states that parties may agree to a contract "by written or spoken words or by other action or by failure to act". The *Uniform Commercial Code (UCC),* which governs sales contracts, has a similar provision. Section 2.204 of the UCC states that any contract for the sale of goods "may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such contract". **Click On Agreements**. The courts have used these provisions to conclude that a binding contract can be created by conduct, including the act of clicking on a box indicating "I Accept" or "I Agree" to

El autor argentino Novelli (2013) declara que "haciendo click con el *mouse* en "Aceptar", se celebran diariamente millones de contratos, habiendo sido la jurisprudencia de los Estados Unidos pionera en reconocer la conclusión de contratos mediante *clic-wrap"*. Sin embargo, añade que en dicho país se han fijado algunas pautas importantes. En primer lugar, "el contrato sólo produce sus efectos si quien cliquea su aceptación ha tenido la oportunidad de examinar en la pantalla los términos contractuales y, pudiendo haberse rehusado a admitirlos, los ha aceptado mediante ese procedimiento (Compuserve Inc. v. Patterson, Richard S., Court Appeal 6th Circ., 22/07/1996). En segundo lugar, no se entenderá perfeccionado el contrato "cuando sólo se ha dado acceso en pantalla a ciertos aspectos generales del contrato, sin aclararse que al cliquear el botón "Aceptar" se admitían además otras condiciones; y menos aún cuando sólo se ha puesto en pantalla la leyenda "el uso significa aceptación de las condiciones del servicio", sin que el navegante haya tenido oportunidad de examinarlas previamente (Ticketmaster Co. et al v. Tickets Com. Inc., Trib. Fed. California, 27/03/2000)".

En México, Pérez & Carranco (2013, 70) apuntan: "desde el punto de vista contractual, el problema principal de la contratación se refiere al consentimiento". Por tal sentido, argumentan: "no se trata de un consentimiento electrónico, sino de una forma electrónica de consentir". Asimismo, el punto no necesita efectuar mayor labor interpretativa en la legislación mexicana, ya que exponen los prenombrados autores que el Código Civil Federal mexicano en su artículo 1811 claramente otorga efectos a las declaraciones de voluntad "hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología".

En el caso de Argentina, indica Bruzone (2014) que el nuevo Código Civil y Comercial, en vigencia a partir del 01 de enero de 2016, "contempla la celebración de contratos utilizando medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, etc.

En el caso de Chile, Pinochet Olave (2005) comentando acerca de la normativa interna de dicho país, expresa que según el artículo 12 A de la Ley 19.496 del Consumidor, en los contratos celebrados por medios electrónicos "el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos"". De igual modo, dicha norma prevé que la obligación de consumidor no se generará "a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones".

En los Estados Unidos de América, Goldman (2012) refiriéndose a los contratos *clickwrap*, concluye que "cuando son adecuadamente implementados, son extremadamente efectivos en los tribunales". El mismo autor agrega que la correcta implementación de este tipo de contratos en los casos de páginas de

accept an on line offer. When an online buyer indicates his or her assent to be bound by the terms of the offer by clicking on some on-screen Prompt, a click-on agreement (sometimes referred to as *click on license* or *click-wrap agreement*) is formed".

compraventa *on line*, debe incluir la aceptación por parte del usuario de los términos y condiciones del contrato respectivo al momento de efectuar el registro del mismo en la página web, mediante una cuenta de suscripción. Ello debería incluir, la posibilidad por parte del usuario, de poder consultar los términos y condiciones que acepta.

Sobre la implementación adecuada, los tribunales estadounidenses, particularmente en el caso Feldman vs. Google (2007) citado por Cross & Miller (2009, 278), han dicho: "para determinar si un acuerdo *clickwrap* es ejecutable, los tribunales abordan el asunto verificando los principios tradicionales del derecho de los contratos y centrarse en si los demandantes tenían un aviso razonable y el asentimiento manifestado al acuerdo *clickwrap*. A falta de una demostración de fraude, el incumplimiento al leer un *clickwrap* exigible, como con cualquier contrato vinculante, no excusará el cumplimiento de sus términos"[9].

En virtud de todo lo antes señalado, las declaraciones de voluntad emanadas por cada una de las partes a efectos de constituir el consentimiento como elemento esencial para la existencia del contrato, pueden efectuarse de forma jurídicamente válida utilizando medios electrónicos o mensajes de datos.

Ahora bien, cuando el consentimiento se forme a través de medios electrónicos, debe tenerse particular cuidado, ya que su incorrecta implementación puede traer consecuencias graves, incluida la invalidez o inexistencia del consentimiento. Así, para evitar la ocurrencia de vicios del consentimiento, particularmente del vicio del error[10], es importante asegurarse que el diseño y estructura de la página web que se utilice, le permita al usuario conocer de forma sencilla, amigable e inequívoca, antes de aceptar o hacer clic, todas las consecuencias que implica la operación que está llevando a cabo, así como el texto completo de los términos y condiciones generales y particulares del contrato. De igual manera, deben utilizarse mecanismos de seguridad que permitan autenticar la identidad del usuario.

Sobre esos aspectos, el artículo 69, numeral 7, de la norma venezolana denominada Ley de Instituciones del Sector Bancario[11] prevé la obligación por parte de Instituciones financieras de "informar y orientar adecuadamente al público en general, a través de comunicación verbal, impresa, audiovisual, virtual o a través de otros medios, sobre los servicios o procedimientos a seguir para

9 Traducción libre del original: "*To determine whether a clickwrap agreement is enforceable, courts presented with the issue apply traditional principles of contract law and focus on whether the plaintiffs had reasonable notice and manifested assent to the clickwrap agreement. Absent a showing of fraud, failure to read an enforceable clickwrap, as with any binding contract, will not excuse compliance with its terms*". Sentencia de la Corte de Distrito de Estados Unidos. Eastern District of Pennsylvania, 2007. 513 F.supp.2d 229.

10 Sobre el error, RODRIGUEZ AZUERO (1990, 74) enseña: "el error como vicio del consentimiento supone que uno de los contratantes se haya equivocado o ambos, incluso, respecto a uno de los elementos o presupuestos fundamentales del negocio, bien de hecho, ya de derecho".

11 Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.154 del 19 noviembre 2014.

efectuar cualquier operación o transacción, así como acerca de las diferentes especificaciones inherentes a cada producto o servicio financiero, que les permita elegir conforme a sus necesidades".

De manera tal, en la medida que el usuario de la banca online esté adecuadamente informado respecto al producto financiero que está adquiriendo y los procedimientos a seguir para suscribir el contrato electrónico que le permitirá obtenerlo, menor será el riesgo de que existan vicios en el consentimiento.

V. Suscripción del contrato *clickwrap*

Verificados los aspectos relativos a la validez y reconocimiento jurídico del contrato electrónico y la formación del consentimiento, es preciso proceder a profundizar sobre la manera en la cual ha de suscribirse o firmarse este tipo de contratos.

Con respecto a la suscripción del documento privado, es decir, de aquel en donde no interviene un funcionario público, caso ordinario del contrato electrónico, el ordenamiento jurídico venezolano señala en el artículo 1368 del Código Civil lo siguiente:

> El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquéllos en que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero.
> Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, y se tratare de obligaciones para cuya prueba se admiten testigos, el instrumento deberá estar suscrito por persona mayor de edad que firme a ruego de aquél, y, además, por dos testigos.

El referido artículo exige que necesariamente sea suscrito por el obligado, ya que es la manera de vincular el contenido del instrumento con la persona obligada. Ahora bien, ¿es la tradicional firma manuscrita la única manera de efectuar dicho vínculo?

Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (STESE del 03 de noviembre de 1997. RJA 8251) citada por Rico Carrillo (2005, 116) ha señalado que "la firma autógrafa no es la única manera de signar, pues hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que asimismo conceden autoría y obligan".

El autor venezolano Jurado (2011, 62) declara que, como quiera que "la experiencia ha probado que las diversas técnicas de autenticación de documentos electrónicos son tanto o más confiables que la firma manuscrita", visto que las nuevas tecnologías han puesto en marcha sistema de seguridad de gran garantía, como la criptografía, código secreto, biometría, entre otras, y teniendo en consideración que la firma manuscrita "estaba fundada en el simple hecho de

no existir otras maneras de registro permanente de la voluntad expresada por las personas", entonces –concluye el autor de forma bastante congruente- "el documento privado puede prescindir de la firma, en la medida en la cual por otros medios se pueda cumplir con las finalidades perseguidas con su utilización, es decir, la determinación de la autoría y autenticidad de la declaración" y en tal sentido "debe ser valorado como documento privado".

La LMDFE en su artículo 16 expresamente reconoce que "la firma electrónica que permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de este, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la Ley otorga a la firma autógrafa". El mismo artículo añade que para que se cumpla el principio de equivalencia funcional entre una y otra firma, se exige, salvo que las partes dispongan otra cosa, lo siguiente: "1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo una vez y asegurar razonablemente su confidencialidad; 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; 3. No alterar la integridad del mensaje de datos". De igual manera, el artículo 18 *eiusdem* señala que la firma electrónica certificada por parte de un Proveedor de Servicios de Certificación, se considerará que cumple con los tres requisitos antes señalados.

Pero, ¿qué se entiende por firma electrónica? Pues bien, la firma electrónica "se refiere a las diferentes maneras en que una persona puede indicar una asociación a un documento electrónico", Pérez & Carranco (2013, 71).

Rico Carrillo (2005, 198) explica: "en sentido amplio, la firma electrónica consiste en cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos, utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de la firma manuscrita".

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[12] establece en su artículo 2: "Por "firma electrónica" se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos".

Salgueiro (2007, 191) la define como "el elemento por excelencia para la determinación de la identidad de quien envía un mensaje de datos y por tanto, de la validez del consentimiento manifestado por este medio".

De la manera más sencilla, la firma electrónica es cualquier manera, método o símbolo electrónico que permita vincular un contrato electrónico con una persona. Para que la firma electrónica sea irrefutable, se requerirá además que esté certificada, como ya se mencionó, por parte de un Proveedor de Servicios de Certificación.

12 Adoptada el 5 de julio de 2001. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

No obstante, ¿qué consecuencias jurídicas ocasiona que la firma electrónica no esté certificada por parte de un Proveedor de Servicios de Certificación?

Pues bien, el artículo 18 de la LMDFE señala: "la Firma Electrónica, debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación conforme a lo establecido en este Decreto-Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16". Por interpretación en contrario, la firma electrónica carente de certificación no goza de la presunción *iuris et de iure* de que cumple con los tres (3) requisitos indicados en el artículo 16 de la prenombrada ley para que se verifique el principio de equivalencia funcional. Ello, visto que el Proveedor de Servicios de Certificación es una persona debidamente acreditada por el Estado de conformidad con la Ley.

Al respecto, el Sistema Económico Latinoamérica y del Caribe (2012, 11), al diferenciar entre una firma certificada y una que carezca de certificación o también llamada firma simple, asevera:

> …la diferencia entre una firma digital y/o electrónica avanzada, certificada o calificada y una firma electrónica simple es que la primera tiene mayor fuerza probatoria, pues no será necesario determinar su confiabilidad y apropiabilidad, gozando de esa presunción, no solo por la tecnología utilizada, sino porque exige la intervención de un prestador de servicios de certificación o entidad de certificación digital, quien compromete su responsabilidad en la identificación inequívoca de una persona en medios electrónicos.

Desde la perspectiva argentina, Márquez (2002, 205) hablando de la Ley de Firma Digital argentina, expresa que la misma distingue entre firma digital y firma electrónica, así como "las legislaciones, proyectos, leyes uniformes y doctrina realizan: firma digital, que es el procedimiento técnico que adosado a un documento digital asegura ciertos resultados (autenticación y no alteración del documento trasmitido), y firma electrónica, el que no asegura estas prestaciones".

En consecuencia, en los ordenamientos jurídicos analizados, la firma electrónica carente de certificación es jurídicamente válida y vinculante. Su único detalle es, particularmente del punto de vista venezolano, que carece de la presunción *iuris et de iure* relativa al cumplimiento de los requisitos necesarios para que sea funcionalmente equivalente. Sin embargo, la carencia de dicha presunción de ningún modo le resta validez o eficacia.

Apoyando esa idea, el prenombrado Sistema Económico Latinoamérica y del Caribe (2012, 11) afirma: "en los ordenamientos electrónicos en América Latina y el Caribe se encuentran reconocidas tanto la firma electrónica simple como la firma digital y/o electrónica avanzada".

En consecuencia, una firma electrónica simple o no certificada será equivalentemente funcional a una firma autógrafa, en la medida que cumpla los tres (3) requisitos antes señalados previstos en el artículo 16 de LMDFE: 1.

Los datos utilizados para su generación se produzcan solo una vez y sea confidencial; 2. No sea falsificable y, 3. Se conserve la integridad del mensaje de datos.

Ahora bien, ¿qué consecuencias jurídicas ocasiona que la firma electrónica no cumpla con los tres (3) requisitos antes indicados para que tenga equivalencia funcional? ¿Significa eso que el documento electrónico carecerá de firma y por tanto de valor jurídico alguno?

La respuesta se puede encontrar en una disposición clave incluida en el artículo 16 de la LMDFE, que prevé: "salvo que las partes dispongan otra cosa". Es decir, que el acatamiento o no de los tres (3) requisitos antes señalados estará supeditado a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, a lo que las partes libremente y de mutuo y común acuerdo, puedan libremente convenir al respecto.

De tal manera, no es de orden público y por ende de cumplimiento forzoso, la observancia de los requisitos previstos en el artículo 16 de la LMDFE para hacer equivalente una firma electrónica simple a una tradicional firma autógrafa. Por lo tanto, prevalece o prima la voluntad de las partes al respecto. Ello implica que, si las partes acordaron que utilizarían una tecnología que aunque no cumple cabalmente con tales requisitos, si garantiza la seguridad técnica del proceso, permitiendo efectivamente la autenticación del documento y satisfaciendo las exigencias de autoría e integridad necesarias, como lo desarrolla Rico Carrilo (2005, 202), entonces la suscripción del contrato electrónico será vinculante y perfectamente exigible ante tribunales. Al respecto, señala el Sistema Económico Latinoamérica y del Caribe (2012, 10) abordando a la firma electrónica de conformidad con las referencias legislativas latinoamericanas y del Caribe:

> …piénsese en los contratos bancarios, en los que, precisamente, se establece que los sistemas de PIN y claves son mecanismos técnicos que permiten autenticar al consumidor financiero ante su Banco, y en el mismo contrato se señala que ese mecanismo es confiable y apropiable. Así pues la clave de un cajero, la contraseña, y un PIN son firmas electrónicas que utilizamos cotidianamente. La firma electrónica entonces tiene plena vigencia, y lo que será determinante dentro del modelo utilizado, es que las partes de una comunicación electrónica hayan establecido, a través de un acuerdo previo, la confiabilidad y apropiabilidad del mecanismo en cuestión.

En el mismo orden de ideas, asegura Salgueiro (2007, 202) que aquel "mensaje de datos al cual le falten algunos de los elementos establecidos en la Ley, hará plena prueba si existe convención previa entre las partes, ya que, como se ha mencionado, este régimen es supletorio y la autonomía de la voluntad de las partes está por encima de cualquier de las normas establecidas en la LMDFE". Igualmente, el referido autor precisa: "podemos citar, como ejemplos cotidianos de convención entre las partes para identificarse en ambientes electrónicos, las claves asociadas para el uso de cajeros electrónicos de

instituciones bancarias, *login* asociado a una clave o *password* para la realización de operaciones bancarias y pagos a través de servicios en línea de instituciones bancarias", entre otros que cita el autor.

A mayor profundidad y para despejar cualquier tipo de dudas en lo que respecta al ordenamiento jurídico venezolano, la Exposición de Motivos de la LMDFE, la cual ayuda a comprender la intención de legislador al crear la norma, señala entre los principios que rigen dicha Ley, el siguiente:

> Respeto a las firmas electrónicas preexistentes. Las firmas electrónicas utilizadas en grupos cerrados donde existan relaciones contractuales ya establecidas pueden ser excluidas del campo de aplicación del Decreto-Ley. En este contexto debe prevalecer la libertad contractual de las partes".

De tal manera, la exposición de motivos de la LMDFE no hace más que ratificar la validez, eficacia y primacía, de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la utilización de firmas electrónicas.

Asimismo, el artículo 9 de la LMDFE adicionalmente prevé que "las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor". El hecho que las partes puedan libremente convenir sobre la proveniencia del documento electrónico, constituye un argumento adicional para defender el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en lo que respecta a la autoría del documento electrónico y su suscripción.

En tal modo, señala la autora venezolana González Guzmán (2009, 312), refiriéndose a las operaciones efectuadas mediante la Banca Virtual[13]:

> …tenemos que la información electrónica intercambiada entre el Banco y el usuario con el objeto de realizar una operación bancaria, constituye un mensaje de datos, y que la clave de seguridad que identifica al destinatario del servicio es, sin duda alguna, una firma electrónica en los términos de la Ley".
>
> En virtud de dichas afirmaciones, concluye la referida autora:
>
> …no bastaría alegar como excusa para restarle eficacia [a las declaraciones electrónicas], el hecho de que la operación bancaria haya sido realizada por medios electrónicos, o, que la firma electrónica no posea un certificado emitido por un Proveedor de Servicios de Certificación.

En igual caso ocurre en España, así, Flores Doña (2007, 215) señala que para encontrar un equilibrio entre la inseguridad derivada de la amplitud de firmas electrónicas y los elevados costes que conllevaría el uso obligatoria de

13 En Venezuela, la Resolución No. 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica, define a la Banca Virtual o **Banca por Internet, de la siguiente manera**: "Canal electrónico utilizado por los Bancos y demás Instituciones Financieras para ofrecer a sus clientes los productos y servicios, a través de sus portales transaccionales".

las firmas avanzadas certificadas, el legislador de ese país "ha optado por reconocer efectos internos a las firmas convencionales en el artículo 3.10 LFE, que dice: cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas." De igual manera añade la referida autora: "de este modo, nuestra Ley de firma opta por una solución más flexible que la de seguridad alemana *(Büchnner: "Internetspzifische Vertagsformen in euroäischen Kontext",* pp. 342-343) mediante la exigencia de nuestra equivalente firma avanzada reconocida".

También, en el mismo país la sentencia TS, Sala 2ª, de 16 de marzo de 2009, analizó la equiparación con la firma manuscrita en el supuesto de banca a distancia o por Internet, visto que entre las partes se había previamente celebrado un contrato de banca a distancia para particulares, estableciendo al respecto que "la utilización de las claves de acceso y la validación de la operación, sustituirán a su firma manuscrita y producirán plenos efectos jurídicos, asumiendo plenamente como propia y respondiendo de dicha operativa frente al Banco sin que éste deba hacer comprobaciones adicionales sobre la identidad del ordenante". AAVV (2010).

Asimismo, en el caso de Colombia, señala Villalba Cuellar (2008, 103) que "el art. 7 de la Ley 527/99 es la columna vertebral de las firmas, que aplicadas a los mensajes de datos, tiene el valor que se concede a las firmas manuscritas, siempre y cuando se haya utilizado el medio apropiado de identificación del iniciador. Este método debe ser confiable y apropiado para los fines de las partes". De igual manera, en virtud de las anteriores afirmaciones, añade el citado autor: "se podría afirmar entonces que un mensaje de e-mail enviada desde una cuenta de correo determinada y asociada a su creador, podría ser considerado como firmado. Todo depende claro está, de la finalidad específica, nadie osaría celebrar un contrato de millones de dólares solo con base en un mensaje de e-mail". Por otro lado, el mismo autor acepta: "Sin embargo para lograr un grado de seguridad una firma electrónica puede consistir en una firma digital".

En el mismo orden de ideas, Rincón Cárdenas (2013) comenta que el novísimo Decreto 2364 de 2012 estableció la reglamentación del antes citado artículo 7º de la Ley 527/99 de Colombia, complementando así el marco jurídico de los mecanismos de autenticación previstos en ese país. Asimismo, agrega dicho autor que, a través de dicho Decreto "se instaura el uso de la firma mediante acuerdo de las partes de una relación jurídica, pero se establece también de manera clara que éstos mecanismos deben garantizar las condiciones de confiabilidad, y en ese orden de ideas quien predisponga métodos de autenticación, como por ejemplo bancos o entidades financieras, deberán garantizar las condiciones de autenticidad e integridad definidas como alcance del concepto de confiabilidad".

Por otro lado, en lo que respecta a los acuerdos previos que pueden convenir las partes sobre contrato y firma electrónica, la Cámara de Comercio Internacional (o ICC por sus siglas en inglés) aprobó en el año 2004 los *ICC eTerms 2004*, en donde se establecieron cláusulas modelo, las cuales fueron diseñadas para mejorar la seguridad jurídica de los contratos celebrados por medios electrónicos y para ser fácilmente incorporadas con las demás cláusulas contractuales acordadas entre las partes[14]. Así, por ejemplo, el artículo 1 se refiere a términos y condiciones contractuales, referidos a la validez, ejecutoriedad, fuerza probatoria y creación reciproca de derechos y obligaciones entre las partes sobre la utilización de mensajes electrónicos.

Por todo lo antes indicado, ha quedado bastante claro que no solo en Venezuela sino también en otros países Latinoamericanos y en otras latitudes, las partes pueden establecer a través de un contrato previo, los términos y condiciones que consideren más favorables para regular el intercambio de mensajes de datos que efectuarán, la validez en la suscripción de los mismos, así como los mecanismos de seguridad que utilizaran. Particularmente en el caso de la banca virtual o banca online, el referido contrato previo puede ser suscrito tanto de la manera tradicional, es decir, a través de un contrato escrito autenticado ante un notario público, de forma privada sin la intervención de ningún funcionario público, o a través de un contrato electrónico. Ahora bien, a fines de reforzar aún más el aspecto probatorio, las partes podrían autenticar dicho contrato previo ante notaría pública, visto que precisamente ese contrato servirá de paraguas para los demás contratos que se generen a través de ese mecanismo.

Por otro lado, ¿qué sucede si las partes de una relación jurídica utiliza una firma electrónica que no cumple los requisitos para que se verifique la equivalencia funcional y sobre la cual no se efectuó ningún acuerdo de voluntades previo para regularla? ¿Significa ello que la firma electrónica empleada carece de todo valor jurídico? Tampoco. El ordenamiento jurídico venezolano favorece la utilización de las firmas electrónicas y las ampara. Así, la LMDFE en su artículo 17 establece que en ese caso, aunque la firma electrónica no será totalmente equivalente con la manuscrita, si constituirá "un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica".

En Venezuela, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 20 de agosto de 2004 (Caso Mireya Torres De Belisario Vs. José Román Belisario López) Exp. AA-20-C-2003-000448, se reconoció que:

> …la doctrina patria ha establecido que a través de la sana crítica el sentenciador tiene libertad de apreciar las pruebas aportadas al juicio de acuerdo con la lógica

14 Según lo indicado en la página web de la Cámara de Comercio Internacional: http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/. Fecha de consulta: 18 de mayo de 2015.

> y las reglas de la experiencia que, según su criterio personal, son aplicables en la valoración de determinada prueba. (Henríquez La Roche, Ricardo: Código de Procedimiento Civil. Tomo III. Ediciones Liber, Caracas 2004, p. 594 y ss.).

Por otro lado, a los efectos de determinar la validez o no de una firma electrónica, una reciente sentencia venezolana del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de 29 de noviembre de 2013, (Caso DANIEL Briceño Hernández Vs. Skanska Venezuela, S.A.) mencionó:

> Al respecto, observa este Juzgador que el autor Peñaranda Quintero, Héctor en su obra "El Documento Electrónico" señala que para el caso de que se niegue formalmente el reconocimiento de la validez jurídica del documento electrónico, "tocará a la parte promovente de la prueba demostrar su autoría, y tratándose de documentos electrónicos, no es posible acudir al cotejo ni a ningún procedimiento similar a éste, de forma que de ser rechazada la autoría del mismo, es necesario que se lleve a efecto la prueba de experticia, a través de la cual, expertos en informática puedan analizar la autoría y medios de conducencia del mensaje electrónico.

Por todo ello, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico venezolano otorga suficiente valor jurídico formal a la firma electrónica, bien sea que ésta sea certificada o no. A mayor abundamiento, el artículo 1 de la LMDFE señala:

> El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Por ello, ante un caso en donde se dilucide la validez o no de un contrato *clickwrap*, el juez al momento de abordarlo, está en la obligación de interpretar "progresivamente" las normas que sean aplicables, es decir, debe procurar que en un número mayor de situaciones o supuestos, de acuerdo a los avances de la tecnología, se reconozca cada vez más la "validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas". Vale resaltar que, son dos cosas que el intérprete judicial debe procurar reconocer con respecto a los documentos electrónicos y firmas electrónicas: (i) su validez formal y, (ii) eficacia probatoria. Ello significa que, por mandato legal, no podrá descartar ligeramente a los documentos y firmas electrónicas, tanto desde el punto de vista formal como desde el aspecto probatorio. Bajo esa misma óptica progresiva, debe también entenderse la aplicación de la sana crítica por parte del Juez en el caso que así se requiera, según lo previsto en el artículo 17 de la LMDFE.

En tal sentido, bajo este lente, las previsiones normativas actualmente existentes adquieren un significado distinto.

Por ejemplo, el artículo 6 de la LMDFE prevé en parte: "cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica".

Así, entre muchos otros, el supuesto previsto en el numeral 8 del artículo 410 del Código de Comercio venezolano aplicable a la letra de cambio sobre "la firma del que gira la letra (librador)", adquiere un nuevo matiz. En igual sentido, el supuesto previsto en cuanto al endoso previsto en el artículo 421 *eiusdem*, el cual prevé: "El endoso debe escribirse sobre la letra de cambio o sobre una hoja adicional. Debe estar firmado por el endosante".

Por tanto, la firma a secas, se concibe no únicamente como la firma autógrafa, pero tampoco como la firma electrónica certificada o firma digital, sino como cualquier traza, electrónica o no, presente o futura y de la tecnología que sea, que de la forma más elemental, vincule *lato sensu*, a una persona con una declaración de voluntad.

VI. El contrato *clickwrap* en la práctica comercial bancaria

a. Usos del contrato

La norma jurídica especial venezolana, esta es, la Ley de Instituciones del Sector Bancario, prevé parcialmente en su artículo 70 bajo el titulillo "Mejora Continua del Servicio Bancario" lo siguiente: "Las instituciones bancarias no podrán prestar ni ofrecer, a través de la banca virtual, productos o servicios distintos a los contemplados en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, o los autorizados por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario."

Por interpretación en contrario, dicho artículo reconoce jurídicamente el derecho de los bancos de prestar a través de la banca virtual o banca online, los productos y servicios financieros contemplados en dicha norma. En caso de no estar contemplados, entonces los bancos podrán prestar todos los demás productos financieros que previamente autorice el órgano regulador en materia bancaria.

En tal sentido, ¿cuales productos o servicios financieros expresamente contempla la Ley de Instituciones del Sector Bancario?

Pues bien, el primer párrafo del artículo 51 de la prenombrada Ley, ubicado tal artículo dentro del Capítulo I, en el acápite referido a Operaciones, capítulo ese que forma parte del Título V, referido a las Operaciones, Funcionamiento y Atención al Público, señala cuales son los productos financieros:

> Las modalidades y condiciones de los depósitos, en moneda nacional o en divisas, el crédito, el fideicomiso, las estipulaciones contractuales, las inversiones en títulos valores y cualquier otra modalidad de intermediación propias de la actividad bancaria así como los servicios prestados al usuario o usuaria, serán establecidas y reguladas en la normativa prudencial que la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dicte al efecto y en las normas que determine el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.

Por su parte, los primeros párrafos del artículo 58 *eiusdem* precisan:

> A los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se consideran como:
> 1. Crédito: todas aquellas operaciones en moneda nacional, que comprenden el arrendamiento financiero, descuento de facturas, cartas de crédito, descuentos, anticipos, reportos, garantías y cualesquiera otras modalidades de financiamiento u operaciones activas realizadas por las instituciones bancarias.
> En todo caso, las instituciones bancarias, podrán emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general canalizar operaciones de comercio exterior, en cumplimiento de las normas establecidas por el Banco Central de Venezuela.
> Las instituciones bancarias podrán efectuar operaciones de reporto únicamente con títulos valores emitidos o avalados por la República Bolivariana de Venezuela o por empresas del Estado, ya como reportadores o como reportados. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará las normas prudenciales para regular estas operaciones con la opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional".

En tal sentido, no solo las operaciones de carácter pasivo, como los depósitos, sino también cualquier tipo de operaciones de carácter activo, como los préstamos, son plausibles de ser efectuados a través de la Banca virtual o banca online. Vale destacar que, ello puede realizarse sin que medie una autorización previa por parte del órgano regulador, visto que se trata de operaciones expresamente previstas en el texto de la Ley.

Entonces, los bancos pueden valerse de la banca online, no solo para prestar servicios financieros y otorgar productos de la misma índole, sino también para instrumentar jurídicamente a través de ese medio los contratos electrónicos que tengan por objeto operaciones financieras (constitución de líneas de crédito, pagarés, préstamos, etc.)

Por ende, la correcta adecuación o implementación, según se trate, de la banca virtual, con el fin de permitir la suscripción de contratos electrónicos, particularmente de contratos *clickwrap*, garantizará entre otras cosas, la seguridad jurídica en las operaciones financieras que se lleven a cabo.

b. Seguridad jurídica

¿Cómo pueden los bancos garantizar la seguridad jurídica en la utilización de contratos electrónicos, cuando las partes lo suscriben utilizando firmas electrónicas carentes de certificación, es decir, a través de la banca virtual por medio de un contrato *clickwrap*?

Al respecto, el autor venezolano Muci Facchin (2004, 51) indica que con el fin de certificar adecuadamente la identidad y capacidad de los usuarios, los bancos pueden "utilizar diversidad de metodologías existentes para establecer tal autenticación, entre las cuales se encuentran: los números de identificación personas (PINs); contraseñas, tarjetas inteligentes, tecnología que aplique la biometría".

En Venezuela, la Resolución No. 641.10 sobre las Normas que Regulan el Uso de los Servicios de la Banca Electrónica[15], expresamente establece un marco jurídico para la utilización de contratos electrónicos en la banca on line y las formas de autenticación del usuario de la misma. Asimismo, establece diversos factores de autenticación, dependiendo el tipo de operación de que se trate.

En tal sentido, el artículo 4 de dicha norma señala lo siguiente:

> En cuanto a la afiliación del servicio de Banca por Internet y Banca Móvil, las Instituciones Financieras podrán implementar la aceptación de contratos electrónicos, utilizando Factor de autenticación categoría 1 a que hace referencia el artículo 5 de las presentes normas. Lo anterior, se considerará como la confirmación y autorización de uso de los servicios de Banca Electrónica.

A su vez, el artículo 5 *eiusdem* prevé:

Los Bancos y demás Instituciones Financieras deberán utilizar factores de autenticación para verificar la identidad de sus clientes y la cualidad de éstos para realizar operaciones mediante la Banca Electrónica", y de seguidas establece al menos 5 categorías de factores de autenticación, que incluyen: cuestionarios con información del cliente, contraseñas, claves dinámicas de un único uso, uso de tarjetas bancarias con circuito integrado (chip), uso de firmas electrónicas certificadas y biometría, siendo esta última, una tecnología muy común en Venezuela en el último año.

Asimismo, la referida norma establece mecanismos de seguridad con los cuales debe contar la página web de la banca virtual, como mecanismos de cifrado en la transmisión y almacenamiento de la información y la utilización de certificados digitales (SSL) u otros mecanismos que permitan autenticar el sitio transaccional.

15 Publicada en la Gaceta Oficial No. 39.597 del 9 enero 2011.

En consecuencia, los mecanismos de seguridad que se utilicen en la firmas electrónicas (carentes de certificación pero reguladas por un contrato previo), por lo menos deben ser capaces de garantizar razonablemente, los principios referentes a la autenticación, integridad, confidencialidad y disponibilidad.

Siguiendo las pautas previamente señaladas, se mitigaría el riesgo operativo, al cual se expone la banca al utilizar formas de contratación electrónica. Así, propone Rincón Cárdenas (2006, 111) diversas soluciones para mitigar el referido riesgo, entre las que está, el mecanismo de encriptación conocido como *Secure Socket Layer* (SSL), antes indicado y el *Secure Electronic Transaction* (SET). Asimismo, aplicando los mecanismos de seguridad antes señalados y la ejecución apropiada de la banca on line, también se evitaría el riesgo legal, el cual está asociado, como señala Linares (2013, 188) "con la calidad de los documentos de crédito y con las demandas contra la institución", entre otras cosas.

VII. Conclusiones

En Venezuela, el mensaje de datos es equivalente a un documento electrónico. El documento electrónico es a su vez, un documento escrito. Un documento escrito debidamente reconocido, tiene el mismo valor probatorio que un documento público, esto es, plena prueba.

El contrato electrónico, es aquél que se caracteriza por celebrarse utilizando medios electrónicos.

El contrato *clickwrap* no constituye una nueva categoría de contratos, sino más bien, se trata de una derivación del contrato electrónico en el cual, la forma de celebrarse por el medio electrónico incluye una actuación característica por parte del contratante: hacer clic en una casilla con la leyenda "acepto".

La manifestación del consentimiento por medios electrónicos es jurídicamente válida. De la muestra geográfica extraída, esto es, de Venezuela, Chile, Argentina, México y Estados Unidos, es un hecho comprobado la eficacia jurídica del consentimiento manifestado electrónicamente, particularmente a través de contratos *clickwrap*.

La correcta implementación que se efectúe en los contratos *clickwrap* jugará un papel decisivo en lo que respecta a la validez y eficacia de estos contratos y su suscripción. De forma general, ello deberá incluir que, el usuario haya podido conocer los procedimientos, así como los términos y condiciones de la contratación, previo a esta, y se le haya permitido la posibilidad de aceptar o no, de forma clara e inequívoca.

La firma electrónica es jurídicamente válida y eficaz en Latinoamérica. Su validez y eficacia no está condicionada a que haya sido certificada por un ente acreditado por el Estado. De tal manera, la firma electrónica simple tiene validez formal y eficacia probatoria.

En Venezuela, Colombia y España, entre las muestras geográficas especificas extraídas, pero sin limitarse a otros países de Latinoamérica, se reconoce la

validez formal y eficacia probatoria del convenio que puedan hacer las partes de una relación jurídica, para establecer conforme a los principios de autonomía de la voluntad de las partes y libertad contractual, la utilización de una tecnología que garantice la seguridad técnica del proceso de contratación electrónica, permitiendo la autenticación del documento y satisfaciendo las exigencias de autoría e integridad necesarias.

Particularmente en el caso de Venezuela, existe un argumento adicional a favor de las firmas y documentos electrónicos. Por mandato expreso de Ley, las normas existentes en este ámbito deben ser interpretadas de forma progresiva, es decir, orientadas a reconocer cada vez y en mayores supuestos, su validez y eficacia probatoria.

A través de la banca on line y particularmente en el caso especial de Venezuela, tanto desde el punto de vista comercial como jurídico, es viable que las instituciones financieras celebren contratos de créditos con sus clientes. Como antes se indicó si los medios electrónicos utilizados para el proceso de contratación electrónica son adecuados, ello no impactará negativamente en lo que respecta al riesgo operativo y al riesgo legal, a los cuales está sujeto la banca.

La implementación de contratos electrónicos a través de la banca virtual genera múltiples beneficios para las instituciones financieras, que van desde el ahorro de papel y gastos de impresión, hasta la mejora en calidad de servicio y tiempos de respuesta, por solo decir algunos. Además, permite el autoservicio por parte del usuario, proceso ese cada día más solicitado y exitoso a nivel mundial.

Estudio comparativo del marco jurídico aplicable al teletrabajo en Venezuela con la Ley de Teletrabajo de Colombia, el Decreto de Promoción del Teletrabajo de Costa Rica y el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo

Sulmer Paola Ramírez*

SUMARIO: 1.Consideraciones generales sobre teletrabajo 2. Marco jurídico regulador del teletrabajo en Venezuela: especial referencia comparativa con la Ley de Teletrabajo de Colombia, el Decreto de Promoción del Teletrabajo de Costa Rica y el Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo. 2.1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 2.2. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. 2.3. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. 2.4. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. 2.5. Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. 2.6. Ley del Seguro Social.

Resumen

El teletrabajo en el ordenamiento jurídico venezolano es analizado con una especial referencia comparativa a las legislaciones latinoamericanas y europeas, en particular la Ley de Teletrabajo de Colombia, el Decreto 34704-MP-MTSS de Teletrabajo y la guía de su implementación en Costa Rica y el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo. En el desarrollo de la investigación se destaca la importancia de subsumir la figura del teletrabajo en la legislación laboral venezolana, en virtud que a pesar de ser una realidad

Recibido: 25/11/2018 • Aceptado: 17/12/2018

* Abogada, Doctora en Derecho, Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social UCAT; Especialista en Derecho Administrativo UCAT, Especialista en Negocios con América Latina IDEC Universidad Pompeu Fabra Barcelona España, Certificación Internacional en Coaching y Programación Neurolinguistica. Profesora Universitaria y Consultora Organizacional. sulmerp@gmail.com

como forma de prestación de servicio, Venezuela no cuenta con un instrumento jurídico, ni existen proyectos de ley orientados a regular el teletrabajo

Palabras clave: Derecho laboral. Teletrabajo. Subsunción o sujeción normativa. Referencia comparada.

Abstract

Teleworking in Venezuela's Legal System is analyzed in a comparative reference to the Latinoamerican and European legislation, especially Teleworking Law of Colombia, Decree 34704-MP-MTSS of Teleworking, the guide of its implementation in Costa Rica and the European Framework Agreement on Teleworking. The importance of subsumption teleworking under Venezuelan applicable labor laws is underlined. In spite of teleworking being a fact of life, in Venezuela there is no specific law, nor any project that expressly attempts to regulate this specific area.

Key words: Labor Law. Telenetworking. Subsumption. Comparative Reference.

1. Consideraciones generales del teletrabajo

El teletrabajo, conocido igualmente como teledesplazamiento (*telecommuting*)[1], trabajo en red (*networking*), trabajo a distanci*a (remote working*) o trabajo en casa (*teleworking*), ha sido explicado por varios autores, sin encontrarse una definición unánimemente aceptada.

Jack Nilles[2] citado por Thibaulth[3] fue el primer autor en utilizar el término teletrabajo y lo definió como: "cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información" o de forma más gráfica "la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar el trabajador al trabajo".

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) citada por Gaeta[4] lo definió como: "…forma de trabajo efectuada en un lugar alejado de la

1 Término utilizado con mayor frecuencia en Estados Unidos de América según lo refiere PADILLA, A. *Teletrabajo Dirección y Organización*. México D. F.: Alfa Omega Grupo Editor S.A, 1998, p 4.

2 Jack NILLES, además de ser el considerado el padre del teletrabajo, también indicó las 12 reglas de esta nueva forma de prestación de servicio, comunicadas mediante una entrevista que concediera en el año 1996 a Jorge Nascimento Rodrígues, editor del sitio Gurusonline, disponible en http://www.gurusonline.tv/es/conteudos/nilles1.asp.

3 THIBAULTH, J. *El Teletrabajo*, *op. cit*. 2000, p 24.

4 GAETA, L.: "Il telelaboro: legge e contratazione». Roma: Giornali di Diritto del Lavoro e di relazioni industriali", 1995, p 10.

oficina central o del centro de producción y que implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación".

La Comisión Europea y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, citada por Thibaulth[5] considera que:

> el teletrabajo es cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnologías informáticas o de telecomunicaciones.

Para quien escribe, el teletrabajo es: La prestación personal de servicio, ejecutada por cuenta ajena fuera de la sede física de la empresa, con el uso de los medios telemáticos e informáticos como indispensables herramientas de trabajo[6].

De la definición que antecede, se desprenden los elementos esenciales del teletrabajo, que la autora explica de la siguiente manera:

a. La prestación personal del servicio ejecutada fuera de la sede física de la empresa: En el teletrabajo, la prestación del servicio en su mayor parte se ejecuta fuera de la sede física donde funciona la empresa, incluyendo sucursales y dependencias. El teletrabajador presta sus servicios en un lugar en el que no se encuentra físicamente su patrono en el caso de teletrabajo subordinado o su cliente en el caso de teletrabajo autónomo. Cabe destacar, que esta limitación física, no debe asimilarse a falta de control, debido a la utilización de medios telemáticos e informáticos, herramientas fundamentales del teletrabajo que permiten como se verá más adelante, ejercer en la mayoría de los casos, un mayor control sobre la prestación de servicio del teletrabajador.

No comparto la opinión de algunos autores, que incluyen en sus definiciones de teletrabajo, la existencia de una distancia mínima entre el espacio físico donde se encuentra quien presta el servicio y la sede física de la empresa. Tal es el caso de Lemesle citado por Thibaulth[7] quien en su definición de teletrabajo señala que la prestación se realice "por una persona o un grupo de personas asalariadas, desde su domicilio o su residencia, que dependen de uno o varios empresarios cuya sede está alejada del domicilio o del telelocal al menos 4 kilómetros".

5 THIBAULTH, J.: *El Teletrabajo*, *op. cit.* p 24.

6 Esta definición hace referencia al teletrabajo subordinado que es ejecutado bajo los postulados tradicionales del derecho laboral, a saber: en forma personal, con dependencia, por cuanta ajena y mediante una remuneración. La forma de trabajo bajo teletrabajo también se puede verificar en el trabajo autónomo e independiente, conservando los elementos señalados por la autora pero sin la existencia de los señalados postulados del Derecho laboral.

7 THIBAULTH, J. *El Teletrabajo*, *op. cit*. 2000, p 26.

Para quien escribe, el solo hecho de ejecutar la prestación de servicio encomendada en una sede diferente a la del empleador, sin importar la distancia que separe una de la otra, es suficiente para considerar que se da cumplimiento con este requisito.

b. La coexistencia de la noción de empresa materializada y empresa desmaterializada: en virtud que en el teletrabajo, la empresa está presente tanto forma materializada, vale decir, aquella sede física que es domicilio fiscal, centro de imputación normativa sobre el que recae la representación de sus intereses, las medidas de seguridad, salud y las fiscalizaciones previstas en las leyes, como en la noción de empresa desmaterializada, en la que su sede varía en atención al tipo de teletrabajo del que se trate, cambiándose la sede geográfica determinada por el lugar donde se encuentre el teletrabajador prestando sus servicios, de forma tal que se encontrará la empresa, en su noción desmaterializada donde se encuentre el teletrabajador, en otras palabras, la empresa se constituye en el lugar donde el teletrabajador preste sus servicios, sea éste un lugar fijo o un lugar móvil, tal y como se explicará con mayor detenimiento en la tipología del teletrabajo.

c. La utilización de medios telemáticos o informáticos como indispensables herramientas de trabajo: el teletrabajo se caracteriza por la utilización de medios telemáticos o informáticos que permiten ejecutar y externalizar la actividad encomendada, además de favorecer una constante y más rápida comunicación con la empresa. No se trata solo de un trabajo ejecutado fuera del inmueble o sede física de la empresa, sino que, además es requisito indispensable que con el uso intensivo del teléfono, fax, correo electrónico, video terminal, video conferencia, entre otros medios informáticos y telemáticos existentes, se haga posible la prestación de dicho servicio.

Ahora bien, no toda prestación de servicios a distancia, realizada con los medios telemáticos, merece la calificación de teletrabajo, bien porque puede ser que la mayor parte de esa actividad no se preste a distancia, o bien porque el uso del ordenador con el software aplicativo instalado en el mismo por la empresa, se aplica durante menos del cincuenta por ciento del horario de trabajo y durante el resto de la jornada se dedica a otra actividad, criterio éste seguido por la doctrina alemana. Quedan por tanto excluidos los casos en los que el ordenador cumple funciones de máquinas de escribir, o que el fax y correo electrónico se utilizan sólo para enviar la información que ha sido recabada.

El teletrabajo consiste fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del trabajo a domicilio tradicional basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles.

Gracias al uso de las TIC como herramientas fundamentales para la prestación de servicio en el teletrabajo, es posible prestar dicha labor, en el domicilio del teletrabajador, en un telecentro y en forma móvil o itinerante. Modalidades que compartiendo el criterio de los profesores Javier Thibaulth[8] y Escudero Rodríguez[9], se pueden clasificar en atención al criterio locativo (que comprende a los teletrabajadores que prestan sus servicios en el domicilio, en un telecentro y en forma itinerante) y a un criterio comunicativo (teletrabajadores que prestan sus servicios en permanente conexión y los que lo ejecutan en forma desconectada), lo que explica de la siguiente forma:

> **a. Criterio locativo**: dependiendo del lugar donde se ejecute la prestación del servicio, se trata de:

a.1- Teletrabajo a domicilio: vonocido también como "Electronic Home Work", se refiere al ejecutado en el propio hogar del teletrabajador. Sustituyéndose la sede de la empresa, su oficina, en la que prestan sus servicios, por su propio domicilio como el lugar en que se lleva a cabo el trabajo habitual. Trabajo que puede ser realizado en grupo familiar o individualmente y para un patrón o para varios patronos.

Definido así el teletrabajador a domicilio, encuadra dentro de la definición de trabajador a domicilio establecida en el artículo 209 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela, en lo adelante LOTTT según la cual, trabajador a domicilio:

> Es toda persona que en su hogar o casa de habitación ejecuta un trabajo remunerado, con o sin ayuda de sus familiares, bajo la dependencia de uno o varios patronos o patronas, sin su supervisión directa, y utiliza para ello materiales e instrumentos propios, suministrados por el patrono o patrona o su representante…

De lo anteriormente expuesto, se desprende a juicio de quien escribe, que el teletrabajador a domicilio cuya prestación de servicios se ejecute en forma subordinada y por cuenta ajena, se encuentra amparado por las normas que regulan el trabajo a domicilio en la LOTTT, destacando entre otras las siguientes:

- *Noción de patrono*[10]: se considerará patrono del teletrabajador, a la persona natural o jurídica que se beneficie o contrate directa o indirectamente al teletrabajador a domicilio y, en consecuencia, estará obligado al pago de

8 THIBAULTH, J. *El Teletrabajo*, *op. cit*. 2000, p 32.

9 ESCUDERO RODRIGUEZ "Teletrabajo". Ponencia Telemática III, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Zaragoza: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p 13.

10 Según lo establecido en el artículo 210 LOTTT.

todos los derechos y obligaciones establecidos en la LOTTT, entre otros, el pago de la remuneración pactada, pagos de días domingos y feriados, así como la participación de los beneficios de la entidad de trabajo, vacaciones y prestaciones sociales.

- *Jornada de trabajo*[11]: los telerabajadores a domicilio se regirán por los límites de la jornada laboral establecidos en la legislación laboral vigente, teniendo derecho igualmente a los respectivos días de descanso semanal remunerado y al pago de las horas extras y bono nocturno al que haya lugar.
- *Protección del salario*[12]: el salario del teletrabajador a domicilio no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor en la misma localidad por igual rendimiento al trabajador que preste servicio en la entidad de trabajo o local del patrono o patrona.
- *Compensaciones por gastos conexos*[13]: el patrono deberá pagar a los teletrabajadores a domicilio, compensaciones por los gastos relacionados con su trabajo, como los relativos a consumo de servicios públicos y al mantenimiento de máquinas y equipos de trabajo, entre ellos los gastos propios del mantenimiento del hardware empleado y los gastos generados por la conexión a internet.
- *Registro*[14]: todo patrono que contrate teletrabajadores a domicilio deberá llevar un registro, con indicación del nombre, nacionalidad, estado civil, identificación de los teletrabajadores; identificación de los patronos con su respectiva dirección física y domicilio electrónico; fecha de ingreso al trabajo; forma, monto y fecha de pago del salario y beneficios devengados; las compensaciones por gastos conexos pagados a los trabajadores y trabajadoras; disfrute de vacaciones; indicación de los días de descanso semanal otorgados; clase, naturaleza y modalidades del servicio que presta el telerabajador; firma del patrono y del teletrabajador en los recibos otorgados.

La no elaboración del mencionado registro, a la luz de lo establecido en la LOTTT implica el reconocimiento de los datos que el teletrabajador afirme en cualquier instancia como provenientes de la relación laboral establecida.

La mayoría de las empresas que utilizan el teletrabajo optan por la solución denominada "teletrabajo alternado", en el que los empleados sólo teletrabajan en casa una parte del tiempo, transcurriendo el resto de la jornada laboral en la oficina. Esta forma de teletrabajo ofrece mayores posibilidades de comunicación entre el empleado y la empresa que el trabajo en casa a tiempo completo.

a.2. Teletrabajo en centros de trabajo o telecentros: en este supuesto, el teletrabajador no se desplaza de su domicilio a la sede de la empresa, sino que lo hace a un centro específicamente diseñado para el desarrollo del trabajo,

11 De conformidad con lo establecido en el artículo 211 LOTTT.
12 En atención al contenido del artículo 212 LOTTT.
13 Según lo establecido en el artículo 213 LOTTT.
14 En respeto a lo establecido en el artículo 214 LOTTT.

vale decir a un telecentro, conocido como lugar de trabajo con recursos compartidos y con las instalaciones informáticas y de telecomunicaciones necesarias para llevar a cabo el desarrollo de determinada actividad.

Generalmente los telecentros se ubican en las afueras de las grandes ciudades, en lugares de fácil acceso y buena comunicación o bien en zonas rurales, en ocasiones deprimidas económicamente. De allí que se le conozca a esta modalidad de teletrabajo como telealdeas, telecabañas, telepabellones o centros vecinales, entre otros términos empleados. Ocasionalmente revisten la forma de oficinas vacacionales –*resort offices*- en las que se conjuga el ocio y el trabajo.

Estos centros están dirigidos a todo tipo de empresa, pero principalmente a las pequeñas y medianas (PYMES), debido a que pone al alcance de estas microempresas, avanzadas tecnologías informáticas y telemáticas, que de no ser así, su uso les estaría prácticamente prohibido por su alto coste.

Por otra parte, los telecentros son lugares de trabajo compartidos por diferentes usuarios, –asalariados o autónomos- gestionados por empresas con ánimo de lucro, o directa o indirectamente por la Administración Pública, por cuya utilización se da una contraprestación o pueden ser gratuitos.

Existe una modalidad específica de los telecentros: las llamadas oficinas satélites, que son centros con equipos informáticos y de telecomunicaciones en permanente conexión con las oficinas centrales de la empresa, ubicadas en zonas de rápido y fácil acceso.

Estas oficinas reciben también el nombre de oficinas remotas, debido a que son lugares colectivos de trabajo que se asemejan a los auténticos centros de trabajo, no obstante en estructura física son mucho más pequeñas y la actividad en ellas desempeñada, está directamente relacionada con la utilización de las mencionadas técnicas telemáticas e informáticas. Muchas empresas han creado en grandes megápolis oficinas satélites, en Los Angeles, Tokio, Franfort, a veces comunes a varias empresas y compatibles con el trabajo a domicilio[15].

Ejemplo de este tipo de teletrabajo son los centros de llamadas que los bancos han abierto en muchos países para manejar directamente las operaciones con los clientes. Las oficinas satélites pueden resultar útiles gracias a la reducción de los gastos inmobiliarios y de los gastos generales. Los costes de personal pueden ser inferiores en las zonas geográficamente alejadas, y también puede aumentar el número de puestos de trabajo.

La existencia de centros especializados en la elaboración de datos en lugares denominados 'offshore' (como el Caribe, las Filipinas y la República Popular China) demuestran las perspectivas globales que ofrece este tipo de Teletrabajo.

15 RAY, E. "Nouvelles techologies et nouvelles formes de subordination" (num. 2) Italia: *Derecho Social*. 1992, p 528.

a.3 Teletrabajo móvil o itinerante: cuando el puesto de trabajo no está situado en un lugar determinado, sino que el teletrabajador, con una movilidad permanente, como un verdadero argonauta, dispone de un equipo telemático portátil que le permite desempeñar su actividad en cualquier lugar.

Este tipo de teletrabajo según lo acotado por Escudero Rodríguez[16] atiende a dos tipos de razones, complementarias entre sí: la primera garantizar la mayor proximidad posible a la clientela, asegurándole un mejor y más rápido servicio, hecho que motiva que el teletrabajador preste su servicio en algunas oportunidades desde la sede de la empresa. Y la segunda razón, es posibilitar que cierta información obtenida directamente de los puntos de contacto con los clientes, fluya velozmente en tiempo real a las oficinas centrales de la empresa a fin de procesarla.

Esta modalidad de teletrabajo, enlaza en el fondo con fórmulas de trabajo ya conocidas en el pasado y aún presentes en la realidad laboral, como es el caso de los representantes de ventas que han prestado sus servicios con el mismo "modus operandi" que el descrito para el teletrabajador móvil, pero con la diferencia que ahora utilizan las TIC.

b. Criterio comunicativo: Está referido al tipo de enlace utilizado entre el teletrabajador y la empresa, y puede ser:

b.1. Off line o desconectado: en este caso, el trabajador tras recibir las instrucciones iniciales, desarrolla su actividad sin enlace informático directo con la computadora central de empresa, a la que sólo después hace llegar los datos. El trabajador recibe o envía por transporte convencional, correo o mensajería, las especificaciones del trabajo o el resultado del mismo. Cabe destacar que no existe conexión informática constante con la empresa matriz, aunque si puede haber una comunicación telefónica o por otra vía distinta de aquella, enviando el resultado del trabajo por medios convencionales, como sería el correo, mensajería urgente o entrega personal en la empresa.

b.2 On line o conectado: cuando el teletrabajador hace uso de las telecomunicaciones para recoger las informaciones específicas del trabajo, para realizarlo o para enviar el resultado del mismo. La comunicación "on line" no significa necesariamente que el teletrabajador esté conectado todo el tiempo. Normalmente el teletrabajador intercambia la información con el centro en forma de archivos, para que los tiempos de conexión sean breves y enfocados exclusivamente a la recuperación o envío de la información, tal sería el caso de los trabajadores experimentados que trabajan en casa y, de forma ocasional, tienen acceso a los archivos de la empresa y leen su correo electrónico.

16 ESCUDERO RODRIGUEZ, *Teletrabajo*, *op. cit*. 1999, p 780.

Cabe destacar, que existe igualmente una clasificación más, aportada por Escudero Rodríguez[17] quien distingue entre el Teletrabajo por cuenta ajena y el Teletrabajo autónomo, entendido como aquél que se desarrolla desde el domicilio del teletrabajador y con sus instrumentos de trabajo, sin que medien órdenes o instrucciones dadas por el receptor de la prestación de su servicio.

La clasificación anterior del ya citado autor, Escudero Rodríguez, corresponde a las definiciones de trabajadores dependientes y trabajadores no dependientes, establecidas respectivamente en los artículos 35 y 36 de la LOTTT:

> **Artículo 35**. Se entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La prestación de su servicio debe ser remunerado.
>
> **Artículo 36**. Trabajador o trabajadora no dependiente o por cuenta propia es aquel o aquella que en el ejercicio de la actividad que realiza en el proceso social de trabajo, no depende de patrono alguno o patrona alguna…

En el teletrabajo se pueden verificar igualmente las figuras del teletrabajador autónomo, que es aquél que presta sus servicios en su nombre y por su propia cuenta y riesgo, recibiendo una contraprestación por su trabajo, frente al denominado "teletrabajador subordinado" que prestará sus servicios por cuenta ajena, riesgo ajeno, con subordinación y percibiendo una remuneración. Estas notas que distinguen al "teletrabajador subordinado".

2. Marco jurídico regulador del teletrabajo en Venezuela: especial referencia comparativa con la Ley de Teletrabajo de Colombia, el Decreto de Promoción del Teletrabajo de Costa Rica y el Acuerdo Europeo sobre teletrabajo

En este punto se analizan las normas que regulan las relaciones laborales en Venezuela y su aplicación a aquella prestación personal de servicio bajo la modalidad de teletrabajo, que se ejecuta en forma subordinada con ajenidad y por la que se debe percibir la respectiva remuneración. Se estudian los principales instrumentos jurídicos laborales de Venezuela y la comparación de sus normas con preceptos contenidos en la ley de Teletrabajo de Colombia, Costa Rica y el Acuerdo Europeo sobre Teletrabajo.

17 ESCUDERO RODRIGUEZ, *Teletrabajo*, *op. cit*. 1999, p 784.

2.1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[18], como carta fundamental de derechos, deberes y garantías, reconoce el trabajo como un hecho social que requiere de la debida tutela, consagrando en el Capítulo V del Título III de su texto, especialmente en los artículos 87 al 97, los principios rectores de las relaciones de trabajo, y señala entre otros aspectos: la condición de derecho–deber del trabajo, la obligación de los patronos de garantizar a sus trabajadores las condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados (art. 87), las jornadas de trabajo permitidas (art. 90), la garantía de un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales (art. 91), el derecho al pago de prestaciones sociales (art. 92), la estabilidad en el trabajo (art. 93), la libertad sindical (art. 95), el derecho a la huelga (art. 97) y a la negociación colectiva (art. 96).

En el establecimiento de los referidos derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se hace mención a la figura del trabajador y del patrono sin vincularse en forma expresa con la prestación de servicio subordinada en la sede física del patrono, ni a ninguna forma determinada de prestación del servicio, por lo que el teletrabajo estaría sujeto, a la aplicación de las normas allí contenidas. Dentro de los aspectos de aplicación más compleja al Teletrabajo subordinado, destacan los siguientes:

a. El cumplimiento de la jornada de trabajo establecida en el artículo 90 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que el Teletrabajo es considerado como una forma de trabajo de horario flexible, tan es así, que el artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 que regula el Teletrabajo en Colombia, señala que "los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno"[19]. Debiéndose tener solo una vigilancia especial que evite el sometimiento de los teletrabajadores a cargas excesivas de trabajo. De la mencionada norma, se desprende que el legislador colombiano, excluyó en principio a los teletrabajadores, de las normas establecidas en materia de jornada de trabajo, aplicables a los trabajadores bajo formas tradicionales de empleo.

La referida Ley 1221, establece como de excepción a la exclusión de las disposiciones sobre jornada de trabajo, el pago de las respectivas horas extras, dominicales y festivos, para aquellos teletrabajadores que por solicitud de su

18 "Constitución de la República Bolivariana de Venezuela" Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

19 Disponible: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf. Consulta: 16/01/2018.

empleador, se mantengan en su jornada laboral más de los límites de jornada[20] establecidos para aquellos trabajadores bajo la forma tradicional, vale decir, más de 8 horas diurnas o 48 horas semanales, siempre que el teletrabajo se ejecute en un lugar donde se pueda verificar la jornada laboral.

En similares términos el Decreto 34704-MP-MTSS publicado en la Gaceta 162, del 22 de agosto de 2008 de Costa Rica señala que:

> Los teletrabajadores no estarán sujetos a jornadas ni horarios de trabajo, cuando desempeñen las labores en su domicilio personal o lugar habilitado a los efectos. Se exceptuarán de lo anterior los teletrabajadores, que por la naturaleza de sus funciones requieran previamente un horario definido. Las regulaciones y controles de los teletrabajadores, que estarán sujetos a un tipo de jornada u horario, serán designadas en forma general por el Equipo Coordinador y específicamente por los equipos institucionales[21].

Por su parte, la Guía para Implementar El Teletrabajo en las Instituciones Públicas en el Marco del Decreto N° 39225-MP-MTSS-MICITT, publicado en la Gaceta N° 204 del 21 de Octubre del 2015, en lo adelante, Guía de Implementación del teletrabajo en Costa Rica, respecto a la joranda y horario de prestación del servicio del teltrabajador, en su artículo 7 señala lo siguiente:

> …b) El teletrabajador, deberá mantener la jornada inicialmente contratada con la institución.
> c) El horario del teletrabajador podrá ser flexible siempre y cuando sea previamente acordado con su jefatura y no afecte el normal desarrollo de las actividades y procesos de trabajo en su institución…[22]

Cabe destacar que las normas que anteceden se aplican solo para los teletrabajadores de las instituciones públicas de Costa Rica, mientras que la Ley 1221 de Colombia se aplica a todos los teletrabajadores tanto del sector público como privado.

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo suscrito en el año 2002, a diferencia de las exclusiones realizadas por las mencionadas normas de Colombia y Costa Rica, al referirse a las condiciones de empleo señala que:

20 Límites de la Jornada contenidos en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, publicado en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, norma modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. Disponible: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo_pr005.html#161 Consulta: 22/11/2017.

21 Disponible: http://historico.gaceta.go.cr/pub/2008/08/22/COMP_22_08_2008.html#_Toc207074809. Consulta: 20/12/2017

22 Disponible: http://www.mtss.go.cr/elmininisterio/despacho/teletrabajo/Guia implementacion Teletrabajo.pdf. Consulta: 15/01/2018.

> Los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos[23].

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece los límites de la jornada de trabajo, en los siguientes términos:

> Artículo 90. La jornada de trabajo diurna no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro horas semanales. En los casos en que la ley lo permita, la jornada de trabajo nocturna no excederá de siete horas diarias ni de treinta y cinco semanales. Ningún patrono o patrona podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias. Se propenderá a la progresiva disminución de la jornada de trabajo dentro del interés social y del ámbito que se determine y se dispondrá lo conveniente para la mejor utilización del tiempo libre en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras.
> Los trabajadores y trabajadoras tienen derecho al descanso semanal y vacaciones remunerados en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas.

De lo anteriormente expuesto, se deduce que las jornadas máximas de trabajo establecidas en la norma que anteceden, no hacen diferenciación alguna entre el límite de horas que conforma la jornada de trabajo diaria de un trabajador bajo la forma tradicional de empleo y el límite de horas que conforma la jornada de trabajo diaria de un teletrabajador bajo relación de dependencia, de forma tal, que mal podría el legislador o el intérprete, hacer algún tipo de diferenciación y mucho menos una tipificación que en forma alguna perjudique los derechos de los trabajadores.

Plasmado el anterior razonamiento, la autora considera que el mismo, sirve de fundamento para la reclamación judicial o extrajudicial del cumplimiento de la jornada de trabajo por parte del teletrabajador con sus respectivos días de descanso, el pago de horas extras que se hubiesen generado y el pago del bono nocturno según corresponda en virtud de su prestación de servicio del teletrabajador.

b. El pago de un salario suficiente para vivir con dignidad, y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Por considerar, que la dignidad y las necesidades materiales, sociales e intelectuales de cada persona son de muy difícil unificación por su carácter subjetivo, pudiendo

23 Disponible: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf. Consulta: 15/01/2018.

existir tal variedad de parámetros como cantidad de seres humanos hay, se limitará el estudio del salario como condición presente en las relaciones de trabajo, en lo que respecta a la posible diferenciación o no que exista entre quienes prestan un servicio subordinado bajo la forma tradicional y quienes lo hagan mediante el Teletrabajo.

En cuanto al salario del teletrabajador, en el numeral 2 del artículo 6 de la Ley 1221 de julio de 2008 que regula el Teletrabajo en Colombia, establece que el "El salario del teletrabajador no podrá ser inferior al que se pague por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento, al trabajador que preste sus servicios en el local del empleador." De forma tal, que al contrario de la exclusión señalada en dicho instrumento jurídico con respecto a la jornada de trabajo, en cuanto al salario no existe diferenciación alguna, entre el teletrabajador y el trabajador tradicional.

Por su parte el decreto 34704-MP-MTSS publicado en la Gaceta 162, del 22 08-2008 de Costa Rica que tiene por objeto promover y regular el Teletrabajo en las instituciones públicas de dicho país, no hace mención expresa al salario que debe percibir el teletrabajador, pero si señala que "Los teletrabajadores mantendrán y se beneficiarán de los mismos derechos y obligaciones, garantizados por la legislación, los contratos de trabajo y los convenios colectivos aplicables, que tienen los demás trabajadores de la institución." El referido Decreto señala igualmente dentro de las condiciones de los teletrabajadores que: "Para todos los efectos y en lo que fuere aplicable, se atenderán las reglas del contrato a domicilio, regulado a partir del artículo 109 del Código de Trabajo".

En tal sentido, el Código de Trabajo al referirse a los trabajadores a domicilio y su salario, establece en su artículo 112 que:

> Las retribuciones de los trabajadores a domicilio serán canceladas por entrega de labor o por períodos no mayores de una semana. En ningún caso podrán ser inferiores a las que se paguen por iguales obras en la localidad o a los salarios que les corresponderían por igual rendimiento si trabajaran dentro del taller o fábrica del patrono. El patrono que infrinja esta disposición será obligado en sentencia a cubrir a cada trabajador una indemnización fija de cien colones[24].

De lo anteriormente expuesto, concatenando la norma especial que promueve y regula el teletrabajo en las instituciones del Estado Costarricense y la referida norma de los trabajadores a domicilio, se desprende que a los teletrabajadores de las instituciones públicas de Costa Rica, se les ha reconocido en forma expresa, su derecho a percibir la misma remuneración que sus homólogos en la prestación de servicio bajo la forma tradicional.

24 Disponible: http://www.mtss.go.cr/elmininisterio/marco-legal/documentos/Codigo_Trabajo_RPL.pdf. Consulta: 20/01/2018.

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo suscrito en el año 2002, al igual que el referido decreto 34704-MP-MTSS de Costa Rica, no hace mención expresa al salario del teletrabajador, pero en el punto "4)" de dicho acuerdo, señala que "los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa…"[25] pudiéndose deducir entonces, que el teletrabajador tendrá derecho al mismo salario percibido por sus trabajadores homólogos o similares que presenten sus servicios bajo la forma tradicional.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 91 con respecto al salario estableció que:

> Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa …"

Destaca en este artículo, además de su subjetividad en cuanto a las nociones de suficiencia, dignidad y necesidad, si la prestación de servicio del teletrabajador se considera igual a la prestación de servicio de trabajador bajo la forma tradicional, o si por el contrario, solo opera dicha igualdad entre las prestaciones de servicio de los teletrabajadores y las prestaciones de servicio de los trabajadores bajo la forma tradicional.

La igualdad de trabajo planteada como requisito para la igualdad de salario, se presta para varias interpretaciones, ya que la igualdad en el trabajo puede ser vista desde la prestación de servicio con tal (el resultado del trabajo), entrando en este supuesto en igualdad los teletrabajadores y los trabajadores bajo la forma tradicional, o igualdad en las condiciones de prestación de servicio, existiendo en este supuesto diferencias ente quienes prestan servicio todos los días hábiles en los inmuebles propiedad de la empresa y quienes lo hacen desde su domicilio[26] sin invertir en gastos de transporte, ni de ropa, ni zapatos para ir a trabajar, pudiendo comer en su hogar.

Planteadas las anteriores interpretaciones de la garantía "igual salario por igual trabajo" y ante la ausencia de normativa expresa que regule el Teletrabajo en Venezuela, deben aplicarse los principios rectores del derecho del trabajo,

25 Disponible: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf. Consulta: 15/01/2018.

26 Los teletrabajadores en centros de teletrabajo y los itinerantes comparten en forma similar los mismos gastos cotidianos relativos al trabajo que los trabajadores que prestan sus servicios bajo formas tradicionales, por ello se hace mención especial a los teletrabajadores a domicilio.

principalmente el "*in dubio pro operario*"[27] que en caso de duda acerca de cuál interpretación se debe tomar para considerar la referida "igualdad", indica que debe tomarse la interpretación que más favorezca al trabajador, de forma tal, que tendrán derechos los teletrabajadores a percibir el mismo salario que sus homólogos que presten sus servicios bajo la forma tradicional.

c. **El ejercicio de los derechos colectivos del trabajo**, tradicionalmente, el ejercicio de los derechos colectivos de trabajo ha significado para los trabajadores su medio directo de lucha por la reivindicación y mejora de sus derechos como prestadores de servicio por cuenta ajena, manifestándose entre otras formas, en el derecho de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

Los teletrabajadores sometidos a la citada Ley 1221 del 16 de julio de 2008 de Colombia, que entre otros aspectos, promueve la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores[28], teniendo en cuenta las características particulares del teletrabajo, podrán ejercer el derecho a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades. Dentro de las organizaciones a las que se pueden afiliar los teletrabajadores, se encuentran las organizaciones sindicales, lo que se traduce en el ejercicio a la libertad sindical, que a su vez conlleva la posibilidad de participar en las respectivas negociaciones colectivas y en las potenciales huelgas propias de conflictos colectivos de trabajo.

Por su parte, el citado decreto 34704-MP-MTSS de Costa Rica dentro de las condiciones laborales señala que "Los teletrabajadores mantendrán y se beneficiarán de los mismos derechos y obligaciones, garantizados por la legislación, los contratos de trabajo y los convenios colectivos aplicables, que tienen los demás trabajadores de la institución". Lo que es ampliado en el literal j del artículo 7 de la Guía de Implementación del Teletrabajo de Costa Rica que indica: "j) Los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de servidores de la institución para la que labora"[29]. Ratificando de este modo que la condición de teletrabajador, en nada modifica el derecho colectivo que le hubiese nacido prestando el servicio bajo la forma tradicional.

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo suscrito en el año 2002, hace mención especial a los derechos colectivos de los teletrabajadores, estableciendo:

27 Este principio está consagrado igualmente en el numeral 3 del articulo 89 de la Costitución de la República Bolivariana de Venezuela donde se establece que: "Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad".

28 Promoción de igual trato contenida en el articulo 6 de la referida Ley 1221. Disponible: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf. Consulta: 16/01/2018.

29 Disponible: http://www.mtss.go.cr/elmininisterio/despacho/teletrabajo/Guia_implementacion_Teletrabajo.pdf. Consulta: 15/01/2018.

> 11) Derechos colectivos.
> Los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de trabajadores de la empresa. No es obstáculo para la comunicación con los representantes de los trabajadores.
>
> Los teletrabajadores están sometidos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores o que prevean una representación de los trabajadores. Los teletrabajadores están incluidos en el cálculo determinante de los umbrales necesarios para las instancias de representación de los trabajadores, conforme a las legislaciones europeas y nacionales, así como a los convenios colectivos y prácticas nacionales. El establecimiento al que el teletrabajador será asignado con el fin de ejercer sus derechos colectivos se precisa de antemano.
>
> Los representantes de los trabajadores son informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo conforme a las legislaciones europea y nacionales, así como los convenios colectivos y prácticas nacionales"[30].

De la norma transcrita se desprende el reconocimiento de los derechos colectivos de los teletrabajadores, equiparándolos a los trabajadores que prestan sus servicios en la sede física de la empresa, permitiéndoles participar en el ejercicio de estos derechos tanto en forma pasiva como protagónica pudiendo ser elegidos igualmente como representantes de los trabajadores, pudiendo participar en las negociaciones colectivas correspondientes.

En Venezuela, el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los trabajadores, se encuentra principalmente en los artículos 95, 96 y 97 de su carta fundamental, que respectivamente consagran el derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga, estableciéndolos de la siguiente manera:

> Artículo 95. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley...
>
> Artículo 96. Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley...
>
> Artículo 97. Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley...

30 Disponible: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf. Consulta: 15/01/2018.

De la simple lectura de los artículos precedentes, se desprende que en Venezuela, el ejercicio de los derechos colectivos, está consagrado para todos los trabajadores, sin distinción alguna de la forma de ejecución de servicio, por lo que los teletrabajadores dependientes, se encuentran dentro de los sujetos de aplicación de las normas transcritas, al igual que se encuentran los trabajadores que ejecutan su servicio bajo la forma de trabajo tradicional.

Como colorario de las normas constitucionales señaladas en concatenación con el uso de los medios telemáticos e informáticos como principales herramientas para la prestación de servicio en el teletrabajo y su amparo constitucional, procede hacer mención especial al contenido del articulo artículo 110 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual,

> El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional...

Esto puede ser entendido como un respaldo a esta nueva forma de prestación de servicio, que a pesar de no contar con una regulación expresa en Venezuela, se encuentra amparado por los principios constitucionales establecidos para las prestaciones de servicio por cuenta y riesgo ajeno desarrolladas bajo la forma tradicional.

En materia laboral, la norma que por excelencia desarrolla lo relativo a las condiciones de trabajo como, salario, jornada de trabajo, además del derecho a la negociación colectiva, la libertad sindical y la huelga, entre otros, es la LOTTT, por lo que resulta de suma importancia determinar si el Teletrabajo está sujeto a la aplicación de dicho instrumento jurídico.

2.2. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

La LOTTT, establece en su artículo 3 el ámbito de aplicación de dicha Ley, señalando que:

> Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley.

> Igualmente se aplicaran las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.

De la norma antes citada, se desprenden que las normas contenidas en la LOTTT le son aplicables a:

- Las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores con los patronos, derivadas del trabajo como hecho social.
- Los venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado en el país.
- Los venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo convenido en el país.
- Los trabajadores contratados en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.

Con fundamento en lo establecido en el citado artículo 3 LOTTT y luego de la determinación de su ámbito de aplicación, se pueden establecer dos grandes supuestos para la determinación de la sujeción de teletrabajo a la norma sustantiva laboral patria, a saber:

a. Supuesto de la existencia de relaciones laborales, según el cual, quedan sujetas a la aplicación de las normas contenidas en la LOTTT, todas las prestaciones personales de servicio por cuenta ajena y que sean remuneradas, ejecutadas por venezolano o extranjeros, dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela. Lo que permite incluir de antemano, y sin mayores problemas de determinación, a todos los teletrabajadores que presten sus servicios en su domicilio o en un telecentro, siempre que estos se encuentren ubicados dentro del territorio nacional.

En el caso del teletrabajador itinerante, este primer supuesto de aplicación, lo ampara en la medida que pueda probar que su prestación de servicio la ejecutó en tierra venezolana. Prueba que es mucho más sencilla en los otros tipos de teletrabajo, ya que el lugar de prestación de servicio se encuentra determinado (el domicilio o el telecentro).

b. Supuesto basado en el lugar donde se convino la prestación del teletrabajo, según el cual, quedan sujetos a la aplicación de la LOTTT todos los contratos de teletrabajo, celebrados en el territorio nacional, independientemente que sean desarrollados o cumplidos dentro o fuera de Venezuela.

Cabe destacar, que este indicador coincide con la determinación del lugar de formación del contrato electrónico laboral, producto del concurso de la oferta y la aceptación emanada según corresponda del trabajador y del patrono[31].

De lo anteriormente expuesto, se desprende que para que el teletrabajo, como nueva forma de prestación de servicio, esté sujeto a la aplicación de las normas contenidas en la LOTTT, es menester por una parte, la presencia de los postulados del Derecho de trabajo (prestación personal de servicio, subordinación y remuneración) y por otra parte, el teletrabajo debe ser desarrollado o pactado o ejecutado en el territorio venezolano, independientemente de la nacionalidad de teletrabajador que puede ser venezolano o extranjero.

Del análisis de los elementos y tipos de teletrabajo y su concatenación con las normas precedentes, quien escribe señala que: el "teletrabajador subordinado" presta un servicio personal, que responde a instrucciones dadas por un patrono y ejecutadas por un trabajador (teletrabajador) y que las características de ejecución de la prestación del servicio: fuera de la sede de la empresa y la utilización de medios telemáticos e informáticos como principales herramientas de trabajo, no son óbice para ser subsumidos dentro de la aplicación del referido artículo 3 LOTTT.

Estar sujeto a la LOTTT, trae como consecuencia para las partes que intervienen en la relación laboral, el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones establecidos en la mencionada normativa laboral. Claro está, que dadas las específicas características del teletrabajo, este conjunto de derechos y obligaciones debe ser adaptado al caso bajo estudio, para su eficaz aplicación, lo que hace necesario entre otros, el análisis de los siguientes aspectos:

a. El nacimiento de la relación de trabajo: la LOTTT en su ya citado artículo 53 establece: "Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba....".

Esta es una norma de amplitud extrema, que permite presumir la existencia de la relación laboral, con el hecho de la prestación de un servicio personal destinado a un sujeto distinto del prestatario del mismo. Obsérvese que la única limitación a la mencionada prestación, es que debe tratarse de una prestación de servicio personal, con lo que quedarían excluidas las prestaciones de servicios de personas jurídicas.

Con respecto a la naturaleza del receptor de la prestación, no señala distinción alguna, entendiéndose que puede tratarse de personas naturales o jurídicas.

En el "teletrabajo subordinado" existe la prestación de servicio personal, ejecutada por el teletrabajador, e igualmente existe un receptor de la prestación

31 Cabe destacar que en materia de relaciones laborales, entre ellas el teletrabajo, tanto el patrono como el teletrabajador pueden ser oferentes y aceptantes, ya que el inicio de un contrato de trabajo suele fundamentarse o bien en la oferta de servicios que es aceptada por el patrono o bien en la oferta de trabajo que realizada por el patrono es aceptada por el trabajador.

distinto al prestatario de la misma (patrono o empleador), por lo que operaría la presunción de existencia de la relación de trabajo, prevista en el artículo 53 *ejusdem*.

En lo que respecta a la naturaleza de la presunción, es importante señalar nuevamente, que se trata de una presunción iuris tantum, vale decir, que admite prueba en contrario, así existiendo la prestación del servicio y el receptor del mismo, tendrán que adminicularse estos supuestos con la existencia de los postulados tradicionales del derecho laboral, para que pueda hablarse de la existencia de una relación laboral.

b. El contrato de trabajo: el artículo 55 de la LOTTT define el contrato de trabajo como

> … aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que una persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario justo, equitativo y conforme a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley.

Esta definición, excluyó automáticamente al trabajador no dependiente, que el artículo 36 *ejusdem*, define como "aquel o aquella que en el ejercicio de la actividad que realiza en el proceso social de trabajo, no depende de patrono alguno o patrona alguna..."

De la simple lectura del artículo 55 *ejusdem*, se desprende que las notas de remuneración, dependencia y ajenidad son las que definen la existencia del contrato de trabajo y permiten su diferenciación respecto de otros contratos utilizados en el amplio campo del Derecho. El lugar en que se realiza la prestación del servicio, el hecho de trabajar desde el domicilio o desde un telecentro o en forma móvil, como se explicó anteriormente, se debe a una elección organizativa de la empresa, en la que generalmente emplean los avances tecnológicos para lograr reducción de costes y aumento de productividad, aplicando criterios de eficacia y eficiencia.

La norma contenida en el citado artículo 55 LOTTT, es aplicable al caso del teletrabajo subordinado, donde el teletrabajador se obliga a prestar servicios bajo la dependencia del patrono, recibiendo como contraprestación a su labor, la respectiva remuneración.

De lo comentando se desprende que las normas que rigen el inicio de la relación laboral en Venezuela, son perfectamente aplicables al caso del teletrabajo.

c. El cumplimiento de los demás derechos y obligaciones estipulados en la LOTTT para cada una de las partes, destacando entre otras, la jornada laboral, el salario, prestaciones sociales, vacaciones, bono vacacional y utilidades.

La sujeción del teletrabajo a la LOTTT, sirve de fundamento para la reclamación presentada por un teletrabajador sobre el pago de sus prestaciones sociales, el disfrute y pago de sus vacaciones y bono vacacional, el pago de sus utilidades y demás conceptos patrimoniales establecidos en dicho instrumento jurídico.

2.3. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

El 25 de abril de 2006, se dictó la reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, estableciendo en su Capítulo I el ámbito de aplicación del referido instrumento reglamentario[32], en los siguientes términos: "El presente Reglamento regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social, en los términos consagrados en la Ley Orgánica del Trabajo"[33].

En atención al análisis que antecede sobre la sujeción del teletrabajo a la LOTTT, y visto el ámbito de aplicación establecido en el Reglamento de dicha Ley, es forzoso concluir que la prestación de servicio, ejecutada en forma personal, por riesgo y cuenta ajena, bajo la modalidad de Teletrabajo, le es aplicable el conjunto de normas que contiene el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, adicionalmente a la LOTTT.

2.4. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo

En julio del año 2005, es decretada en Venezuela, la vigente Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) que estableció un conjunto de normas relativas a las condiciones de seguridad, salud y bienestar de los trabajadores, señalando una serie de derechos y deberes tanto para empleadores como para trabajadores, con lo que se persigue el trabajo seguro y saludable y la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales, además de indicar las respectivas responsabilidades para cada uno de los sujetos de la relación laboral.

Este instrumento jurídico, que es de uso conjunto con las demás normas laborales vigentes en Venezuela, en su artículo 4, define en un sentido objetivo, ya que está enfocado es a la prestación de servicio en sí, su ámbito de aplicación, lo que hace en los siguientes términos:

> Las disposiciones de esta Ley son aplicables a los trabajos efectuados bajo relación de dependencia por cuenta de un empleador o empleadora, cualesquiera sea su naturaleza, el lugar donde se ejecute, persiga o no fines de lucro, sean

32 Vigente hasta la fecha a pesar de haber entrado en vigencia el 07/05/2012, la LOTTT.

33 Artículo 1 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial Nº 38.426 28-04-2006. Disponible: http //www. ucv.ve/fileadmin/user_upload/asesoria_juridica/reg_orga_trabajo.pdf. Consulta: 16/12/2017.

> públicos o privados existentes o que se establezcan en el territorio de la República, y en general toda prestación de servicios personales donde haya patronos o patronas y trabajadores o trabajadoras, sea cual fuere la forma que adopte, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley. Quedan expresamente incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley el trabajo a domicilio, doméstico y de conserjería...[34]

De la lectura del ámbito de aplicación de la LOPCYMAT, se evidencia en forma clara a juicio de quien escribe, que todas las formas de prestación de servicio, incluyendo las tradicionales en las que el trabajador se traslada a la sede física de la empresa para ejecutar su labor en forma ordinaria y las nuevas formas como el teletrabajo, se encuentran sujetas al contenido de dicho instrumento jurídico.

Someter el teletrabajo a las normas establecidas en la Ley de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, entre otros tantos aspectos, permite al teletrabajador exigir el derecho a ser informado previamente sobre los riegos a los que se expone en la ejecución de su labor, así como que medidas deben ser observadas para evitar la ocurrencia de enfermedades y accidentes ocupacionales, vigilando en especial la ergonomía en la prestación de los servicios, y temas psicológicos como adicción al trabajo o aislamiento social que son de las enfermedades más frecuentes de los teletrabajadores. Sirviendo igualmente dicha sujeción de fundamento para la presentación por parte del teletrabajador de las reclamaciones derivadas de su prestación de servicio, como indemnizaciones por accidentes laborales y enfermedades ocupacionales.

El aspecto quizás más complejo para la aplicación completa de las normas establecidas en la ley comentada, es que la verificación de las condiciones que garantizan un trabajo seguro y saludable y la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales, se produce en forma sencilla y directa en las sedes físicas de las empresas, ya que los organismos del Estado y los patronos pueden confirmar en cualquier momento y sin previo aviso el cumplimiento de las respectivas normas, pero en el caso del teletrabajo esta verificación presenta sus inconvenientes ya que se interpone el tema de la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la privacidad, si se trata de teletrabajo a domicilio o la ubicación exacta del teletrabajador en el caso del teletrabajo móvil y en telecentros.

Las dificultades planteadas en el caso de los teletrabajadores a domicilio, pueden ser solapadas con acuerdos previos suscritos tanto por el teletrabajador como por el patrono, en los que se contemplen visitas autorizadas con sus periodos de tiempo entre otros mecanismos de verificación. De no ser permitido por el teletrabajador la verificación de las condiciones que garanticen su prestación de servicio en forma segura y saludable, sería éste el responsable de la ocurrencia

34 Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio ambiente de Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, N° 38.236 26-07- 2005. Disponible: http://web.laoriental.com/leyes/L075n/L075nT1Cap1.htm. Consulta: 12/12/2017.

de enfermedades y accidentes ocupacionales por la inobservancia de las medidas que impidió fuesen verificadas.

En el caso de los teletrabajadores en telecentros e itinerantes, según sea practicada la subordinación por el empleador, podrían verificarse estas condiciones de una forma más sencilla, conociendo la ubicación del prestador del servicio, lo que permitiría las respectivas visitas de inspección tanto del patrono como de los organismos del Estado.

La Ley 1221 dictada en julio de 2008 en Colombia, al abordar la seguridad y salud del teletrabajador, en su artículo 6 sobre las Garantías Laborales, Sindicales y de Seguridad Social para los Teletrabajadores, estableció lo siguiente:

> 9.- El empleador, debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional, así mismo debe contar con una red de atención de urgencias en caso de presentarse un accidente o enfermedad del teletrabajador cuando esté trabajando.
>
> (…) 12. A todas las relaciones de teletrabajo que se desarrollen en el territorio nacional les será aplicada la legislación laboral colombiana, en cuanto sea más favorable para el teletrabajador[35].

En sintonía con lo anteriormente expuesto, Decreto 884 del 30 de abril del 2012 que reglamenta la Ley 1221 de 2008 Con respecto a las Obligaciones de Riesgos Profesionales ARP, señala:

> Artículo 9°. Obligaciones de las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP. Las Administradoras de Riesgos Profesionales –ARP–, en coordinación con el Ministerio del Trabajo, deberán promover la adecuación de las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo a las características propias del teletrabajo.
> Las Administradoras de Riesgos Profesionales, deberán elaborar una guía para prevención y actuación en situaciones de riesgo que llegaren a presentar los teletrabajadores, y suministrarla al teletrabajador y empleador.
> La afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales se hará a través del empleador, en las mismas condiciones y términos establecidos en el Decreto-Ley 1295 de 1994, mediante el diligenciamiento del formulario que contenga los datos especiales que para tal fin determine el Ministerio de Salud y Protección Social, en el que se deberá precisar las actividades que ejecutará el teletrabajador, el lugar en el cual se desarrollarán, la clase de riesgo que corresponde a las labores ejecutadas y la clase de riesgo correspondiente a la empresa o centro de trabajo, así como el horario en el cual se ejecutarán. La información anterior es necesaria para la determinación del riesgo y definición del origen de las contingencias que se lleguen a presentar.

35 Disponible: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf. Consulta: 16/01/2018.

> El empleador deberá allegar copia del contrato o del acto administrativo a la Administradora de Riesgos Profesionales –ARP– adjuntando el formulario antes mencionado, debidamente diligenciado[36].

De las normas transcritas, se desprende la obligación de todo empleador en una relación de teletrabajo, de incluir dentro de sus programas de seguridad el puesto del teletrabajador, previendo exámenes de ingreso y periódicos que contribuyan a determinar el riego ocupacional[37] al que se encuentra expuesto el teletrabajador, que como se evidencia igualmente en la norma transcrita, están amparados por la misma legislación laboral aplicable al trabajador bajo la forma tradicional, respetando el principio de la norma más favorable.

Por su parte, el decreto 34704-MP-MTSS de Costa Rica que como se ha mencionado tiene por objeto promover y regular el Teletrabajo en las instituciones públicas de dicho país, al establecer las condiciones laborales de los teletrabajadores, estableció:

> Artículo 4º—**Condiciones Laborales**: Corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social intervenir en cualquier momento o situación durante la implementación de ésta modalidad de trabajo, para que se cumpla con la Constitución Política, el Código de Trabajo y los Convenios Internacionales de la Organización Internacional de Trabajo (O.I.T.) debidamente ratificados por el país.
> Para el programa de teletrabajo, cada institución estatal deberá tomar en cuenta los siguientes aspectos de orden legal laboral:
> (…)d) Los Teletrabajadores mantendrán y se beneficiarán de los mismos derechos y obligaciones, garantizados por la legislación, los contratos de trabajo y los convenios colectivos aplicables, que tienen los demás trabajadores de la institución.

El artículo transcrito, evidencia que la condición de teletrabajador, en nada modifica el derecho que le hubiese nacido prestando el servicio bajo la forma tradicional, siéndole aplicable entre otros instrumentos jurídicos en materia de salud ocupacional, el Reglamento General de los Riesgos del Trabajo[38] y el

36 Disponible: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=47216. Consulta. 16/01/2018.

37 Exámenes que son por cuenta del empleador, conforme al artículo 348 del Código Sustantivo de Trabajo de Colombia; el literal b) del artículo 30 del Decreto 614 de 1984 y el numeral 1º del artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989 . y la circular unificada 2004, emanada de la Dirección General de Riesgos Profesionales, para las direcciones territoriales, juntas de calificación de invalidez, entidades administradoras de riesgos profesionales y empleadores del sector publico y privado. Disponible: http://www.laseguridad.ws/consejo/consejo/html/biblioteca-legis/circularunificada.pdf. Consulta: 15/12/2017.

38 Decreto Ejecutivo Nº 13466-TSS de fecha 24 de marzo de 1982 y Reglamento General de los Riesgos del Trabajo. Disponible: http://es.scribd.com/doc/50289915/Decreto-Ejecutivo-No-13466-TSS-Reglamento-General-de-los-Riesgos-del-Trabajo Consulta: 12/12/2017.

Código de Trabajo, especialmente su título cuarto llamado "de la protección de los trabajadores durante el ejercicio del trabajo"[39].

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo suscrito en el año 2002, hace mención especial a la salud y seguridad del teletrabajador, estableciendo lo siguiente:

> 8) Salud y seguridad
> El empresario es responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesionales del teletrabajador conforme a la directiva 89/391, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes.
> El empresario informa al teletrabajador de la política de la empresa en materia de salud y seguridad en el trabajo, en especial sobre las exigencias relativas a las pantallas de datos. El teletrabajador aplica correctamente estas políticas de seguridad.
>
> Para verificar la correcta aplicación de las normas en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores o las autoridades competentes tienen acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites de la legislación y de los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador trabaja en el domicilio, este acceso está sometido a previa notificación y consentimiento previo. El teletrabajador está autorizado a pedir una visita de inspección"[40].

Las normas anteriormente señaladas, ponen de manifiesto la igualdad de derechos que en materia de seguridad y salud en el trabajo, tienen los teletrabajadores respecto a los trabajadores que prestan sus servicios bajo la forma tradicional, vale decir, en la sede física de su empleador. Se destacan aspectos particulares como el derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio, latentes con más fuerza en el caso de los teletrabajadores a domicilio, pero que previo acuerdo de las partes dejan de ser un obstáculo para convertirse en una nueva condición presente en la relación de Teletrabajo.

2.5. Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo

El Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo[41], con vigencia a partir del 01 de enero de 2007 tiene

39 modificado por ley número 6727 de 9 de marzo de 1982, publicada en el Diario Oficial "La Gaceta" del 24 de marzo de1982 Costa Rica.

40 Disponible: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf. Consulta: 15/01/2018

41 Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo Promulgado mediante decreto N° 5.078 del 22-12-2006, publicado en la Gaceta Oficial Nº 38.596 del 3 enero de 2007. Disponible: http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/regl_par_lopcymat.pdf

como objetivo el desarrollo de normas establecidas en la LOPCYMAT, dirigidas entre otros aspectos a la promoción y mantenimiento del más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones, a la prevención de toda causa que pueda ocasionar daño a la salud de los trabajadores por las condiciones de trabajo, a protegerlo de los riesgos y procesos nocivos en su prestación de servicio, procurando un trabajo digno adecuado a sus aptitudes y capacidades, garantizando la protección de los derechos y deberes de los trabajadores y los patronos, en relación con la seguridad, salud, condiciones y medio ambiente de trabajo, descanso, utilización del tiempo libre, recreación y el turismo social.

En este instrumento jurídico, al igual que en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, el rol protagónico objeto de regulación, es la prestación de servicio en sí, y las condiciones que rodean la misma, lo que se expresa en los siguientes términos:

> **Artículo 2. Ámbito de aplicación**
> Las disposiciones de este Reglamento son aplicables a los trabajos efectuados bajo relación de dependencia por cuenta de un patrono o patrona, cualesquiera sea su naturaleza, el lugar donde se ejecute, persiga o no fines de lucro, sean públicos o privados, existentes o que se establezcan en el territorio de la República y, en general, toda prestación de servicios personales donde haya patronos y patronas, por una parte, trabajadores y trabajadoras, por la otra, sea cual fuere la forma que adopte. Quedan expresamente incluidos en el ámbito de aplicación de este Reglamento el trabajo a domicilio, doméstico y de conserjería..."

Al igual que la LOPCYMAT, su reglamento abarca en forma clara a todos los trabajos que se efectúen bajo dependencia y con ajenidad, sin importar la forma que adopten, quedando evidenciado que el Teletrabajo como nueva forma de prestación de servicios, está también amparado por el referido reglamento.

El Reglamento de la LOPCYMAT, define igualmente al medio ambiente de trabajo, indicando:

> **Artículo 10. Medio Ambiente de Trabajo**
> Se entiende por medio ambiente de trabajo:
> 1. Los lugares, locales o sitios, cerrados o al aire libre, donde personas presten servicios a empresas, centros de trabajo, explotaciones, faenas y establecimientos, cualquiera sea el sector de actividad económica; así como otras formas asociativas comunitarias de carácter productivo o de servicio; o de cualquier otra naturaleza, sean públicas o privadas, con las excepciones que establece la Ley.
>
> 2. Las situaciones de orden socio-cultural, de organización del trabajo y de infraestructura física que de forma inmediata rodean la relación hombre y mujer–trabajo, condicionando la calidad de vida de los trabajadores y las trabajadoras y la de sus familias.

> 3. Los espacios aéreos, acuáticos y terrestres situados alrededor de la empresa, centro de trabajo, explotación, faena, establecimiento; así como de otras formas asociativas comunitarias de carácter productivo o de servicio y que formen parte de las mismas".

De la norma transcrita, se desprende que el medio donde se ejecuta la prestación de servicio bajo la forma de teletrabajo, se subsume en las definiciones señaladas en el citado artículo. Destacando que las expresiones "infraestructura física" y "espacios… situados alrededor de la empresa" en el sentido de la "empresa desmaterializada" podrían coincidir con el lugar donde efectivamente realiza su labor el teletrabajador, recordando que la "empresa" en el teletrabajo, está donde se encuentre el teletrabajador y no solo en el domicilio del empleador.

2.6. Ley del Seguro Social

En Venezuela, las situaciones y relaciones jurídicas con ocasión de la protección de la Seguridad Social en las contingencias de maternidad, vejez, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, invalidez, muerte, retiro y cesantía o paro forzoso, están regidas principalmente por la Ley del Seguro Social[42].

El instrumento jurídico objeto de estudio, ampara a través del seguro social obligatorio a los trabajadores permanentes bajo la dependencia de un patrono, sea que presten sus servicios en el medio urbano o en el rural y sea cual fuere el monto de su salario. Asimismo, El Ejecutivo Nacional aplicará el régimen del Seguro Social Obligatorio a los trabajadores a domicilio, domésticos, temporeros y ocasionales.

A juicio de la autora, los teletrabajadores están igualmente amparados por la Ley del Seguro Social, ya que la misma no hace distinción acerca de la forma de prestación de servicio, ni siquiera de la existencia de una estructura física que corresponda con la empresa, abarcando a todos los modos de ejecución del trabajo, incluyendo a quienes lo prestan bajo esta nueva forma conocida como Teletrabajo.

En Colombia, la seguridad social del teletrabajador está regulada principalmente por el contenido del artículo 6 de la citada Ley 1221, especialmente el literal c del numeral 6 de dicho artículo que establece:

> 6. Lo dispuesto en este artículo será aplicado de manera que se promueva la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores, teniendo en cuenta las características particulares del teletrabajo y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en una empresa.

42 Ley del Seguro Social. Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.976 de fecha 24 de mayo de 2010 Disponible: http://www.ivss.gob.ve/sites/default/files/39430-5976-2.pdf Consulta: 15/12/2017.

> La igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de:
> … c) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> La protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y riesgos profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales.

La protección social del teletrabajador regulada como se señala en el artículo que antecede, se rige principalmente por la Ley 100 de 1993, al igual que para el resto de trabajadores que ejecutan su labor bajo la forma tradicional. Con base en la igualdad de trato planteada en la norma in comento, la Corte Constitucional de Colombia, declaró el referido precepto "CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, siempre y cuando se entienda que la protección en materia de seguridad social a favor de los teletrabajadores, también incluye el sistema de subsidio familiar, de conformidad con la ley[43].

Se destaca el principio de igualdad de trato contenido en el artículo 4 del decreto número 0884 de fecha 30 de abril de 2012[44] emanado de la Presidencia de la República de Colombia, según el cual: "El empleador debe promover la igualdad de trato en cuanto a la remuneración, capacitación, formación, acceso a mejores oportunidades laborales entre treletrabajadores y demás trabajadores de la empresa pública o entidad privada.

Por su parte, la mencionada guía de implementación del teletrabajo de Costa Rica, en su artículo 7 señala que: "… l) Los teletrabajadores estarán cubiertos por el seguro social y por las pólizas de riesgos de trabajo". Lo que desarrolla el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 4 del Decreto 34704-MP-MTSS que tiene por objeto promover y regular el Teletrabajo en las instituciones públicas de dicho país, consagrado en los siguientes términos:

> Artículo 4º—**Condiciones Laborales**:
> (…)d) Los Teletrabajadores mantendrán y se beneficiarán de los mismos derechos y obligaciones, garantizados por la legislación, los contratos de trabajo y los convenios colectivos aplicables, que tienen los demás trabajadores de la institución[45].

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo del año 2002, no contiene en forma expresa normas que regulen la seguridad social del teletrabajador, por lo que la misma, entra dentro de los principios generales de igualdad de trato con los otros trabajadores que ejecutan su labor en condiciones ordinarias, según lo

43 Corte Constitucional mediante Sentencia C-337-11 de fecha 4 de mayo 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

44 Disponible: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3638_documento.pdf. Consulta 15/01/2018.

45 Disponible: http://repositorio.mopt.go.cr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2752/D-34704.pdf?sequence=1&is Allowed=y Consulta: 17/01/2018

establecido en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de la siguiente forma:

> 4) Condiciones de empleo: En lo que afecta a las condiciones de empleo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos"[46].

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el teletrabajador al igual que el trabajador bajo la forma ordinaria de prestación de servicio, están amparados por los mismos derechos en materia de seguridad social.

46 Disponible: https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf. Consulta: 15/01/2018.

Entre el *back to basics* y los nuevos paradigmas de la revolución tecnológica.
Pensamientos para la reducción de la brecha tecnológica-jurídica y la estandarización de las legislaciones del mundo.

Vilma Sánchez Del Castillo*

SUMARIO: I. Particularidades y bondades del Derecho Uniforme. El *back to basics*. II. Los nuevos paradigmas de la revolución digital. En busca de la reducción de brechas. III. Podría el Derecho dirigirse a una encrucijada y caer en un fin apocalíptico en el ámbito de la electrónica? Puntos de colusión y posibles solucione. IV. A manera de conclusión.

Resumen

Resumen: La revolución tecnológica ya es un tema asentado a nivel práctico y, avanza cada vez con mayor velocidad, dejando atrás las estructuras legales decimonónicamente dictadas para pautas tradicionales. El back to basics planteado, pretende concientizar a los operadores legales de la necesidad de ajustarse al orden proveniente del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, como punto de partida y marco de obligado anclaje, para afrontar los retos del Comercio electrónico reloaded.

Palabras clave: Comercio electrónico. Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Contratos electrónicos.

Abstract

The technology revolution is a settled issue on a practical level and, it progresses with increasing speed, leaving behind the outdated legal structures dictated by traditional

Recibido: 30/11/2018 • Aceptado: 17/12/2018

* Doctora en Derecho Privado y de la Empresa. Universidad Carlos III de Madrid. Experta en Derecho Uniforme y Comercio Electrónico. COSTA RICA

guidelines. The proposed back to basics, aims to raise awareness among legal operators about the need to adjust to the order coming from the Uniform International Trade Law, as a starting point and framework of mandatory reference, to face the challenges of e-commerce reloaded.

Keywords: Electronic Commerce. Uniform International Trade Law. Electronic contracts.

I. Particularidades y bondades del Derecho Uniforme. El *back to basics*

Como fiel seguidora y creyente de las bondades y capacidades prácticas y atemporales del Derecho Uniforme del Comercio Internacional -DUCI-, sobre el cual, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI/UNCITRAL- nos ilustra desde hace más de 50 años, estimo indefectiblemente, que para atender de manera acertada la compleja disciplina jurídica y práctica que reviste al Derecho de la contratación electrónica y a su fiel asociado, la revolución tecnológica, de inicio, es fundamental dominar el DUCI.

El Derecho uniforme en esta rama, queda zanjado por medio de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico, que data ya del año 1995 y, que pretende, más allá del alcance del Derecho Internacional Privado, con sus normas de conflicto y fijación de la jurisdicción competente para conocer de una determinada desavenencia de carácter internacional, establecer *a priori*, cuál va a ser el fundamento legal que va a regularizar una determinada situación, estableciendo un marco normativo de carácter uniforme, cuya interpretación también, se pretenda homogénea.

Esta referencia, obliga *per se* a las partes a ajustarse a una ordenación, que impida, o al menos minimice, a futuro, la proliferación de conflictos. Situación que se complica, a raíz del carácter eminentemente internacional de las transacciones electrónicas.

El DUCI marca su ámbito de acción bajo la tutela de algunas máximas, que aún hoy, tras la aparición de lo que pareciera ser una Segunda Revolución o Generación Tecnológica de la Economía, una Cuarta Revolución Industrial, una *Digital Transformation* o, como voy a decirle, un comercio electrónico "*Reloaded*" -con la nube, el auge del *Blockchain*, el fenómeno de la inteligencia artificial, la 3D, la robótica y, la incesante aparición de aplicaciones y plataformas que pretenden facilitarnos o, incluso, alterarnos la vida- sienta ese *back to basics*, al trazar las líneas de acción para el desenvolvimiento del actual Derecho del comercio electrónico. Es decir, pese al despertar tecnológico, el Comercio

electrónico requerirá forzosamente, de su auxilio y entendimiento, para arribar a un buen puerto.

Las máximas a que hago referencia, son las siguientes:

a) La equivalencia funcional

Este ápice, se levanta como la capacidad reivindicatoria que coloca en un mismo nivel de eficacia y eficiencia jurídica, al documento electrónico y al sentado en soporte de papel. De esa forma, a fin que las manifestaciones de voluntad y las de ciencia y conocimiento, tengan impacto y razón de existir, no solo en la práctica, sino en el ámbito legal, no se negará validez ni fuerza jurídica a las comunicaciones por el simple hecho de encontrarse en soporte electrónico.

El Derecho, principalmente, el español, con el apoyo y la inteligencia del principal creador y precursor del DUCI en el mundo, el Catedrático de Derecho Mercantil, Rafael Illescas Ortiz, introdujo en el Proyecto de Ley de Reforma al Código Mercantil español, la noción de electronificación, que viene a establecer lo que me gusta llamar, la madurez del Derecho del comercio electrónico y de esa equivalencia. De esa forma, reza la propuesta ibérica lo siguiente:

> *Electronificación: Toda declaración o acto referido a la formación, perfección, administración, cumplimiento y extinción de los contratos mercantiles podrá efectuarse mediante comunicación electrónica entre las partes y entre estas y los terceros, salvo disposición expresa legal en contrario. 1.- Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico. 2.- La utilización de medios electrónicos en los contratos mercantiles ni requiere el acuerdo previo entre partes*.

b) La inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos

Este axioma, ordena que no deviene necesario el dictado de toda una nueva forma de disciplina jurídica, pues, en razón de la equivalencia entre las nociones de derecho que tradicionalmente se ceñían sobre las transacciones manuales y, las electrónicas, lo indispensable sería emitir normas marco o reformas específicas, para acoplar la entrada de las nuevas tecnologías al mundo del papel. Si bien esta guía es la que más resquemores ha despertado, tomando en consideración los ya muchos cambios que la revolución digital ha levantado no solo a nivel de nomenclatura, sino, en razón de sus posibilidades prácticas y legales, es menester tomarlo en cuenta.

Veámoslo de esta forma. Hace no mucho, era una verdad innegable que el Derecho del comercio electrónico llenaría las lagunas de los órdenes decimonónicos, ello, toda vez que hay factores que no van a cambiar por la

intrusión de la tecnología en nuestra vida. Ahora bien, lo que se debe tener en cuenta en la actualidad, es que ya hay temas electrónicos que no necesitan del soporte del derecho tradicional para existir.

c) La neutralidad tecnológica

Es la tercera guía que quiero resaltar. Predica que en razón de las constantes creaciones tecnológicas -de hoy, de ayer y de mañana- no nos podemos enlazar con una sola de ellas. Es necesario, para mantener un orden normativo actualizado, aceptar desde las tecnologías pasadas, hasta las futuras, en un ámbito neutral, que se desenvuelva en una amplitud tal, que no requiera de constantes cambios.

d) La vis expansiva

El DUCI, en la persona del Catedrático Rafael Illescas, sienta otro aforismo. La vis expansiva. Esta máxima lo que propone es hacernos caer en cuenta que la transformación digital no sólo se acomoda en la economía, en el comercio y, en las ramas civiles y mercantiles de lo jurídico, sino que, va a abarcar a todas las disciplinas, acogiendo en su seno, con las modificaciones que se requieran, a la normalización propia del Derecho público, del penal, del administrativo, del constitucional, en fin, de la materia que se nos ocurra y, además de empapar a nuestra vida cotidiana, también, lo hará en cualquier profesión imaginable.

A *grosso* modo, sus fundamentos guiarán también el destino de todo lo que nos rodea, siendo que más allá de la acostumbrada mención al *Internet of Things*, ya debemos pensar en el *Internet of Everything*.

e) Finalmente, al menos para lo que a este artículo concierne, tenemos la buena fe, como principio que proviene del derecho preexistente y, del cual, me reservaré algunos comentarios para el desenlace de este escrito

En pleno contubernio con los principios referidos, también existen elementos objetivos y subjetivos nacidos del DUCI, que complementarán y darán forma al Derecho del comercio electrónico. Ellos son las nociones de: iniciador, destinatario e, intermediario, todos de un mensaje de datos y; el internet y los sistemas de información, a los que ahora se pueden ir agregando otros elementos, como lo podrían ser, el *blockchain*, la inteligencia artificial y, la robótica, por ejemplo.

Además, el DUCI aclara nociones tan importantes hoy día, como lo son lo que debe entenderse por escrito, firma, original, lo concerniente a la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos y las comunicaciones electrónicas, la conservación de los mensajes de datos, la formación y validez de los contratos, el reconocimiento por las parte de los mensajes de datos, la atribución de los

mensajes de datos, el acuse de recibo y, el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos. Lo dicho, solo para esbozar el contenido de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, pero dejando abierto para su consideración que esta disciplina se encarga de dilucidar muchos más ámbitos y apartados, que no creo conveniente traer a colación acá, dada la dimensión de este estudio.

En consecuencia y, en relación con la primera parte de este escrito, nótese que en el título de este pequeño artículo aludo al *back to basics*, es decir, a la concientización de la importancia de los fundamentos del DUCI en el comercio electrónico para poder comprender, de manera cabal, la disrupción en que nos posiciona el mundo moderno.

Y es que para comprender el funcionamiento del tan destacado y omnipresente *blockchain* y compañía, deviene indefectiblemente necesario, dominar el Derecho de la contratación electrónica en sus más elementales cimientos.

Ahora, desde mi experiencia, puedo decir que la regulación y expedición de una Ley Marco sobre Comercio Electrónico, conteniendo las menciones al DUCI y a normalizaciones de avanzada, como la comunitaria y la española, muchas veces se transforma en un camino muy intrincado, sometido a intensos cuestionamientos políticos y comerciales, de parte del Estado y de los actores del mercado; situación que como lo he advertido antes, podría perjudicar el libre y ajustado a Derecho, desenvolvimiento de los operadores de los mercados electrónicos internacionales, provenientes, sobre todo, de países en vías de desarrollo. Esto, pese a que en los foros mundiales que abordan temas relacionados con el comercio electrónico, ya se habla de lo que la jurista española y profesora titular de la Universidad Carlos III de Madrid, Teresa Rodríguez de las Heras, denomina la Segunda Generación de las Economías y los Mercados Digitales, a la que hice referencia al inicio. Este entramado, en criterio de la abogada, vendría a sugerir un replanteamiento de la forma en que actualmente, estamos pensando regular la revolución digital y sus bondades.

Pienso entonces, cómo es posible que a estas alturas, muchos de nosotros nos estemos cuestionando aspectos legales propios de la primera generación de la economía digital, cuando ya los retos nos están llevando a otras dimensiones.

II) Los nuevos paradigmas de la revolución digital. En busca de la reducción de brechas

> *Las olas tecnológicas vienen más frecuentes y cambiantes, pero la empresa promedio de América latina es un surfeador demasiado propenso a trastabillar o, peor aún, dejar pasar las mejores oportunidades del lucirse en el mar de competidores globales.*
>
> INCAE, Costa Rica

Retomando la idea esbozada en el apartado precedente, la aparición de sistemas como el *blockchain* y la inteligencia artificial -por mencionar solo dos, ello, obedeciendo al principio de neutralidad tecnológica-, nos provoca aún más cuestionamientos acerca de la forma en que debe erigirse este Derecho. Tengamos en cuenta que hace nada de lo que se hablaba era de la nube o el *cloud computing* y, del *big data*.

Nosotros, los abogados, como curiosos/expertos/apasionados/estudiosos del derecho que rige a las tecnologías de la información, dando seguimiento a los propios prodigios que inventan y crean las tecnologías en sí, debemos cuestionarnos algo crucial, hacia dónde vamos y en dónde estamos. Esto, se podría zanjar creando un mapa mental, actualizado con los últimos avances electrónicos que contenga una visualización de lo que sería el futuro, acompañado por la forma en qué vayamos a regular o no, estas novedades; tratando siempre de no alterar su libre desenvolvimiento.

Sin embargo, para nadie es un secreto que los Estados y sus organizaciones internas, para normalizar o ponerse de acuerdo en algo, deben ajustarse a intrincados procesos burocráticos, que por demás está decir, frenan el avance oportuno de la creación de cuerpos jurídicos legales que regulen, en lo que se estime necesario, el auge tecnológico. A ello se suma que la legalidad, ni por asomo, puede transitar a la misma velocidad que lo hace la tecnología.

Los servicios de la sociedad de la información y sus respectivas plataformas, no solo se vuelven cada vez más sofisticados y demandantes, sino que, plantean desafíos y situaciones que nos pueden conducir a un replanteamiento de los dogmas legales y de los mapas jurídicos que hemos seguido durante tantos años y, que creíamos inescrutables.

Tan es así que en el marco de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que desde el año 2000 contempla la normativa comunitaria, según el texto de la Directiva 2000/31 relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información y, del 2002, acorde con la Ley 34/2002 de España, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, ya hoy, a más de 16 años de su vigencia, se está pensando reformar, a fin de incluir a los prestadores de servicios de intermediación en un rol más activo dentro de sus funciones, a fin que no solo se vean compelidos a eliminar los contenidos que alojen provenientes de iniciadores que utilicen sus servicios hasta que se percaten de su ilicitud o de su ilegalidad, o bien, en el momento en que las autoridades administrativas y jurisdiccionales se los impongan; sino que la nueva tendencia, rompedora de paradigmas, según información suministrada por la profesora Teresa Rodríguez de las Heras, busca que estos participantes electrónicos concursen de manera proactiva y, se vean inducidos a implementar mecanismos para revisar de manera constante, tanto, los contenidos que alojan en sus plataformas, como los datos que por su intermedio transiten.

Sé que este foro está dirigido a Iberoamérica, lo que hace que la disparidad de culturas, legislaciones y, puntos de vista, prevalezcan. A nivel europeo y, a lo que a España concierne, con el soporte que brinda la Unión Europea y la cantidad de Estados que colaboran en el pensamiento normativo que rige y, regirá a futuro los mercados electrónicos, llegamos a un vértice indiscutible. La calidad de sus normas, tanto las transpuestas, como las que entren directamente a regir en su ordenamiento interno como leyes europeas -caso de los Reglamentos Comunitarios- son por mucho, superiores a las que surgen en América Latina.

Es más, la aplicación de la normativa comunitaria, gozará de una riqueza interpretativa jurídica innegable, al provenir de las distintas jurisdicciones que engrosan los países miembros del entorno comunitario, a lo que se suma, la existencia de Tribunales Europeos.

De ahí que, sería conveniente que países como los nuestros, para progresar y estrechar las brechas que nos separan de otras latitudes, tomáramos nota de la experiencia comunitaria, del DUCI y, en fin, de potencias como los Estados Unidos de Norteamérica, con el cometido de acceder de manera adecuada y segura al mercado internacional electrónico. Cómo, reduciendo la brecha normativa y tecnológica que nos separa.

III. Podría el Derecho dirigirse a una encrucijada y caer en un fin apocalíptico en el ámbito de la electrónica? Puntos de colusión y posibles soluciones

Desde el momento en que las transacciones electrónicas no respetan las fronteras de las naciones; pulula la disparidad de las legislaciones y de las idiosincrasias nacionales; las tecnologías avanzan de forma imparable y, a veces, impredecible; crece el desconocimiento de los operadores legales hacia sitios práctica y jurídicamente in-escrutados; aumenten los vacíos y las lagunas legales; nos encontremos ayunos de mecanismos internacionales capaces de satisfacer las exigencias de la Cuarta Revolución Industrial, y; residamos en un mundo donde el Derecho Internacional Privado ya no se se prevé como una solución viable o suficiente; deviene necesario crear un nuevo mapa que nos conduzca a la mejor solución posible.

De ahí que, ante el "vaticinio" de un futuro un tanto apocalíptico para las economías latinoamericanas y, lo mismo para su mundo normativo, propongo una serie de soluciones que, estimo, podrían favorecernos. Empero, dado mi profesión -abogada-, me limitaré en este artículo a esgrimir respuestas ligadas al campo jurídico.

Las recomendaciones a este respecto, serían las siguientes:

a) La uniformidad y homogeneidad de las legislaciones. Mi mundo ideal

> *Las incompatibilidades jurídicas y técnicas son las dos causas principales de dificultades en la utilización transfronteriza de los métodos de firma y autenticación electrónicas, en particular cuando su finalidad es sustituir una firma legalmente válida. Las incompatibilidades técnicas son las que afectan a la interoperatividad de los sistemas de autenticación. Las incompatibilidades jurídicas pueden surgir cuando las leyes de los diferentes ordenamientos estipulan diferentes requisitos en cuanto a la utilización y la validez de los métodos de firma y autenticación electrónicas* (…) *El riesgo que distintos países adopten criterios legislativos diferentes en relación con las firmas electrónicas exige disposiciones legislativas uniformes que establezcan las normas básicas de lo que constituye en esencia un fenómeno internacional, en el que es fundamental la armonía jurídica y la interoperabilidad técnica*.
>
> Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas. CNUDMI/UNCITRAL, 2009.

Uno de los objetivos a perseguir, es lograr que en el mundo se maneje un lenguaje común, de talante electrónico, donde la nomenclatura sea de uso general y de conocimiento de sus operadores. Además, donde lo tocante a las ordenanzas sobre protección y tratamiento de los datos de carácter personal, los terceros de confianza, los derechos y deberes de los cuales gocen las partes que participen en las transacciones electrónicas, el derecho de consumo, los derechos humanos como prerrogativas de cuarta o quinta generación -sin ánimo de ser excluyente en mis menciones-, se estandaricen.

Esa precisamente ha sido la misión y el objeto del DUCI, en manos de la CNUDMI/UNCITRAL, desde hace más de 50 años. Misión cuyo valor no puede ser negado ni desconocido, pues, a través de Convenciones internacionales, leyes modelo y guías jurídicas que han favorecido la incorporación de sus atestados a los órdenes internos de gran cantidad de naciones, no ha hecho más que beneficiarnos y brindar a muchos países en vías de desarrollo, de órdenes jurídicos de avanzada. Ahora bien, en el ámbito en que nos desenvolvemos ahora, extendería esa misión hasta el orden procesal y otras ramas en las cuales esta ordenación ha preferido no inmiscuirse.

Pensemos esto. Si todos habláramos y entendiéramos un lenguaje común, en un tema donde la nota preponderante es y, siempre será, su carácter internacional y el rompimiento de fronteras, no dudo que viviríamos en un sistema más organizado, menos complejo, más complaciente y, menos plagado de conflictos, dudas y resquemores. En este espacio quimérico que propongo, ya ni siquiera sería necesario el Derecho Internacional Privado.

Voy más allá, noten ustedes que en este universo de la homogeneidad, no estoy proponiendo necesariamente que los países y las naciones nos unamos en

un Estado supranacional; para nada. Simplemente, creo que el mundo debería marchar en esta materia por un mismo rumbo, en el que los países más desarrollados y avanzados colaboren con los que nos encontramos en vías de desarrollo, para que esa brecha digital y legal que nos separa, desaparezca o, al menos, se reduzca.

Pero bueno, esta solución de equidad no se encuentra alejada de la realidad. Ya la Unión Europea la ha puesto en práctica y, ha funcionado. Es acá donde resaltan las Directivas comunitarias y los Reglamentos europeos. Además, el mundo de la autorregulación y de los códigos de conducta, grandes aliados en el tema de la electrónica, han sido y seguirán siendo, de gran soporte.

b) No sobre-regular o regular en exceso

Hace al menos 20 años, algunos visionarios, como en su momento lo fue Santiago Muñoz Machado, habló de tres posibilidades regulatorias, enrumbadas al sistema de información conocido con el nombre de Internet, la red de redes.

La primera, proponía que este ámbito debía permanecer inescrutado, sometido a su libre desenvolvimiento en un ambiente de libertad plena y, de libre circulación de ideas y mensajes.

La segunda, se decantaba por normar algunos extremos que se previeran de interés, a fin de brindar un flujo adecuado y continuo entre la prestación de servicios y, la protección de los usuarios de la red.

Por último, la tercera propuesta, sugería la necesidad de crear un régimen jurídico extremo, que contuviera cualquier posibilidad de abuso en el uso de las tecnologías de la información.

Con el paso de los años y, con los cambios y quebrantos sufridos por el principio de inalteración del derecho preexistente, podemos decir que ya tenemos un panorama un poco más prístino, que ha ido evolucionando en un vaivén de prueba y error que ha provocado la reforma, derogación, evolución y, cuestionamiento, de muchas de las reglas primigenias vertidas en para ámbito. En este punto no quiero dejar de mencionar que el único Derecho, que ha permanecido incólume en el tiempo, con apenas alguna variación o modernización, lo ha sido el Derecho Uniforme; lo que no es otra cosa que prueba fiel de su calidad y consistencia.

Pasando a otra idea, hay que tener mucho cuidado con la doble regulación, es decir, con la expedición de reglas contenidas en varios cuerpos normativos que, al final de cuentas, pretendan normar lo mismo.

Otra circunstancia a tomar en cuenta, es que, con la expedición de este tipo de ordenaciones, debemos en lo posible, brindar un cierto estatus de libertad al desenvolvimiento tecnológico, en la plataforma que se presente.

Por mencionar algo, se sabe que el *blockchain* abastece de grandes beneficios al ecosistema digital. Bajo esa tesis, podemos mencionar la reducción de costes; la emulación de transacciones seguras; la factibilidad de rescindir de

la intercesión de terceros de confianza; la trazabilidad; la encriptación segura de las comunicaciones electrónicas; la transparencia, y; la creación de los denominados *smart contracts* en la modalidad que se quiera. Ante un panorama como el descrito, la perspectiva regulatoria podría decantarse hacia un marco de neutralidad -DUCI-, que se enfoque en las actividades desplegadas por los usuarios y, que tome en consideración los potenciales riesgos operacionales, como los que puedan suscitarse del tratamiento de datos personales.

Asimismo, en el caso de países que en la actualidad no gocen de marcos legales suficientes en esta disciplina, recomiendo, acogerse a las prédicas del DUCI, mismas que han sido, con éxito, sometidas a prueba por más de 20 años, superando con creces las expectativas que imagino, pudieron haber vaticinado sus creadores. Además, en virtud de las novedosas determinaciones vertidas en esa sede, resulta potable tratar de ponerse a día en la transposición a sus órdenes internos, de esas regulaciones, en este caso, de la Ley Modelo de Documentos Electrónicos Transmisibles de la CNUDMI/UNCITRAL, aprobada hace apenas un año y, en la cual, se plantean y se brindan soluciones a temas que recién fueron puestos en entredicho.

c) Valorar la capacidad de los mecanismos de autorregulación

Los códigos de conducta, devienen herramientas básicas en la sostenibilidad y desarrollo de los servicios de la sociedad de la información, en especial, en un mundo, donde las plataformas y los mercados a los que pertenezcamos –piénsese desde *Facebook* hasta *Waze*- nos convierten, a nosotros, los seres humanos, en habitantes de una comunidad virtual que, si bien debe respetar el orden público y las normas dispositivas de los Derechos internos, se rigen por sus propias reglas y, hasta contienen sus propios mecanismos de solución de controversias.

d) Combinar las bondades regulatorias del *back to basics* y las necesidades de la Segunda Generación de los Mercados Digitales. La confianza: a propósito de la buena fe, como fiel expresión del principio sobre inalteración del derecho preexistente obligaciones y contratos.

Finalmente, quisiera agregar a lo dicho, que la modernidad nos conduce a transitar por caminos que antes no habíamos considerado. De nuevo, quiero citar a la maestra Teresa Rodríguez de las Heras y, retomar el principio del DUCI que predica la buena fe.

La buena fe, proviene nada más y nada menos, que del principio de inalteración del derecho preexistente y, en los tiempos que corren, ha adquirido una transcendencia impactante que nos reta a nosotros, a todos, como usuarios

de las tecnologías de la información, a dejarnos caer en manos de las bondades y beneficios del entorno digital.

Les comento. Hace casi 10 años -este vórtice no se ha resuelto-, surgían una gran cantidad de dudas e inconsistencias en la utilización de las firmas electrónicas, a raíz de la disparidad de ordenaciones jurídicas y los problemas en el reconocimiento de las rúbricas electrónicas extranjeras, a tal punto que la CNUDMI/UNCITRAL publicó un excelso y revelador texto titulado "Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas", del cual, se extrajo una cita textual para ilustrar uno de los acápites previos.

Dentro de uno de sus apartados, se hizo referencia a la confianza y, en ese sentido se estatuyó lo que de seguido se transcribe:

> *Aunque una firma manuscrita es una forma habitual de "autenticación" y sirve para documentos de transacción que cambian de manos entre partes conocidas, en muchas situaciones comerciales y administrativas una firma es sin embargo relativamente insegura. La persona que confía en el documento no suele disponer de los nombres de las personas autorizadas a firmar ni de especímenes de sus firmas a efectos de comparación. Esta situación es especialmente cierta en el caso de muchos documentos en los que se confía en países extranjeros en operaciones comerciales internacionales. Incluso cuando existe un espécimen de la firma autorizada con fines de comparación, tan solo un perito podrá detectar una falsificación bien hecha. Cuando se tramita un gran número de documentos, a veces ni siquiera se comparan las firmas, salvo cuando se trata de operaciones muy importantes. La confianza es uno de los elementos básicos de las relaciones comerciales internacionales*.

De nuevo, la sapiencia de la CNUDMI/UNCITRAL salta a la vista. La electrónica, a parte de sus implicaciones y evocación de la distancia entre las partes que la utilizan, muchas veces brinda más seguridad a las transacciones que se gestan por su intermedio, que sus homólogas del papel.

La práctica y el paso del tiempo, llevaron a la Unión Europea a dictar el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y, los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el Mercado Interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Dicho entramado, en suma técnico y complejo, crea la disciplina jurídica que va a girar sobre los prestadores de servicios de confianza, los sellos electrónicos y de tiempo y, las firmas electrónicas.

De manera paralela a iniciativas como la mencionada, la tecnología nos está conduciendo a otros rumbos y, acá menciono la idea esbozada por la profesora Rodríguez de las Heras. Pese a que es inevitable requerir la intervención de los terceros de confianza, ahora, convivimos en ecosistemas que predican que los propios participantes de la electrónica, es decir, los prestadores de servicios, se

involucren y coadyuven en a generación de la confianza, sin necesidad, muchas veces, de acudir al auxilio de esos otros prestadores de servicios de confianza.

IV. A manera de conclusión

Las posibilidades que la vida nos da en este siglo, son infinitas y, debido al auge electrónico, difíciles de predecir.

En mi criterio, creo que lejos de mostrar miedo y limitar nuestro actuar virtual, debemos disfrutar de los regalos que la modernidad nos regala, desplegándonos como lo hacemos siempre y, en el mundo real, con cautela.

Es aconsejable que los legisladores, gobernantes y los actores comerciales, abran sus mentes y faciliten la inserción de normas nacionales basadas en el DUCI y en las reglas internacionales testadas a través de los años, para evitar caer en una separación que en algún punto, fortalezca y haga crecer aún más, la brecha digital-jurídica que ya nos separa de otras latitudes.

CONFERENCIAS

XXI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática
Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática.
San Luis Potosí, México, octubre 2017

De la protección de los datos personales de los menores en Internet

Anahiby Becerril*

SUMARIO: I. Justificación. II. Los Derechos Humanos de los menores. III. El interés superior del menor. IV. La protección de los datos personales de los menores. V. Breve referencia al marco internacional de protección de datos personales de menores. V.I.I. La COPPA. V.I.II. El Memorándum de Montevideo. V.I.III. El Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea. VI. Conclusiones.

Resumen

La protección de los datos personales de las niñas, niños y adolescentes en Internet constituye un tema que conlleva un rezago, en cuanto a la legislación aplicable y la interpretación del principio del interés superior del menor en el contexto de las TIC. Ante temas como el anonimato, sexting, cyberbullying los menores se exponen a ser víctimas o victimarios por el mal uso de su información. Por otro lado, cualquier medida que se tome debe ponderar entre la protección de sus datos personales y su seguridad, evitando control excesivo que derive en la violación o restricción de sus otros derechos (como el acceso a la información y esparcimiento, por ejemplo). Una Ley en específico, elaborada con un enfoque multistakeholder que contenga principios y buenas prácticas, es el modo más efectivo de cumplir con los compromisos contraídos en la CDN y la CADH.

Palabras clave: Datos personales. Internet. Menores. Protección.

---

* Aceptado por el Comité Académico para ser presentado en el XXI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática celebrado en San Luis Potosí, Mexico, el mes de octubre, 2017.

* Doctora en Derecho y Globalización por el Programa Nacional de Postgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Profesora de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Panamericana. Especialista en gobernabilidad, Derechos Humanos y Cultura de Paz, por la Universidad Castilla-La Macha (UCLM), España.

Abstract

The personal data protection of children and adolescents on the Internet is a subject that entails a lag, in terms of the applicable legislation and the interpretation of the principle of the best interest of the child in the context of ICT. Faced with issues such as anonymity, sexting, cyberbullying, children are exposed to being victims or victimizers due to the misuse of their information. On the other hand, any measure taken must weigh between the protection of their personal data and their security, avoiding excessive control that results in the violation or restriction of other rights (such as access to information and entertainment, for example). A specific Law, elaborated with a multistakeholder approach that contains principles and good practices, is the most effective way to comply with the commitments made in the CRC and the ACHR.

Key words: Personal Data. Internet. Minors. Protection.

I. Justificación

Internet se presenta como un sinónimo de oportunidades sociales, políticas y económicas para todas las personas sin distinción de edad. Para el caso de los niños, niñas y adolescentes[1], estos tienden a usarla de forma integrada, adaptándola a sus necesidades e intereses[2]. Por ejemplo, puede ser una poderosa herramienta para que ellos hagan saber su opinión en asuntos que les son de su competencia, articulando su poder como ciudadanos en un nuevo lenguaje[3]. Son ellos los que mejor se han adaptado y aceptado en su vida cotidiana a las relaciones de socialización y acceso a la información que las plataformas y Servicios de Redes Sociales (en adelante SRS) les ofrecen, constituyendo un componente importante en su vida.

Tal es la importancia que reviste el uso de Internet, que en el año 2012 el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidades

1 En el presente trabajo emplearemos el término "menor" o "niño" de forma indistinta.

2 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "Las TIC para el crecimiento y la igualdad: renovando las estrategias de la sociedad de la información", en CEPAL, *Tercera Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe*, Lima, 21 a 23 de noviembre de 2010 (LC/G.2464), Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2008, p. 78.

3 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *The estate of the world's children 2011*, Nueva York, UNICEF, p. 67, *https://www.unicef.org/sowc2011/pdfs/SOWC-2011-Main-Report_EN_02092011.pdf*

adoptó la Resolución A/HRC/20/L.13[4] titulada *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. La relevancia de este documento reside en que reconoce, en lenguaje de Derechos Humanos[5] (en adelante DDHH), una serie de derechos de acceso y empleo del Internet para todas las personas. En este sentido, en la Resolución se afirma que al igual que en el mundo físico, *los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet*. Adicionalmente, se exhorta a los Estados para que promuevan y faciliten el acceso a Internet, así como la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información en todos los países.

Por su parte, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia[6] (en adelante UNICEF), reconoce que el empleo de las TIC ha transformado radicalmente la vida de los niños, permitiéndoles afirmar sus derechos y expresar sus opiniones, ofreciéndoles múltiples maneras de comunicarse y de estar en contacto con sus familias y amigos, de esta forma pueden interactuar más activamente con el mundo que les rodea. La accesibilidad que esto conlleva les permite hacerse de un enorme abanico de información y contenidos que diariamente transitan en el ciberespacio, lo que les facilita el ejercicio de DDHH como la educación, acceso a información, entretenimiento, entre otros.

No obstante, los beneficios que los usos de las TIC traen consigo para los menores, estas también conllevan riesgos. El otorgamiento con desconocimiento de su información personal es uno de ellos. Y si bien los DDHH de los niños, se encuentran reconocidos en diversos instrumentos internacionales y son ampliamente aceptados por gran parte de la comunidad internacional, aún existen rezagos en torno a la protección de sus derechos que los nuevos entornos de las TIC traen consigo. La protección de sus datos personales es uno de ellos. Ante esto surgen varias interrogantes: ¿Cómo se puede proteger los datos personales de los nativos digitales? ¿Cómo proteger a los menores que no sólo se desarrollan dentro de un entorno físico, sino en un mundo virtual paralelo? Mundo que muchas veces los adultos desconocen o no comprenden.

4 Consejo de Derechos Humanos (ONU), *Resolución A/HRC/20/L.13. Promoción protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*, 29 de junio de 2012, *http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf*

5 El enfoque de derechos en el *...es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos [...]*, *Cfr.* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de Derechos Humanos en la Cooperación para el Desarrollo*, Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. 15.

6 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Los derechos de la Infancia y el Internet. De las directrices a la práctica*, UNICEF, 2016, p. 6.

II. Los Derechos Humanos de los menores

Todas las personas, por el simple hecho de serlo, tienen reconocidos los Derechos Humanos. La DUDH reconoce la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos (art. 1), así como los derechos reconocidos en ésta, sin discriminación alguna (art. 2). Desde este plano general, reconoce a todas las personas igualdad de condiciones, derechos y libertades. Haciendo referencia, en su artículo 25 a los cuidados y asistencia especiales que reviste la infancia[7]. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[8] también reconoce el *derecho del niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere* (art. 24.1).

En el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) reconoce la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ésta, sin discriminación alguna, a todo ser humano (art. 1º) y en su artículo 19[9] enuncia la protección especial que los menores requieren por parte de su familia, sociedad y del Estado. Sin definir, en este sentido, el término *menor*. No obstante, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, denominada *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ha interpretado que, para efectos de la aplicabilidad de la CADH y la Convención sobre los Derechos del Niño (en el sistema interamericano), *niño* es todo *ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*[10]. En esta tesitura, refiere la Corte IDH, y atendiendo a la normativa internacional, se entiende que niño es *toda persona que no ha cumplido 18 años de edad* (párr. 42). Reconociendo que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y que, además, tienen derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. De esta forma, la Corte IDH ha referido que la mayoría de edad conlleva el ejercicio pleno de los derechos, y aun y cuando no todos poseen la capacidad de actuar, todas las personas *son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana* (párr. 41).

7 En el apartado 2 del mismo numeral de la DUDH se refiere: *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*

8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx*

9 Declaración Americana sobre los Derechos Humanos, *https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm*

10 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 38.

La Convención sobre los Derechos de los Niños[11] (en adelante CDN), es el primer instrumento internacional, jurídicamente vinculante, que incorpora todos los derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y culturales[12] a favor de los niños. Tanto en su contenido como en sus dos Protocolos Facultativos se definen los derechos básicos de que deberán disfrutar todos los niños, niñas y adolescentes, toda vez que, como seres humanos, les son inherentes a su dignidad humana y necesarios para su desarrollo armonioso. La Convención enuncia los cuidados y protección especiales que los menores de 18 años precisan[13]. A este respecto, vale la pena mencionar que, según la Convención, son los padres quienes tienen la responsabilidad primordial tanto de la crianza de sus hijos como de la satisfacción de las necesidades que permitan su sano desarrollo. Dentro de los derechos que la CDN reconoce a los menores se encuentran el acceso a la información (art. 13) y la protección de su privacidad (art. 16).

No obstante lo anterior, el desarrollo tecnológico trae aparejado una serie de riesgos. El mal empleo de las TIC, por parte de las personas (no sólo menores), incluso por Estados[14], plantean una serie de problemas que afectan directamente a los usuarios de Internet. Los niños son seres humanos, por lo cual, tienen el reconocimiento de protección a los derechos de todo individuo, incluidos el de protección de datos personales. En esta tesitura el *Decálogo UNICEF: los e-derechos de los niños y las niñas*[15] refiere que los niños tienen:

11 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de manera unánime, el 20 de noviembre de 1989.

12 La CDN se encuentra fundamentada en otros instrumentos vinculantes, a saber: la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

13 En este sentido los tratados que reconocen la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

14 En el año 2014, como resultado de la preocupación en torno a los sistemas de vigilancia en masa, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, emitió el informe denominado *El derecho a la privacidad en la era digital (*A/HRC/27/37). En dicho documento se reconoce el aumento en la capacidad, por parte estados, gobiernos y empresas, para realizar actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos. Incluso, refiere el documento: *la mera existencia de un programa de vigilancia en masa crea, por lo tanto, una injerencia en la privacidad* (párrafo 20); *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas, A/HRC/27/37. *El derecho a la privacidad en la era digital. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 2014, párrafo 20, p. 7.

15 Derivado de la celebración del Día Internacional para una Internet Segura (6 de febrero de 2004), UNICEF presentó un decálogo con los derechos y deberes relacionados con las TIC. En este documento se expresa la importancia de incentivar el uso y acceso de Internet, para fines

6. Derecho a la intimidad de las comunicaciones por medios electrónicos. Derecho a no proporcionar datos personales por la Red, a preservar su identidad y su imagen de posibles usos ilícitos.

Ante este panorama se presenta la importancia de la protección de datos personales de los menores. Protección que debe extenderse no sólo el mundo *offline*, sino y tal vez más importante aún, el *online*, tal y como lo ha reconocido Naciones Unidas.

III. El interés superior del menor

El interés superior del menor constituye un elemento hermenéutico de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los DDHH de los menores, colocándolos como sujetos suyos derechos son objeto de protección prioritaria[16]. Este principio es la aplicación e interpretación en torno al cual gira cualquier asunto relacionado con los menores, mismo que se encuentra reconocido en la CDN (artículo 3), entre otros[17].

En relación a la CADH si bien no reconoce el interés superior del menor, en su artículo 19 *refiere que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad, y del Estado.* En este sentido, la CADH establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por tanto, el pleno goce y ejercicio de los mismos deberá estar garantizado para los niños (art. 3 y 1.2). Lo que no debe confundirse con la capacidad de goce de sus derechos, inherentes a toda persona humana con la incapacidad relativa o absoluta, que tienen los menores de 18 años.

En México, el artículo 4° constitucional reconoce que *en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez*, de forma que sus derechos queden garantizados. Principio que servirá de guía para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

La justificación que gira en torno al principio de interés superior del menor es que una persona que aún no ha alcanzado la madurez física y psicológica necesita un marco de protección más amplio. Es por ello por lo que el principio de interés superior del menor apunta a mejorar las condiciones del niño, reforzando su derecho al desarrollo de su personalidad. Principio que debe ser

informativos y recreativos, pro con responsabilidad; *Cfr*. UNICEF, *Decálogo de los derechos de la infancia en internet*, 2004, *http://www.redes-cepalcala.org/inspector/DOCUMENTOS%20Y%20LIBROS/TIC/Internet%20Segura.pdf*

16 Tesis III.2o.C.66 C*, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, marzo 2017, p. 38.

17 Por ejemplo: en la Convención 192 del Consejo de Europea (artículo 6) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 24.2).

respetado por todas las instituciones, gobiernos y personas. El interés superior del menor ha sido reconocido por el propio Comité de los Derechos del Niño, llegando incluso a considerarlo como un principio *rector-guía* de la CDN. No obstante, de ser personas que aún no han alcanzado su madurez física y psicológica, cabe destacar que la CDN reconoce en su artículo 12 que los menores que puedan formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. En este sentido, también el *Decálogo UNICEF: los e-derechos de los niños y las niñas*[18] en su artículo 3 señala que los niños y niñas tienen derecho a:

> … ser consultados y a dar su opinión cuando se apliquen leyes o normas a internet que los afecten, como restricciones de contenidos, lucha contra los abusos, limitaciones de acceso, etcétera.

Respecto a lo anterior, existen legislaciones que consideran a los menores como sujetos de protección y control, estableciendo jurisdicciones especiales, las cuales muchas veces resultan excluyentes y discriminatorias, negando a los niños su condición de sujetos de derechos, pasando por alto lo establecido en el artículo 12 de la CDN. Consideramos que, atendiendo a su desarrollo y madurez, el derecho de ser escuchados en los asuntos que les son de su interés debe ser respetado como una premisa dentro del principio de interés superior del menor. Como puede ser el consentimiento para el tratamiento de su información personal, como se verá más adelante.

IV. La protección de los datos personales de los menores

Los datos personales son definidos como: *Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información*[19]. Consisten en la información concerniente a las personas, la cual, con independencia de su denominación[20] y, por tratarse de información que afecta los derechos fundamentales de las personas, la ley debe regular su tratamiento[21]. Existiendo

18 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Decálogo de los derechos de la infancia en internet*, *http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD27/datos/decalogo-derechos-infancia-internet.html*

19 De conformidad con la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de enero de 2017.

20 Así encontramos que puede hacerse referencia términos como *datos personales*, *datos de carácter personal*, e *información personal*.

21 Para efectos del presente trabajo, al referirnos al término *tratamiento*, empelaremos la acepción del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, en donde su

ciertas categorías de datos personales que por sus características deben ser tratadas con un enfoque más protector, los cuales se han identificado como datos personales sensibles.

En México, los artículos 6°, apartado A y el segundo párrafo del artículo 16[22] constitucional reconocen el derecho fundamental que tiene toda persona de protección de sus datos personales, con el reconociendo los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), en el caso del último de los numerales antes referidos.

La definición *cualquier información relacionada con una persona física identificada o identificable*, implica ciertas cuestiones. Primero, al hablar de datos personales se hace siempre referencia a una persona física, natural, excluyendo a las personas jurídicas. Segundo, la definición refiere a *cualquier* información, sin importar el ámbito o contexto particular, siempre y cuando sea de una persona natural[23].

La Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados[24], en México, en el segundo párrafo del artículo 7[25] refiere que para el caso de tratamiento de datos personales de los menores de edad se *deberá privilegiar el interés superior de la niña, el niño y el adolescente, en términos de las disposiciones legales aplicables*.

artículo 4.2 lo define como: *cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción*; *Cfr. Reglamento General de Protección de datos*, *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679*

22 Segundo párrafo adicionado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 01 de junio de 2009.

23 En algunas legislaciones la protección de datos personales abarca personas jurídicas o morales; por ejemplo el artículo 2 de la Ley 25326 del año 2000 de Argentina, define a los datos personales como *información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables*; en Colombia la Ley sectorial 1266 de 2008 define a los datos personales como *cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica* (inciso e del artículo 3); en Uruguay el artículo 4 de la Ley 18331 de 2008 de *Protección de datos personales y acción de habeas data*, refiere que los datos personales *son información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables.*

24 Reglamentaria de los artículos 6o., Base A y 16, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en materia de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero del año 2017. Si bien la Ley General se encuentra enfocada a los sujetos obligados, su importancia radica en establecer las bases, principios y procedimientos para garantizar el derecho a la protección de datos personales, por ello todas las leyes en la materia deberán armonizarse con la misma, con tal y como se señala en su Transitorio Segundo.

25 Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf*

En este sentido, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su Capítulo Décimo Segundo, *Del Derecho a la Intimidad,* reconoce, en su artículo 76 que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la intimidad personal y familiar, así como a la protección de sus datos personales. Además, considera una violación a su intimidad, cualquier manejo directo de sus datos personales[26]. Destacando que quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia, serán los *encargados de orientar, supervisar y en su caso restringir, las conductas y hábitos de niñas, niños y adolescentes, siempre que atiendan al interés superior de la niñez*, de conformidad con el numeral antes citado.

La misma Ley en su artículo 78 hace referencia a que serán los antes mencionados, quienes deban dar el consentimiento (escrito o por otro medio) para el caso de que se difundan entrevistas de menores. Considerando, en este caso, su opinión. Pero la Ley dista mucho en hacer referencia en relación con su consentimiento y consideración de la opinión de los menores, en el tratamiento de sus datos personales.

En esta tesitura, el entorno dista mucho de tener una protección especial a la que hace referencia la CDN o la CADH. La protección que los menores de edad deben tener en relación con el tratamiento de su información personal, no sólo deriva de la protección a un derecho fundamental, sino de que, al ser nativos digitales y estar más en contacto con las tecnologías, son más vulnerables a ser sujetos de la comisión de algún delito, o peor aún, a volverse ellos los victimarios.

Aunado a lo anterior, con la información que diariamente se comparte en Internet y que es recogida por los diversos dispositivos electrónicos que los menores emplean, sumado al IoT[27], el *Big Data*, puede hacer identificable con mucha facilidad a cualquier persona. Es decir, con el cruce masivo de datos cualquier información que distingue a una persona de otra puede ser utilizada para asociar los datos anónimos, de esta forma cualquier información nos vuelve identificables, datificados y, en el mejor de los casos vendibles. Lo que conlleva el riesgo que los menores puedan ser catalogados o perfilados (*profiling*) a través de la información que van dejando con cada interacción que realizan a través de dispositivos digitales. Lo anterior conlleva problemas que aún distan de reflejarse.

26 El artículo 77 de la referida Ley, señala: *Se considerará violación a la intimidad de niñas, niños o adolescentes cualquier manejo directo de su imagen, nombre, datos personales o referencias que permitan su identificación en los medios de comunicación que cuenten con concesión para prestar el servicio de radiodifusión y telecomunicaciones, así como medios impresos, o en medios electrónicos de los que tenga control el concesionario o medio impreso del que se trate, que menoscabe su honra o reputación, sea contrario a sus derechos o que los ponga en riesgo, conforme al principio de interés superior de la niñez.*

27 Acrónimo para *Internet of Things* o Internet de las Cosas

V. Breve referencia al marco internacional de protección de datos personales de menores

V.I.I. La COPPA

En el caso de los Estados Unidos de América, la *Children's Online Privacy Act*[28] (o por sus siglas en inglés COPPA), constituye la primera norma a nivel internacional cuya finalidad es la protección de los datos personales de los menores de edad, lo que le ha valido constituirse la norma de referencia al abordar la regulación en la materia. Esta Ley, que se implementa mediante unas normas[29], emitidas por *Federal Trade Comission* (en adelante FTC) regula el tratamiento, por parte de los sitios web, de los datos personales de los menores de 13 años[30], a través de una serie de mecanismos para que los padres puedan controlar los datos personales que se recaban de sus hijos. Para efectos de la COPPA *Rule*, el concepto de información personal implica información individualmente identificable sobre un individuo, recopilada en línea.[31]

La COPPA impone ciertos requisitos a los operadores de sitios *web* o servicios en línea dirigidos a niños menores de 13 años. Así como a operadores de otros sitios o servicios en línea de que tengan conocimiento efectivo[32] que están recopilando información personal *online* de un niño menor de 13 años de edad.

En este sentido, la COPPA *Rule* incorpora una serie de principios que deben ser respetados por los operadores, a saber: 1. La necesidad de publicidad de las políticas de privacidad o aviso de privacidad sobre el tratamiento de datos de los menores (§312.4(b)); 2. El de información y obtención del consentimiento previo verificable, de los padres o representantes de los menores para el tratamiento de sus datos personales (§312.5); 3. Reconoce a los padres el derecho de saber o acceder a los datos personales recabados del menor, solicitar

28 Aprobada en octubre de 1998, *https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule*

29 A través de la denominada *Children's Online Privacy Protection Rule* (COPPA *Rule*), que entraron en vigor el 21 de abril de 2000.

30 Para efectos de la COPPA y la COPPA *Rule*, por niño se entiende todo menor de 13 años (§312.2), *http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=4939e77c77a1a1a08c1cbf905fc4b409&node=16%3A1.0.1.3.36&rgn=div5*

31 Véase *Part* 312—*Children's Online Privacy Protection Rule, §312.2. Definitions, https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=4939e77c77a1a1a08c1cbf905fc4b409&node=16%3A1.0.1.3.36&rgn=div5*

32 En este sentido, la COPPA Rule establece que: *obtaining verifiable consent means making any reasonable effort (taking into consideration available technology) to ensure that before personal information is collected from a child* (Obtener el consentimiento verificable significa realizar cualquier esfuerzo razonable (teniendo en cuenta la tecnología disponible) para asegurarse de que antes de que la información personal sea recolectada de un niño), *§312.2 Definitions*, *http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=4939e77c77a1a1a08c1cbf905fc4b409&node=16%3A1.0.1.3.36&rgn=div5#se16.1.312_12*

su cancelación y rechazar cualquier recogida o tratamiento posterior (§312.6); 4. La prohibición de condicionar la participación de un menor en algún juego, la obtención de un juego o cualquier otra actividad a la comunicación de más datos de los necesarios para tomar parte de dicha actividad (§312.7); y, 5. La necesidad de adoptar mecanismos de protección de confidencialidad, seguridad e integridad de los datos personales de los menores (§312.8).

Corolario de lo anterior, destaca que la FTC entiende que los menores de 13 años no disponen de capacidad necesaria para comprender las consecuencias de la divulgación de su información en Internet y, por tanto, para determinar cuándo si resulta procedente hacerlo. De esta forma la protección de la COPPA deja fuera de su ámbito de protección a los menores entre las edades de 13 a 17 años. De ahí la necesidad de buscar otra vía de acción para la protección de este colectivo de menores.

V.I.II. El Memorándum de Montevideo

Aun y cuando su importancia reviste en ser el primer documento que responde a la realidad social, cultural y jurídica de la región iberoamericana, respecto al tratamiento de datos personales de los niños y adolescentes que se realiza mediante el uso de Internet, este es un documento sin fuerza vinculatoria[33]. Este contiene un enfoque de derechos al tratar temas relacionados con Internet, particularmente al uso de los SRS por parte de los menores (Web 2.0). El documento se sostiene en cinco principios, de donde derivan sus recomendaciones, a saber*:* a. Reconocer que niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos[34]; b. La incorporación del principio del ejercicio progresivo de los derechos (la autonomía progresiva)[35]; c. La obligación de tomar en cuenta las opiniones de niños, niñas y adolescentes en función de su edad y madurez[36]; d. El derecho a una protección especial en aquellas

33 Bernier, Chanta, "El Memorándum de Montevideo: un marco de referencia para la protección de los datos personales de los jóvenes en Internet en la región Iberoamericana", en Gregorio, Carlos G. y Ornelas, Lina (comp.), Protección *de Datos Personales en las Redes Sociales Digitales: en particular de niños y adolescentes. Memorándum de Montevideo*, México, IFAI, 2011, p. 16.

34 En el *Memorándum* se usa el principio del interés superior del niño de manera relevante, de hecho, existen siete referencias al mismo a lo largo del documento.

El *Memorándum* hace referencia a la importancia de considerar el interés del menor, en donde debe considerarse la participación activa de los propios niños, niñas y adolescentes, en relación con lo reconocido en el artículo 16 de la CND respecto a su privacidad, familia, vida privada, honra y reputación, así como la protección de que es merecedor contra dichos ataques.

35 De conformidad con el artículo 5 de la CDN

36 De conformidad con lo reconocido en el artículo 12 de la CDN, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio, así como el poder expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, *teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*. Y refiere en su segunda

situaciones que resulten perjudiciales para sus derechos (en particular su desarrollo integral)[37]; y, e. El reconocimiento del principio del interés superior, como una herramienta que precisa a promover la activa participación de los menores en los asuntos en que sus derechos se vean afectados, especialmente aquellas medidas de carácter restrictivo[38].

V.I. III. El Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea

En el año 2016[39] fue promulgado el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (en adelante RGPD). Este incluye una serie de disposiciones en torno a la protección de datos personales de los menores. Reconoce que los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que *pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos* relativos al tratamiento de su información. Además enfatiza la protección cuando la recogida de datos de los niños tiene fines de mercadotecnia o implica la elaboración de perfiles de personalidad o de usuario (*profiling*) y *cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño* (pár. 38). También considera que toda información cuyo tratamiento que afecte a los menores debe ser facilitada en un lenguaje claro y sencillo, fácil de entender (par. 58). En esta tesitura, el RGPDP reconoce lo siguiente:

> Artículo 8
> Condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información.
> 1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo

parte: *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

37 A este respecto, el Cuarto párrafo del preámbulo de la CDN señala, *Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales*; y en su artículo 3.2. refiere: *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*.

38 El artículo 3.1 de la CDN señala: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*.

39 27 de abril de 2016

> 16 años. Si el niño es menor de 16 años tal tratamiento únicamente se considerará lítico si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.
> 2. El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.
> 3. El apartado 1 no afectará a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño.

A diferencia de la COPPA, el Reglamento europeo reconoce la edad de 16 años para que los menores puedan dar su consentimiento y se considere la licitud del tratamiento de datos personales. En caso de que sean menores de 16 años, el consentimiento deberá ser otorgado por sus padres. Por tanto, se reconoce que los menores de más de 16 años tienen la madurez para ser ellos mismos quienes decidan sobre el tratamiento de su información. Lo anterior atendiendo al interés superior del menor y lo establecido por el artículo 12 de la CDN.

VI. Conclusiones

Los menores se encuentran compartiendo cada vestigio de su vida a través de los SRS, comparten sus fotos, vivencias, gustos y sentimientos a través de estas plataformas de socialización, sin que las más de las veces conozcan con quién o cuáles personas se encuentran compartiendo su información. Gracias al anonimato que nos da el estar detrás de una computadora, los menores se exponen a ser víctimas de delitos por el mal uso de su información, o peor aún a volverse los victimarios.

En este panorama y si bien los documentos internacionales de protección de los derechos de los menores hacen referencia a esta protección especial de la que deben ser sujetos, las diversas normativas nacionales en la materia no consideran la protección específica de los datos personales de los menores. Por ello surge la problemática, en torno a una protección adecuada de los datos personales de estos, que les proteja de forma efectiva, en relación con los datos personales que diariamente comparten en Internet. Consideramos que la adopción de una Ley en específico es el modo más efectivo de cumplir con los compromisos contraídos en la CDN y la CADH.

En esta tesitura, enfoque que se adopte en el referido documento sobre la protección de los datos personales de los menores, incluyendo las TIC, y el mundo físico, debe partir de dos premisas centrales: el reconocimiento de su protección de datos personales como derecho fundamental y el reconocimiento de los derechos de los menores, esto es, no ser tratados solo como sujetos de protección, sino de derechos y, por tanto, el facilitarles su ejercicio, en

concordancia con lo establecido por la CND. El documento deberá ser adecuado y cumplir no sólo con la garantía del ejercicio de los derechos ARCO, sino que debe garantizar, entre otras, las siguientes medidas:

1. Determinar el concepto de dato personal y dato personal sensible, adecuado para los menores;
2. Se deberá delimitar la edad adecuada en la que un menor pueda, por sí, otorgar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, lo anterior en términos del interés superior del menor y lo establecido en el artículo 12 de la CDN[40];
3. Que se garantice el conocimiento efectivo, por parte de los menores, o de ser el caso, de sus tutores o representantes legales, de los avisos de privacidad;
4. Al igual que en el RGPD europeo, consideramos que, para garantizar el efectivo desarrollo integral del menor, el *profiling* de menores debería estar prohibido;
5. Los menores podrán ejercer por sí o por sus representantes los derechos ARCO, lo anterior atendiendo a la madurez y nivel de desarrollo de los menores, para garantizar el interés superior del menor;
6. Debe estar prohibido el incitar a los menores a que entreguen sus datos personales o información referente a su familia, a cambio de regalos, aplicaciones gratuitas u otra práctica similar;
7. Resulta de suma importancia la incorporación en los planes de estudio de educación básica de la materia en torno a la protección de los datos personales y la privacidad de los menores, además de los principios en materia de tratamiento de datos personales.

No es posible sacar concusiones únicas respecto a los menores, pues en ellos deben distinguirse como criterios distintos la edad y la madurez, lo que nos puede llevar a concluir que en el debate de la privacidad del menor han de tenerse en cuenta no pocas situaciones de desagregación. El derecho de protección de datos personales, así como la representación legal de los menores, para el ejercicio de sus derechos, debe estar adaptada al grado de madurez del menor, de manera que vaya adquiriendo una mayor capacidad conforme aumente su desarrollo físico y psicológico y el derecho a ser oído, en las cuestiones que les afecten.

La importancia de que a los menores se les imparta en sus centros de estudio materias en que abarquen la protección de sus datos personales, así como de su privacidad, tanto en el mundo *online* como en el *offline*, permitirá que en un

40 Lo que implica que, al alcanzar mayor grado de madurez suficiente, y sin ser aún mayores de 18 años, puedan decidir por sí mismos e incluso revocar el consentimiento dado por sus tutores o representantes.

futuro puedan estar en posibilidad de tomar decisiones informadas sobre qué información desean o no divulgar, a quién y en qué términos.

La protección eficaz de los datos personales de los menores conlleva la aplicación de la legislación en la materia a la luz del interés superior del menor, así como de los diversos principios, buenas prácticas y recomendaciones emitidas por los diversos organismos (como UNICEF), así como en los instrumentos internacionales de protección de menores.

De la misma forma, debe existir un equilibrio entre la protección de la información de los menores y su seguridad, en este sentido, debe evitarse un control excesivo que derive en la violación o restricción de sus otros derechos (como el acceso a la información y esparcimiento, por ejemplo).

Finalmente, la privacidad que en todo caso debe respetarse y cuya tutela no puede dejarse sólo en manos de los menores, sino que requiere el compromiso de los proveedores de redes sociales y las instituciones públicas.

Documento electrónico como prueba en el código general del proceso colombiano

Paola Consuelo Ramos Martínez*

SUMARIO: I. Justificación. II. Objetivos. III. Desarrollo. IV. Conclusiones.

Resumen

En respuesta a las necesidades del hombre moderno que han surgido tras la evolución de su lenguaje comunicativo, los documentos han tenido que pasar de esa concepción tradicional de "escrito y papel" a la noción de documento electrónico. Dicha nueva modalidad ha producido ese importante tránsito conceptual, en miras a una necesaria actualización del derecho con la realidad.

Palabras clave: Documento electrónico. Prueba. Proceso civil. Mensajes de datos. Internet.

Abstract

In response to the needs of modern humankind that have arisen after the evolution of their communicative language, the documents have passed from the traditional conception of "writing and paper" to the notion of electronic document. This new modality has produced an important conceptual transition, in view of a necessary update of the Law with reality. This paper analyzes the consequences of this change, especially the function of electronic document as evidence in the general code of the Colombian judiciary process

Keywors: Electronic Document. Proof. Civil Process. Data Message. Internet.

---

* Aceptado por el Comité Académico para ser presentado en el XXI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática celebrado en San Luis Potosí, Mexico, el mes de octubre, 2017.

* Abogada con distinción Cum Laude de la Universidad Santo Tomás Colombia, integrante del Semillero de Investigacion de Derecho y Tecnología de la Facultad de Derecho de la misma institución. Agente de Movilidad ante la Universidad Central de Chile. Miembro de la Federacion Iberomericana de Asosiaciones de Derecho e Informatica -FIADI-. Investigadora y Ponente en asuntos de Derecho y Tecnología.

I. Justificación

Con el auge de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la esfera de las relaciones interpersonales actuales, el derecho ha tenido que ir adaptándose a las nuevas invenciones que se le presentan. En Colombia, la legislación ha tenido que ir creando nuevos diseños normativos que regulen el novedoso mundo virtual que viene evolucionando en nuestra realidad social. Debido al uso masivo de los medios electrónicos que posibilitan un fácil y mayor acceso a la información y permiten la concepción de una "reducción del mundo" en cuanto al nivel comunicacional sin obstáculos territoriales, uno de los ámbitos en el derecho que ha sufrido rotundos cambios ha sido el probatorio. Bajo dicho enfoque, el continuo incorporamiento de nuevos elementos en la vida cotidiana, tales como el correo electrónico, comunicaciones telefónicas, cajeros automáticos, pagos por internet, mensajes de texto, filmaciones de cámaras de seguridad, entre otros, han conseguido que las modernas relaciones pasen de un soporte de prueba tangible (papel) a una extensión virtual, es decir, la comunicación de las personas, la expresión de su voluntad va a seguir siendo la misma pero en un escenario diferente, el electrónico. Esta realidad manifiesta ha exigido una amplitud reglamentaria legal y jurisprudencial en procura de hacer de los medios probatorios un instrumento eficaz en la aplicación del derecho.

Por tanto, el presente trabajo pretende abordar el tema de lo general a lo particular, inicialmente se tratará a grandes rasgos la prueba como ámbito global, seguidamente se abrirá el camino al estudio del documento electrónico y se iniciará con una precisión conceptual, se continuará así con las características y elementos del documento electrónico para llegar a enunciar el principio que regula el documento electrónico como tal. Finalmente se estudiará la adecuación que el Estado ha tenido que realizar en su ámbito jurídico a través, principalmente, del código general del proceso para el manejo actual del aporte y la valoración de la prueba electrónica en el proceso de carácter civil.

II. Objetivos

El presente escrito busca mostrar un panorama actual del documento electrónico como prueba eficaz en los procesos de carácter civil, principalmente reglamentados en la Ley 1564 de 2012 por la cual se expide el Código General del Proceso y la Ley 527 de 1999 que regula los mensajes de datos, en conjunto con su respectivo desarrollo jurisprudencial (condensado en la sentencia C-662 de 2000 y la sentencia C-604 de 2016) y doctrinal.

III. Desarrollo

De acuerdo con Michele Taruffo, desde la noción lógica de la prueba como elemento que fundamenta un juicio, podemos entender la prueba como "*el*

elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos"[1]. Por otro lado, el tratadista italiano Francesco Carnelutti le da una doble connotación al concepto de prueba afirmando que "*prueba no se llama solamente el objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto*"[2]. Bajo este enfoque, en el artículo 165 de la ley 1564 del 2012[3] por la cual se expide el código general del proceso, se establecen los documentos como uno de los medios a través de los cuales puede probarse. El artículo 243 del código general del proceso, define de la siguiente forma los documentos en su primer inciso:

> *Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros,* ***mensajes de datos,*** *fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares*[4].

El documento como tal es aquella cosa u objeto creado por el ser humano o por intermedio de él, que representa un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento. No obstante, de acuerdo con la legislación colombiana, cuando se habla de documento electrónico se hace referencia al mismo mensaje de datos, es decir, la definición del mensaje de datos equivale a la del documento electrónico. De esta manera, la Ley 527 de 1999 en su artículo 2 literal a) define al mensaje de datos como: "*La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax*"[5].

Así mismo, el concepto de documento electrónico puede referirse, en pocas palabras, a "*un mensaje de datos en soporte electrónico, en donde se registra*

1 TARUFFO, M. (2005). *La prueba de los hechos*. (Pág. 237) Madrid: Trotta.

2 CARNELUTTI, F. (1950). Instituciones del proceso civil (Quinta ed. Pág. 257). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa- américa.

3 Congreso de la República de Colombia. (12 de junio de 2012). LEY 1564 DE 2012, art.165. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co:http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

4 *Ibíd*. Art. 243

5 Congreso de la Republica de Colombia. (18 de agosto de 1999). Ley 527 de 1999, art.2. Obtenido de Alcaldía de Bogotá: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4276

la voluntad humana"[6] o, como lo expone Xiel Abel Llunch, a "*la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso*"[7].

Los documentos electrónicos deben cumplir ciertos parámetros generales para poder servir como prueba. Por ello, de acuerdo con la Norma NTC/ISO 15489-1 citada en la guía N° 3 del MinTIC, deben poseer las características de autenticidad, integridad, fiabilidad y disponibilidad. Dichas características descritas son el reflejo de esa unidad normativa que intenta mostrar que: "*tendrán el contenido, la estructura y el contexto suficiente para ofrecer una visión completa de las actividades y las operaciones a las que se refieren, y también reflejarán las decisiones, acciones y competencias*"[8].

Además de lo anterior, el documento electrónico presenta una estructura particular que exige la existencia de ciertos elementos para poder catalogarse como tal. Dicha estructura es tratada doctrinalmente de manera diferente, pero en síntesis es menester considerar que todas las tesis contribuyen en la creación de una estructura completa del documento electrónico, por tanto, se deben integrar y analizar en una "única estructura", puesto que todos son relevantes en la complementación del documento: soporte, fecha, contenido o datos, autor y firma.

El tratamiento jurídico del documento electrónico como prueba debe entenderse desde sus requisitos jurídicos exigidos, los cuales se encuentran enunciados en el capítulo II de la Ley 527 de 1999 de Colombia en los artículos 6°, 7°, 8° y 9° respectivamente, y establecen que debe ser escrito: "*Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta*"[9]. Este requisito refleja, en palabras de Cárdenas, que **"***el legislador no solo ve que es suficiente presentar un escrito mediante un mensaje de datos, sino que adicional le impone la carga de la prueba a quien genere el mensaje de datos que este pueda ser consultado posteriormente*"[10]. Por tanto, es necesario "*tener que conservar o archivar en un medio seguro esta información*[11]*; b)* Firmado:

6 DÍAZ GARCÍA, A. (2014). *Apuntes de derecho informático*. Ibague: Ntp. Habeas data consultores. p. 4

7 LLUNCH, X. (2012). *Derecho probatorio*. Barcelona: J.M BOSCH EDITOR. p. 905.

8 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2013). Estrategia gobierno en línea. Gobierno de Colombia. Recuperado el 02 de Febrero de 2017, de Guía n° 3 Cero papel en la administración pública. Documentos electrónicos: http://programa.gobiernoenlinea.gov.co/apc-aa-files/Cero_papel/guia-3-documentos-electronicos-v1.pdf

9 *Ibíd*. Art. 6

10 RINCÓN CÁRDENAS, E. (2015). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Bogotá: LEGIS. p. 74

11 *Ibíd*. p. 74

este requisito se entenderá satisfecho de acuerdo a lo enunciado en el art. 7; c) Original: se refiere a su inalterabilidad y posterior consulta; y finalmente d) Integro: debe estar la información de manera completa sin ninguna modificación**.**

Respecto a la obtención de estos documentos electrónicos, los investigadores no han observado procedimiento específico alguno que regule la obtención, conservación y presentación de la prueba electrónica ante los Tribunales de Justicia. En general, los países aplican por analogía la regulación del procedimiento general de la prueba tradicional[12]. Es correcto afirmar que la obtención de la prueba es la fase en la que se produce la prueba, en este caso, sería el momento en el que se origina el documento electrónico. Es indispensable que, aún más por tratarse una modalidad electrónica, se actué con el correspondiente cuidado de no vulnerar algún derecho fundamental del otro o de ir más allá de los límites que la esfera de la intimidad instaura, puesto que si sucede se tendría como consecuencia la nulidad de pleno derecho, establecida en el quinto inciso del artículo 29 de la Constitución política de la siguiente forma: "*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*"[13].

En cuanto al aporte de estos documentos, el Código establece un pleno valor sobre los mensajes de datos de acuerdo al inciso quinto y sexto del artículo 244 del C.G.P que exponen.: "*...Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos*"[14]. Así mismo, el primer inciso del artículo 245 establece que: "*Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia*"[15]. Sin embargo, no es básicamente una opción a elegir por las partes, sino que la principal obligación es que se presente el documento original, tal como lo especifica el inciso dos del mismo artículo 245: "*Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello*"[16]. Ahora, si por causa justificada se allegan copias al proceso, dichas copias, concorde al inciso primero del artículo 246 del C.G.P. "*tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia*"[17]. Y la misma norma añade en su segundo inciso: "*Sin perjuicio de la presunción de autenticidad,*

12 INSA MÉRIDA, F., & LÁZARO HERRERO, C. (2008). Pruebas electrónicas ante los tribunales en la lucha contra la cibercriminalidad: un proyecto europeo. Caracas. Retrieved from http://www.ebrary.com.p.142

13 Congreso de la República de Colombia. (20 de junio de 1991). Constitución Política, art. 29. Obtenido de Secretaria del senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

14 *Ibíd*. Art. 244

15 *Ibíd*. Art. 245

16 *Ibíd*. Art. 245

17 *Ibíd*. Art. 246

la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente"[18]. Entonces el documento electrónico puede aportarse al proceso tanto en original como en copia, y dentro de este mismo marco normativo para el autor colombiano Parra Quijano, puede hacerse en distintas modalidades: en un C.D., en papel impreso (donde se vierta en idioma natural lo que contiene el soporte electrónico) o en papel impreso extraído de la pantalla, cuando se trate de documentos representativos o mixtos[19].

Además de las anteriores modalidades, también existe un protocolo para presentar un archivo digital en un procedimiento civil elaborado por el autor Nattan Nisimblat. Él mismo explica respecto a dicho protocolo: "*si bien no tiene sustento directo en la ley nacional, sí es el resultado de la aplicación del principio de integración contenido en la Ley 527 de 1999, que estableció que en materia documental electrónica son aplicables las reglas y normas del derecho internacional*"[20]. De esta forma, para asegurar la admisibilidad de la prueba en un proceso civil y el no repudio, el autor recomienda seguir los siguientes pasos: "*A. Presentarlo físicamente en el formato original: RTF, PDF. B.- Se debe adjuntar el resultado del peritaje en un archivo de fácil apertura y de imposible reescrituración, tal como el formato PDF (Portable Document format por sus siglas en inglés o "documento de formato portable"). C.- El contenedor debe contener un archivo que se recomienda titular "léame.txt." en el que se debe incluir la presentación de la prueba, tal como se expone a continuación: "Señor Juez, esta es una prueba digital, admisible conforme a la ley 527 de 1999. Debe leerse así:…" D.- Se debe realizar una impresión a todo color. E.- Se deben realizar dos copias en discos compactos no regrabables. Uno se rotulará "original", el otro se titulará "original peritable*"[21].

Respecto al valor probatorio del documento electrónico el artículo 5 de la Ley 527 de 1999 dice que: "*No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos*"[22]. De igual forma el artículo 10 de la misma Ley, acerca de la admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, establece que: "*En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en*

18 *Ibíd*. Art. 246

19 PARRA QUIJANO, J. (2011). *Manual de derecho probatorio* (Decimaoctava ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. p. 534

20 NISIMBLAT, N. (2014). *Derecho probatorio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley. p. 235

21 *Ibíd*. p. 235

22 *Ibíd*. Art. 5

su forma original"[23]. En cuanto a la valoración del documento electrónico, es primordial primero explicar el principio de equivalencia funcional, la cual se refiere a un criterio que debe tener en cuenta los requisitos de forma de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, aplicables a la documentación consignada sobre papel, para poder valorar los mensajes de datos bajo esta misma linea. La Corte Constitucional en su análisis de la equivalencia funcional en Sentencia C-662 del 2000, manifestó lo siguiente sobre el documento electrónico: "*En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley*"[24].

La valoración que debe realizar el Juez acerca del mensaje de datos esta enunciada en el artículo 11 de Ley 527: para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente[25]. De la misma forma el Código General del Proceso en su artículo 247 establece que serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud y que la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos[26]. De este modo, se establece que la parte puede presentar los documentos electrónicos en forma impresa, y estos tendrían valor probatorio mientras no sean tachados o desconocidos por la parte contraria. Sin embargo, se presenta comúnmente la idea de que la impresión afecta la autenticidad del documento electrónico, ya que no se tendría certeza frente a la modificación y autoría del mismo, porque la impresión en papel de un documento electrónico no es exactamente éste en su forma original. Respecto a este tema de gran importancia, recientemente el inciso segundo de la anterior norma (artículo 247) fue demandado y posteriormente analizado por la Corte Constitucional, máximo organismo que vela por la protección a la Constitución Política en Colombia, en la sentencia constitucional 604 del año 2016. Los demandantes del inciso segundo de la norma lo acusaban de inconstitucional, puesto que consideraban que: "…*los*

23 *Ibíd*. Art. 10

24 Corte Constitucional. (08 de junio de 2000). Sentencia C-662. Obtenido de Relatoría Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm

25 *Ibíd*. Art. 11

26 *Ibíd*. Art. 247

mensajes de datos deben ser valorados a partir de su impresión en papel y conforme a las reglas generales sobre los documentos, no a la luz de sus características técnicas. Siendo esto así, en tanto la integridad de la información contenida en dichas impresiones no resultaría confiable, la obligación de apreciar los mensajes de datos con base en ellas haría imposible controvertirlos y, como consecuencia, la norma desconocería el derecho a la contradicción probatoria"[27].

Frente a esto, la Corte analizo el mensaje de datos y expuso que "*La incorporación al proceso del documento electrónico supone los "equivalentes funcionales" a los que hacen relación los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 527 de 1999, que homologan la exigencia escritural del documento, la necesidad de la firma y la obligación de su aportación en original. Y, por otro lado, presupone también que tales mensajes deben ser valorados con arreglo, además de la sana crítica, a su confiabilidad, derivada de las técnicas empleadas para asegurar la conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como de la manera de identificación del iniciador del mensaje*"[28]. Abordando exactamente el artículo demandado, la Corte analizó ambos incisos y respecto al primero estableció que "*si una información generada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos o similares, como el EDI, el Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, es allegada al proceso en el mismo formato o en uno que reproduzca con exactitud la modalidad en que fue transmitida o creada, ese contenido deberá valorarse como un mensaje de datos. Más exactamente, esto quiere decir que solo si el mensaje electrónico es aportado en el mismo formato en que fue remitido o generado, de un lado, se considerará un mensaje de datos y, del otro, deberá ser probatoriamente valorado como tal*[29]. Esto supuso para la Corte, respecto al segundo inciso, una situación relacionada pero sensiblemente diferente, ya que: "*El legislador prescribe que la "simple impresión" en papel de un mensaje de datos, debe ser apreciada con base en las reglas generales de los documentos. En este supuesto, una información originalmente creada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos u otros de la misma naturaleza, es aportada al proceso, no en el mismo formato en que se transmitió, sino en un documento de papel. Cuando así se ha presentado, el legislador ordena la valoración de esa impresión con arreglo a las normas generales sobre los documentos. La manifestación de voluntad o*

27 Corte Constitucional. (02 de noviembre de 2016). Sentencia C-604. Obtenido de Relatoría Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-604-16.htm. pp. 20-21

28 *Ibíd*. p. 24

29 *Ibíd*. pp. 25-26

la información generada o intercambiada a través de un canal electrónico no es aquí allegada al trámite como un verdadero mensaje de datos, sino como una impresión del mensaje de datos, de ahí que el legislador le otorgue también un tratamiento diferente en términos de su apreciación como evidencia. En el primer inciso del artículo es muy claro que, en tanto elemento material de convicción dentro del proceso, solo puede tenerse como un mensaje de datos el contenido aportado en el formato en que fue creado o intercambiado o en uno, de carácter electrónico, que lo reproduzca con exactitud, lo cual no ocurre con la impresión en papel y ello explica el tratamiento igualmente diverso proporcionado por el legislador"[30].

Por tanto, el segundo inciso "*no se refiere a los mensajes de datos sino* ***a las copias de los mensajes de datos***", y la Corte enfatiza en esto porque en el momento en que el inciso 2° hace referencia a la "simple impresión" en papel del mensaje de datos, da a entender que "*el objeto de la regulación no es estrictamente un mensaje de dicha naturaleza, sino la mera reproducción en soporte físico de papel de un contenido expresado originalmente a través de dispositivos electrónicos*"[31]. De este modo, se realiza una interpretación del precepto sobre la valoración del mensaje de datos, que en últimas se remite a la confiabilidad que el mismo mensaje proporciona en su contenido. Así la sentencia concluye que se deben aportar los mensajes de datos en su forma original, intentando conservar todas sus características para que los mismos sean valorados como tal, y a continuación cita en su pronunciamiento la sentencia del 16 de diciembre de 2010, expediente 11001 3110005200401074 de la Corte Suprema de Justicia:

> *La confiabilidad en el contenido de los mensajes de datos, como lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia en sentencia citada por los demandantes, depende de mecanismos técnicos que garanticen su integralidad, inalterabilidad, rastreabilidad, recuperabilidad y conservación. La integralidad asegura que el contenido transmitido electrónicamente sea recibido en su totalidad; la inalterabilidad garantiza la permanencia del mensaje en su forma original, mediante sistemas de protección de la información; la rastreabilidad permite al acceso a la fuente original de la información; la recuperabilidad posibilita su posterior consulta y de la conservación depende su perdurabilidad en el tiempo, contra deterioros o destrucción por virus informativos*[32] (Sentencia C-604, 2016, pág. 24)

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia constitucional 662 del año 2000, frente al valor probatorio del documento electrónico expresó: "*Al hacer referencia a la definición de documentos del*

30 *Ibíd.* p.26
31 *Ibíd.* p.27
32 *Ibíd*. p. 24

Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor"[33].

Finalmente, la valoración debe hacerse por tanto, teniendo en cuenta el criterio flexible del equivalente funcional para la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel. Así, los requisitos de forma: escrito, original, firmado e íntegro, sirven para dotar a los documentos electrónicos del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Para concluir, los documentos electrónicos están investido de toda la validez probatoria, al igual que se le entrega a los demás documentos, ya que están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos pertinentes.

IV. Conclusiones

El cambio tecnológico se ha constituido como un gran reto para el ordenamiento jurídico Colombiano porque le ha exigido una actualización normativa que pueda responder con mayor eficacia a las exigencias esbozadas por la globalización. Los avances que se han presentado en materia de intercambio electrónico de datos han impulsado el desarrollo de su regulación en todos los órdenes mundiales, lo cual, desde luego, ha reclamado del derecho las adecuaciones necesarias para estar acorde a la metamorfosis de la organización económica, empresarial y social.

Respecto a la prueba y las continuas modificaciones que han tenido los medios tradicionales que esta utiliza, aparece la modalidad electrónica a poner en tela de juicio la certeza del documento, puesto que la información pasa de estar contenida en un papel a un dispositivo electrónico.

Los desafíos que se presentan en el entorno jurídico sobre realidades y situaciones virtuales, electrónicas y tecnológicas a regular, traspasan el imaginar en muchas ocasiones del legislador, sin embargo, en Colombia con la expedición del código general del proceso, a la prueba electrónica se le especifica un tratamiento especial para su aporte, obtención y valoración en un proceso judicial, reglas que irradiarán el ordenamiento jurídico colombiano al momento en que estas tengan cabida en un proceso judicial.

33 Corte Constitucional. (08 de junio de 2000). Sentencia C-662. Obtenido de Relatoría Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm. p.38

No obstante, con un aparato jurisdiccional en muchas ocasiones obsoleto, las dificultades en materia de administración de justicia brotan como situaciones de falta de entendimiento en el tratamiento de las pruebas electrónicas, en especial los documentos electrónicos, que aunque su forma se distancie de las modalidades tradicionales de entender la prueba y su uso, en el proceso o fuera de este, se debe entender que toda prueba electrónica bajo el principio de equivalencia funcional, tiene las misma características y sobre todo relevancia para cualquier sujeto que las pretenda hacer valer.

Debido a ello, se requiere que los abogados, fiscales y jueces se preocupen en entender estos nuevos escenarios procesales y probatorios, que no son obstáculos sino por lo contrario evolución del entender que la tecnología está allí a favor de la justicia y de la sociedad, que únicamente debemos formarnos como operadores jurídicos que posean habilidades para el buen uso de las tecnologías, en este caso de las pruebas electrónicas. Un mundo donde la justicia se niega a reconocer el avance tecnológico y electrónico, esta llamado al fracaso, pues se está desconociendo que existen herramientas que permitirán lograr establecer el fin último del derecho la verdad y la justicia.

Hacia el quebrantamiento de paradigmas jurídicos: la robótica y la inteligencia artificial

Ana Karin Chávez Valdivia*

SUMARIO: Introducción. I. Robótica e inteligencia artificial. II. Aproximaciones a las consecuencias invisibles. III. Agente moral: estado potencial o real. IV. Singularidad jurídica en torno al tratamiento del robot. V. Conclusiones.

Resumen

El Derecho como hoy lo conocemos nunca contempló la posibilidad de tener que enfrentar un nuevo modelo de sociedad en el que las personas tuvieran que convivir con robots de características humanas. Si bien el ser humano fantaseó con la posibilidad de que la inteligencia artificial llegara a superar al intelecto, sustituirlo y escapar del control de sus propios creadores, el inminente desarrollo tecnológico actual plantea un desafío en todos los contextos sociales y en todas las áreas del derecho ante el cual no podemos mostrarnos escépticos ni indiferentes sino adoptar gradualmente un enfoque pragmático, prudente y responsable.

Teniendo en cuenta que el sistema de derechos humanos se ha constituido a través de los años en uno de los pilares fundamentales para la sostenibilidad y desarrollo de las sociedades contemporáneas consagrando la igualdad como generalidad; podía convertirse en el marco de referencia a considerar en el establecimiento de los posibles criterios y lineamientos que deben conducir el desarrollo de las tecnologías emergentes en todos sus aspectos pero esta vez esta vez a partir de las diferencias y en la medida en que permita rescatar las oportunidades tecnológicas existentes.

---

* Aceptado por el Comité Académico para ser presentado en el XXI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática celebrado en San Luis Potosí, Mexico, el mes de octubre, 2017.

* Doctora en Derecho. Magister en Derecho de la Empresa Profesora y Directora de Proyección Social y Difusión de la Universidad La Salle Arequipa. Perú. achavez@ulasalle.edu.pe

Consideramos que si bien las implicancias del desarrollo de la integración entre la robótica y la inteligencia artificial traen consigo una infinidad de interrogantes y múltiples respuestas, nos cuestionamos en torno a la posible consideración de los robots como agentes morales artificiales y la singularidad jurídica en torno a su tratamiento.

Palabras clave: Robótica. Inteligencia artificial. Agente moral artificial. Tecnologías emergentes.

Abstract

The Law in the way we currently know never considered the possibility of having to face a new model of society where people had to get along with robots with human features. Even if human being dreamed a reality in which artificial intelligence got exceed the intellect, replace it and escape the control of its creators themselves, the current technological develompment poses a challenge into all the social contexts and law areas to which we can not remain neither sceptic nor indifferent but adopt gradually a pragmatic, prudent and responsible approach.

Keeping in mind that human rights system has become through years in one of the essential bases for the sustainability and development of contemporary societies establishing the equality as generality; it might convert into in the guide of reference to be considered in the enactement of posible rules and guidelines which must lead the development of emergent technologies in all their aspects but in this time departing from differences and as log as making possible to recover the current technological opportunities.

We consider even if the implications of development of the integration between robotics and artificial intelligence bring with them a vast number of questions and numerous answers, we question about the posible consideration of robots as moral agents and the legal singularity around its treatment.

Keywords: Robotics. Artificial Intelligence. Artificial Moral Agent. Emergent Technologies.

Introducción

El uso y el creciente desarrollo de las tecnologías emergentes nos sitúan ante diferentes cuestiones relacionadas principalmente con la autonomía, responsabilidad, privacidad, neutralidad, la no discriminación y la ética.

Al mismo tiempo, la robótica y la inteligencia artificial al ser parte integrante de estas nuevas tecnologías plantean también muchas interrogantes en torno a su evolución y la forma en la que se vienen insertando en los diversos sectores,

ganando un espacio cada vez mayor en la vida y actividades de las personas trastocando las relaciones sociales y generando cuestionamientos en relación a la existencia de un posible estatus moral de los robots bajo la consideración de determinados parámetros.

La imparable tendencia hacia la automatización en todas sus formas ha suscitado la preocupación e interés de diversos estados quienes a través de proyectos, iniciativas y propuestas legislativas buscan prepararse para enfrentar las implicancias legales de la evolución de la robótica y la inteligencia artificial.

Es evidente que estando a puertas de un futuro digital que años atrás solo pudo ser avizorado por la literatura de ciencia ficción el derecho enfrentará nuevos desafíos que no sólo trastocarán sus instituciones tradicionales sino que inevitablemente conllevarán al quebrantamiento de todo paradigma jurídico conocido hasta hoy conduciéndonos incluso a reflexionar sobre el concepto de "agente moral artificial" o su naturaleza.

I. Robótica e inteligencia artificial

El término "robot" se empleó originalmente en 1921 en la obra de Capek *Rossum´s Universal Robot,* donde robots humanoides trabajaban para realizar las tareas más duras tomando el lugar de los humanos. Años más tarde, en 1942 Isaac Asimov en su historia corta titulada *Runaround* presentaría las tres reglas de la robótica:

1. Un robot no puede hacer daño a un ser humano ni directamente ni a través de su intervención
2. Un robot debe obedecer las órdenes que le den los seres humanos, a menos que las mismas entren en conflicto con el primer mandamiento
3. Un robot debe salvaguardar su propia existencia, a menos que su autodefensa se contradiga con el primer y segundo mandamiento.

Desde ese entonces hasta el momento en que nos encontramos el avance científico-tecnológico ha superado de lejos a los sistemas jurídicos imperantes concebidos para un mundo que nunca avizoro la posibilidad de convivencia con existencias no humanas de características autónomas y con roles determinados acorde al entorno al que estén destinados.

Se ha producido un dramático salto cualitativo y cuantitativo de la ficción a la realidad situándonos en un ambiente de máquinas y sistemas altamente funcionales y extremadamente especializados que han dejado los laboratorios para ocupar espacios y realizar actividades de la mano con el ser humano o en su remplazo. En este sentido consideramos que las leyes de Asimov no obstante de haber gozado de la más amplia aceptación en el entorno de la robótica desde sus inicios y haberse constituido en una herramienta seudo-legal literaria

no fueron concebidas con la finalidad de servir como pauta dentro de este ámbito, sino como parte de una cautivante obra de ciencia ficción de su tiempo. Sin embargo debido a las consideraciones acotadas seguiremos haciendo mención de ellas.

Si bien es cierto que las tres leyes de la robótica planteadas por Asimov han sido observadas tradicionalmente como un punto de referencia al momento de determinar el comportamiento básico de un robot debido a su precisión y carácter pionero, consideramos trascendental el contenido de la cuarta ley conocida como "Ley Cero" que por su propio enunciado subordinaría a las tres anteriores al establecer que: *Un robot no puede causar daño a la humanidad o, por inacción, permitir que la humanidad sufra daño.*

Esta ley nos llevaría a asumir el hecho que en un momento determinado en el devenir de las actividades se generarían situaciones que colocarían a un robot en una posición de "obligada elección", en la que muchas interrogantes tendrían que buscar respuestas y muchos problemas soluciones. Siendo así ¿cómo podría un robot decidir si hay una vida más importante que otra ante la producción de un inminente daño a varias vidas? En el entendido que por inacción un robot no podría permitirse la ocurrencia de un daño a ningún ser humano.

¿Será tal vez que esta ley permitiría discutir el hecho de que un robot pudiera convertirse en agente moral y en consecuencia desvirtuar por completo el concepto de estado de persona que nos conduciría necesariamente a cuestionar el nuevo significado de autonomía?.

Probablemente ha sido más conveniente –por diversas razones- para determinados sectores postergar la posibilidad de enfrentar el complejo desafío que va más allá de replantear la legislación para preservar y garantizar la seguridad jurídica en todos sus extremos, y que implica al mismo tiempo un profundo cambio en la forma en que hasta ahora se han concebido las interrelaciones, comportamientos y despliegues dentro de toda la sociedad en su conjunto.

Sea cual fuere la respuesta, lo único evidente es que la necesidad de una regulación jurídica es innegable a pesar aún de no existir una postura unánime sobre cómo debería ser ésta; más aún, cuando el único consenso en la actualidad parece ser el reconocimiento de la existencia de varias categorías de tecnologías robóticas que centrarían los principales problemas en torno a la responsabilidad, alteración de la identidad humana, alteración de la diversidad cultural y biológica y con ello del medio ambiente y la realización de actos contrarios al derecho.

Al mismo tiempo debemos considerar que si bien las primeras reglas establecidas por Asimov para la robótica parecen estar dirigidas a los robots en realidad se habrían establecido para aquellos que crean los robots, sin embargo tal como hemos señalado, el hecho de no existir un consenso entre los mismos

creadores en torno al tema, nos sitúa ante la posibilidad de la existencia de robots para fines de todo tipo desde sexuales[1] hasta militares[2].

Por otro lado el potencial empoderamiento de la integración de la robótica y la inteligencia artificial viene matizado de un conjunto de aspectos que deben ser considerados y evaluados por diversos sectores que van más allá del ámbito literario de ciencia ficción. Es así que en Setiembre del 2010 se reúnen el EPSRC (*Engineering and Physical Sciences Research Council)* y el AHRC (*Arts and Humanities Research Council)* congregando diversos expertos en las áreas de tecnología, industria, arte, derecho y ciencias sociales para discutir sobre robótica, sus aplicaciones en el mundo real y la infinidad de promesas que ofrece para el beneficio de la sociedad (EPSRC, s.f.)

Producto del esta reunión se presentó una versión semi-legal de un conjunto de reglas denominadas *"Principios para los diseñadores, creadores y usuarios de robots"* si bien la comisión señaló que se constituye en una normativa un poco imprecisa, es fácil de expresar y logra recoger el sentido de fondo para una audiencia no especializada debido a los comentarios presentados en torno a cada principio. Así tenemos:

1. Los robots son herramientas de múltiples usos. Lo robots no deben ser diseñados exclusiva o principalmente para matar o dañar a los seres humanos, salvo que exista un interés nacional.

1 A fines del año pasado, la Universidad de Londres fue sede del II Congreso Internacional "Amor y sexo con robots", donde académicos debatieron el futuro de esta relación. El congreso sirvió para presentar los últimos avances en sexo cibernético. Entre ellos, el prototipo de "Kissenger", al tiempo que Abyss Creations anunció los primeros robots sexuales con la capacidad de moverse y hablar como humanos. El objetivo de estas "realdolls" de tamaño real y piel de silicona, según sus creadores, es potenciar el deseo y conseguir una simulación del sexo muy próxima a la realidad. Los expertos aseguraron que en el futuro las relaciones con "sexbots" y el matrimonio ya no serán un tabú y estimaron que el matrimonio con estos humanoides podría hacerse realidad en el 2050.

2 En Rusia, las pruebas del robot submarino Gnom, utilizado para misiones de inteligencia y desminado, comenzaron en 2005 en tanto que el objetivo del ambicioso proyecto Robótica 2015 del Departamento de Investigación e Innovación del Ministerio de Defensa Ruso que comenzó a finales de 2014, es el desarrollo de robots militares en cualquier entorno: agua, aire o tierra. Por otro lado el cuestionado robot Fedor (Final Experimental Demonstration Object Research) catalogado como el primer "Terminator Ruso" ha sido concebido para viajar al espacio junto con un equipo de cosmonautas rusos, con el fin de proporcionar auxilio y apoyo en diversas situaciones y tareas que pueden ir desde cargar distintos objetos muy pesados, operar distintos vehículos y herramientas, hasta operar armas de fuego. Fedor es capaz de analizar la situación y tomar decisiones individualmente para ayudar a los humanos o reaccionar en situaciones de emergencia —como neutralizar un atacante con un arma— o bien, se puede controlar mediante un traje especial para permitir el acceso a un humano a una zona peligrosa como por ejemplo una zona con altos niveles de radiación.

2. Los seres humanos y no los robots son los sujetos responsables. Los robots son herramientas diseñadas para cumplir con el Derecho y los derechos fundamentales, entre los que está la privacidad.
3. Los robots son productos. Deben ser diseñados utilizando procesos que aseguren su protección y seguridad.
4. Los robots son artefactos fabricados. No deben ser diseñados de manera engañosa para explotar a usuarios vulnerables, sino que su naturaleza como máquina debe ser transparente.
5. Siempre debe ser posible saber quién es legalmente responsable por el comportamiento de un robot

Adicionalmente a estos principios se esbozaron algunos mensajes diseñados para motivar la responsabilidad dentro de la investigación de la robótica y la comunidad industrial y generar confianza en el trabajo que realizan.

Por otro lado el documento denominado "*European Civil Laws in robotics*" del mes de octubre del 2016 elaborado por la Eurocámara[3] propone nueve leyes en torno al tema en cuestión, que en síntesis establecen:

1. Proteger a los seres humanos de los daños causados por robots.
2. Respetar el rechazo de la atención por parte de un robot. Este principio sigue al primero y establece el derecho de una persona a negarse a ser cuidado por un robot.
3. Proteger la libertad humana frente a los robots.
4. Proteger a la humanidad contra las violaciones de la privacidad cometidas por un robot.
5. Gestión de datos personales procesados por robots.
6. Proteger a la humanidad contra el riesgo de manipulación por robots.
7. Evitar la disolución de los vínculos sociales.
8. Igualdad de acceso al progreso en robótica.
9. Restringir el acceso humano a las tecnologías de mejora.

3 Con vistas a la evolución de la robótica y la inteligencia artificial, la Comisión de Asuntos Jurídicos consideró oportuno que la Unión Europea adoptara medidas respecto de las cuestiones jurídicas y éticas planteadas por estas nuevas tecnologías. Con este fin, la Comisión JURI creó un grupo de trabajo en 2015 con el objetivo principal de elaborar normas de derecho civil "europeas" en este ámbito (lege ferenda). A pesar de respetar el derecho de iniciativa de la Comisión Europea, el 31 de mayo de 2016 este grupo presentó un proyecto de informe en el que se establecen una serie de recomendaciones sobre las normas de derecho civil en materia de robótica. Este proyecto incluye una propuesta de resolución del Parlamento Europeo, acompañada de un anexo con recomendaciones detalladas sobre el contenido de una posible propuesta legislativa. También incluye una exposición de motivos que señala que el objetivo del futuro instrumento es establecer los "principios generales y éticos que rigen el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial con fines civiles".

Si comparamos las leyes de Asimov con los principios de la robótica establecidos por el EPSRC y el AHRC y las nueve leyes europeas podemos observar notables diferencias. Al mismo tiempo, podrían dar lugar a múltiples cuestionamientos por lo que su aplicación en un momento determinado probablemente no sería tan sencilla como su enunciado, lo que nos conduciría a reflexionar hasta qué punto y en qué medida los robots podrían llegar a convertirse en "agentes morales" al tener que enfrentar los mismos dilemas morales de un ser humano.

Por otro lado debemos reconocer que si bien muchas veces la robótica y la inteligencia artificial no se adaptarán cómodamente a nuestros estándares de vida actuales y a nuestras concepciones ideológicas ya se ha instalado en nuestro entorno y su evolución es inminente e imparable.

II. Aproximaciones a las consecuencias invisibles

Rafael de Asis (2014) señala que actualmente se estima que en el mundo hay aproximadamente más de un millón de robots que desempeñan diversas funciones y se encuentran en hospitales, industrias y casas[4].

Además según la labor que realizan cuentan con capacidades para convivir con las personas y realizar tareas que incidan directamente en su forma de vida. Entre estos se cuentan a los robots domésticos, los de vigilancia de las casas, asistencia a personas mayores o con discapacidad, los robots mascotas, los que se desenvuelven en el contexto médico, entre otros. Así mismo considera que se espera que a mediano o largo plazo tengan una influencia determinante en nuestras vidas tanto en el ámbito doméstico, como en su interactuar dentro de instituciones, en la economía global, así como posiblemente en la seguridad mundial[5].

4 El Informe Mundial Robótica 2016, "Robots de Servicio", publicado por la Federación Internacional de Robótica (IFR) señalo que el número mundial de robots domésticos subiría a 31 millones entre 2016 y 2019 aumentando alrededor de 30 millones de unidades a diferencia del crecimiento en el 2015 que fue de 3,6 millones. En cuanto a los robots de entretenimiento prevé que entre los años señalados este sector crecerá a 11 millones de unidades, siendo que los robots de juguete y pasatiempos representan el 70 por ciento de la cuota del mercado. En cuanto a los robots de ayuda para minusválidos se espera que aumente a 37,500 unidades de 2016 a 2019 a diferencia del 2015 que sólo contó con un volumen de 4,700 unidades.

5 La IFR afirma que estamos en el comienzo de una revolución ya que la demanda de robots se ha acelerado considerablemente desde 2010, con un incremento del 15% anual, debido a los grandes avances tecnológicos y a la creciente tendencia a automatizar plantas. Así, para 2019 se espera que la cantidad de robots se incremente a 2,6 millones a nivel mundial. Por otro lado entre los sectores de la economía, el automotriz es el que destaca y las otras industrias donde los autómatas están ampliando su dominio son la electrónica, la metalúrgica, la química, la del plástico y la de la goma y cada vez se ven más en el comercio, los almacenes, la logística y los servicios. Más allá de los sectores de la economía y las ventas los países que cuentan con más robots en sus fábricas dentro del ranking de los 10 con mayor densidad de robots son las naciones asiáticas altamente industrializadas. Según los datos de la IFR del 2015, Corea del Sur ocupa el

En este orden de ideas, para George Bekey[6] (2015) –considerado una autoridad en la investigación sobre robots y aplicaciones- un robot es una máquina situada en el mundo que siente, piensa y actúa.

Por su parte Angelo Cangelosi[7] y Matthew Schlesinger[8] (2015), expertos en robótica del desarrollo como método de colaboración e interdisciplinar de la robótica que se inspira directamente en los principios y mecanismos de desarrollo observados en el desarrollo cognitivo de los niños basan su idea en que el robot utilizando un conjunto de principios de desarrollo intrínsecos que regulan la interacción en tiempo real de su cuerpo, cerebro y entorno puede adquirir de forma autónoma un conjunto cada vez más complejo de capacidades sensoriomotoras y mentales.

Muchos aspectos podrían ser abordados en torno a esta integración tecnológica como aquellos relacionados a los derechos de propiedad intelectual, el uso de los datos personales, el empleo, la responsabilidad, la ética, la seguridad y protección prevista para los consumidores, entre otros. El catálogo podría ser interminable y estructurarse de diferentes maneras. Sin embargo centraremos principalmente nuestra atención en la posible consideración de los robots como agentes morales y la singularidad jurídica en torno a su tratamiento.

III. Agente moral: estado potencial o real

Peter Singer (1995) señala que para afirmar que un individuo es un agente moral es condición necesaria que éste sea un ser autónomo, teniendo en cuenta que por "autonomía" se entiende la capacidad de elegir, de hacer y actuar según las propias decisiones".

primer lugar con 531 unidades por cada 10.000 trabajadores. En la lista le siguen Singapur (398), Japón (305), Alemania (301), Suecia (212), Taiwán (190), Dinamarca (188), Estados Unidos (176), Bélgica (169) e Italia (160). Estas cifras están basadas en el conteo de las unidades por cada 10.000 empleados activos que según los expertos es la mejor manera de hacer la medición. Los países latinoamericanos más robotizados figuran muy por debajo en la lista, lejos del promedio global de 69 autómatas por cada 10.000 empleados. México ocupa el puesto 30 con 33 robots por cada 10.000 trabajadores, Argentina el 36 con 16 unidades y Brasil el 38 con 11.

6 El Dr. George A. Bekey es profesor Emérito de Ciencias de la Computación, Ingeniería Eléctrica y Ingeniería Biomédica es ampliamente conocido por sus logros científicos, su amplia perspectiva tecnológica y su enfoque humanista. Miembro de la Academia Nacional de Ingeniería, el Dr. Bekey fue elegido por la National Science Foundation (NSF) y la Administración Nacional de Aeronáutica y Espacio (NASA) para dirigir una evaluación 2005-2006 del estado de la robótica en los Estados Unidos, Europa Occidental Y la Cuenca del Pacífico.

7 Profesor de Inteligencia Aritifical y cognición en el centro para robótica y sistemas neuronales en la Universidad de Plymouth, Reino Unido. Su investigación se basa en el conocimiento de los robots humanoides, la robótica de desarrollo, la interacción humano-robot y la aplicación de sistemas neuromórficos para el aprendizaje de robots.

8 Associate Professor of Psychology and Adjunct Professor of Electrical and Computer Engineering at Southern Illinois University.

Es evidente que el sólo hecho de considerar la posibilidad que un robot pueda alcanzar el estado de agente moral implica un cambio total de paradigmas normativos al tiempo que cambiaría la forma en que se usa y diseña esta tecnología.

Debemos recordar que las interacciones hombre-robot en la medida en que se hacen más estrechas debido a las múltiples funcionalidades que presentan y los diversos entornos en los que se han asentado tales como la industria médica, oficinas, operaciones de búsqueda y rescate, juguetes mascota, entretenimiento de adultos –entre otros- inevitablemente impactan de diversos modos en nuestras vidas, más aún la antropomorfización aunada a la automatización posibilita la capacidad de influenciar psicológica y emocionalmente en cada uno de nosotros[9].

Si bien los sistemas jurídicos actuales no consideran a un robot responsable en sí mismo de los actos u omisiones que causen daño a terceros y las normas en materia de responsabilidad civil se aplican al fabricante, propietario o usuario según fuere el caso –es decir el sistema considera hasta ahora al robot como una simple herramienta que se convierte a lo mucho en un instrumento que reflejaría los intereses morales de otros- la innegable evolución de la robótica y la inteligencia artificial nos lleva a considerar la posibilidad real aunque tal vez potencialmente distante aún –sobre todo en los país en vías de desarrollo- de que los robots lleguen a convertirse en agentes morales

En este orden de ideas deben considerarse dos aspectos, el primero vinculado a las diferentes clases de robots existentes y el segundo relacionado a la posibilidad de existencia de agentes morales artificiales.

En cuanto al primer aspecto cabe señalar que existen diferentes clasificaciones de robots y máquinas. En este sentido John Sullins (2006) distingue entre los telerobots que dependen de un operador, no requieren de inteligencia artificial compleja y sólo toman decisiones autónomas mínimas y los robots autónomos que conducen a una nueva discusión del concepto de autonomía y que son capaces de tomar al menos las decisiones más importantes sobre sus acciones empleando su propia programación, no siendo en este caso los programadores enteramente responsables de su comportamiento tal como sucede con los padres y sus hijos, los primeros son el factor pero no la causa exclusiva en el momento en que los segundos deben tomar de decisiones de índole moral.

9 Las discusiones cuando se habla de robots y androides son diversas y suele usarse el término robot para referirse a ambos. Sin embargo la diferencia sustancial entre ellos radicaría en el hecho de que un androide presenta una figura de hombre y algunos sostiene que se caracterizan por imitar conductas humanas de ahí que surgen una serie de interrogantes en torno a en qué momento se rebasa la frontera de un robot y se convierte en androide o si es la inteligencia artificial la causante de esta conversión. Por otro lado, aparecen definiciones tales como robot-humanoide para los androides. Sin embargo dado que a lo largo de la investigación la mayoría de documentos que la sustentan hacen referencia al término robot se ha optado por emplear esta palabra.

Más aún dentro de la clasificación planteada por Rafel de Asis (2014) en consideración a la interacción del robot con los humanos y sus derechos se contempla tres posibles situaciones cada una con subsecuentes divisiones siendo la última la referida a los robots que presentan problemas en su calidad de agentes morales en la medida en que sus capacidades de adaptación y aprendizaje llevan implícitas cierto grado de imprevisibilidad en su comportamiento debido a que éstos podrían aprender de forma autónoma de su propia experiencia e interactuar con su entorno en forma única e imprevisible en base a este aprendizaje obtenido, por lo que bajo estas circunstancias no podría estar claro quién es el responsable de su actuación ni estatus moral.

Por otro lado, la normativa jurídica asiática tal como señala Nisa (2016) diferencia entre cuatro conceptos, niveles o categorías de robots existentes a regular jurídicamente para poder alcanzar a generar una correcta definición que abarque completamente su naturaleza jurídica. Estamos hablando de: Sistemas inteligentes programados, de Robots no autónomos, del concepto robots autónomos y la Inteligencia Artificial:

- En el primer nivel se encuentran los Sistemas inteligentes programados que según la *Robot Strategy* de Japón y el proyecto *Regulating Robotics: A Challenge For Europe* de la Unión Europea, son aquellas máquinas que llevan integrados sistemas robóticos que ayudan a sus operadores o dueños a realizar tareas automatizadas, pero que no son en sí mismo robots por resultar nada más que un pequeño sistema robótico integrado dentro de otro no robótico donde predomina este último, como podrían ser los coches autónomos.
- En el segundo nivel están los Robots no autónomos, que de acuerdo a la *Korean law on the development and distribution of intelligent robots* de Corea del Sur, son aquellos que en su totalidad a nivel de construcción industrial son robots y se dedican a realizar tareas programadas simples sin necesidad de asistencia humana, y que con mayor o menor medida son capaces de tomar decisiones mecánicas vinculadas exclusivamente a su tarea ante imprevistos o situaciones de contingencia. En este nivel se encuentra la robótica sanitaria, asistencia en el hogar, limpieza automática en el hogar, entre otros.
- En el tercer nivel figuran los Robots autónomos considerados por la *Korean law on the development and distribution of intelligent robots,* la *Robot Strategy* y *Legal Regulation of Autonomous Systems* de Corea como aquellos que tienen capacidad de desarrollar tareas encomendadas complejas, listándolas, priorizándolas y tomando o creando sus propias decisiones con libertad dentro de su ámbito de trabajo, en base a unos objetivos encomendados sin necesidad de asistencia humana, con suficiente autonomía para que en base a una orden dada por un operador humano realice las tareas según lo considere más adecuado o efectivo

para el cumplimiento de dicho objetivo, y teniendo siempre como base última la protección de productos o maquinarias y de usuarios o humanos como primer objetivo subyacente. En este nivel están los sistemas de diseño industrial autónomo, de navegación aérea automatizada, sistema ferroviario o afines.

- En el cuarto y último nivel encontramos a la Inteligencia Artificial que es el mayor dentro de la evolución en robótica, en el cual, según la *Korean law on the development and distribution of intelligent robots y la Robot Strategy*, son aquellos sistemas mecánicos que perciben el ambiente externo por sí mismo sin necesidad de órdenes pre-programadas externas, con capacidad para discernir diferentes circunstancias que se produzcan a su alrededor y con capacidad para moverse de forma voluntaria. Asimismo los sistemas de inteligencia artificial deben de obedecer tanto órdenes de otros sistemas de inteligencia artificial como las humanas que interaccionan con él.

Compartimos la opinión de Niza (2016) en cuanto a que la Robótica basada en inteligencia artificial debe obedecer a un estructurado sistema jurídico organizado bajo un código de conducta establecido para las personas implicadas en el desarrollo, fabricación y uso de robots inteligentes con el fin de prevenir diversos tipos de efectos nocivos o perjudiciales que pudieran surgir del desarrollo de las funciones del desempeño de la inteligencia artificial en robots inteligentes.

Tanto Corea como Japón coinciden en sus dos grupos de investigación legal que las relaciones sociales robot-humano y su regulación jurídica es necesaria para que la robótica no provoque daños económicos, sociales, laborales o físicos por defectos de fabricación o problemas derivados de la programación en inteligencia artificial. El ordenamiento jurídico necesita de nuevas leyes y contenidos jurídicos que organicen correctamente este campo.

Por otro lado, en lo que se refiere al segundo planteamiento relacionado a la posibilidad de existencia de agentes morales artificiales debe tenerse presente que en el ámbito jurídico –bajo determinadas circunstancias- aún existen discusiones sobre las consideraciones del ser objeto o sujeto de derecho por lo que sería posible que a través de diversas investigaciones, análisis y profundos debates poder llegar a determinar las características o rasgos necesarios para la consideración y ostentación de la categoría de "agente moral artificial".

En este sentido Sullins (2006) plantea una discusión en torno a las circunstancias bajo las cuales los robots podrían considerarse como verdaderos agentes morales señalando que no es necesario hablar del "estado de persona" para ser un agente moral y precisando además tres requisitos fundamentales:

- Autonomía significativa de un robot de cualquier programador u operador de la máquina.

- Posibilidad de analizar o explicar el comportamiento del robot solo atribuyéndole alguna predisposición o intención de hacer el bien o dañar
- Finalmente la calidad de agente moral requiere que el robot se comporte de tal forma que muestre un entendimiento y responsabilidad hacia otro agente moral, concluyendo que los robots con todos estos criterios tendrán derechos morales tanto como responsabilidades sin tener en cuenta su estatus como personas.

En esta línea de razonamiento Sullins plantea la posibilidad de hablar de "agentes morales artificiales" al tiempo que sustenta su postura en base a la existencia de tres teorías éticas: La Posición ética de Pete Singer Conectada con los animales (en concreto desde la referencia a seres racionales no humanos que realiza al plantear el velo del a ignorancia), la de John Rawls y su teoría de la justicia y las éticas evolucionistas.

Por otro lado, señala que desde el punto de vista filosófico en relación a la agencia moral de los robots surgen cuatro visiones distintas:

a) Según la postura de Daniel Dennett, (1998) los robots aún no son agentes morales pero en el futuro podrían llegar a convertirse en uno.
b) De acuerdo a Selmer Bringsjord (2006) los robots son incapaces de llegar a ser agentes morales ahora o en el futuro.
c) Bernhard Irrgang (2006) señala que para ser moralmente responsable, independientemente de cómo, el actuar necesita un participante que sea caracterizado por personalidad o subjetividad. Hecho que Sullins considera que es un requisito demasiado restrictivo y que una subjetividad total no es necesaria.
d Finalmente, Luciano Floridi y J W Sanders del grupo de Información ética de la universidad de Oxford, (2004) argumentan que el camino que da la vuelta a muchas aparentes paradojas en la teoría moral es adoptar una "moralidad menos mental". Que evada temas como el deseo de libertad e intencionalidad ya que estos son tópicos aún no resueltos en la filosofía del a mente que son inapropiadamente aplicados a los agentes artificiales tales como los robots.

Finalmente Sullins (2006) considera que el estado moral de cualquier tecnología robótica autónoma requiere considerar tres preguntas tendientes a evaluar la autonomía, la intencionalidad y la responsabilidad. En este sentido las interrogantes en cuestión son:

- ¿Es el robot significativamente autónomo?
- ¿El comportamiento del robot es intencional?
- ¿El robot está en una posición de responsabilidad?

Señala además que estas interrogantes deben ser vistas desde un nivel de abstracción razonable y concluye en que si la respuesta a las tres fuese afirmativa, entonces el robot es un agente moral.

IV. Singularidad jurídica en torno al tratamiento del robot

Si bien resultaría por ahora un tanto difícil atribuir responsabilidad moral de un robot, L Floridi y J.W Sanders (2004), consideran que es posible hablar de agente moral sin que esto implique responsabilidad. Es decir, podemos valorar como correcta o incorrecta moralmente sus acciones sin que sean responsables. En este sentido señala que los animales y las organizaciones son agentes morales y que no hace falta tener voluntad o un determinado estado mental o emociones para ser agente moral.

Como ya mencionamos, los robots han sido siempre tratados como objetos y no como sujetos independientemente de la función que cumplen. En consecuencia dentro del marco jurídico actual la normativa deviene en insuficiente para el tratamiento de robots capaces de tomar decisiones autónomas.

El documento europeo señalado anteriormente centra su atención en la necesidad de existencia de un marco ético para la robótica en el entendido de establecer los principios básicos para proteger a la humanidad de los robots, que si bien –de acuerdo a la postura europea- permitiría y efectivizarían su aplicación, basándose probablemente según nuestro parecer en un "principio de precaución"[10] consideramos que el estado de evolución actual de la robótica y la inteligencia artificial, nos plantea ir un poco más allá con miras a un escenario más complejo y avizorar un futuro no tan lejano en el que sea imperiosa una regulación de los "agentes morales artificiales".

Adicionalmente, deja entrever una posición bastante cerrada en torno a la posibilidad de poder considerar a un robot como agente moral basándose en el hecho que aceptar esta posibilidad podría crear diversos conflictos con la sociedad civil al tiempo que subestima el grado de evolución que puedan alcanzar los robots y la inteligencia artificial y cuestiona a países como Corea al señalar que este país pensó muy pronto en el desarrollo de consideraciones legales y éticas sobre los robots, consagrando al robot "inteligente" en una ley modificada en el 2016[11].

10 Principio polémico en el campo de la investigación científica que respalda la adopción de medidas protectoras respecto a ciertos productos o tecnologías que se sospecha crean un riesgo grave aunque no existe prueba científica de ello.

11 Entre las principales normativas vigentes en ordenamiento jurídico de los países asiáticos encontramos la Korean law on the development and distribution of intelligent robots (2005) y la Legal Regulation of Autonomous Systems in South Korea de 2012, ambas junto con las diferentes guías creadas en Japón; Guidelines to Secure the Safe Performance of Next Generation Robots y la New Robot Strategy - Japan's Robot Strategy - Vision, Strategy, Action Plan y la Headquarters for Japan's Economic Revitalization de Febrero de 2015.

Además se evidencia del texto cierto temor en torno a los robots al señalar muy puntualmente que el patrimonio cultural común que alimenta la conciencia colectiva occidental podría significar que la idea de "robot inteligente" provoca una reacción negativa. Continua luego sosteniendo que este miedo a los robots no se siente en el lejano oriente, debido a que inculcaron a la sociedad con una imagen muy positiva de los robots. Finalmente, el documento europeo señala que por lo menos dos acontecimientos retomaron estos miedos, y no sin justificación. En 2014 y 2015, Bill Gates, Stephen Hawking y Elon Musk advirtieron de los peligros que plantea la inteligencia artificial, que podría potencialmente volverse contra la humanidad.

En este sentido, mientras la Unión Europea se centra más en la estandarización de patrones industriales aplicados a los actuales sectores donde existe la robótica como concepto de ayuda humana al desempeño de tareas; países como Corea del Sur y Japón son los únicos que cuentan realmente con una primera legislación sobre robótica e interacción humana e impacto social, a priori. No obstante, otros como Taiwan, consideran que antes de lanzar normativas que conlleven una expectación mediática prefieren realizar una labor de investigación conjunta entre diferentes dispositivos y disciplinas que a priori parecen diferentes. Este país viene desarrollando una labor de investigación en este campo entre el Ministerio del Interior Taiwanés, el National Nano Device Laboratories (NDL), el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad Nacional de Chiao Tung y la National Taiwan University College of Law en Taipei. El sistema que está actualmente desarrollando el grupo de investigación en robótica-legal de Taiwan es una triple vía de desarrollo legislativo basada en distintos niveles de conceptualización legal.

Las tres vías de investigación funcionan en cascada. La teoría doctrinal generada por los juristas Taiwaneses indica que es necesario para el futuro de tres equipos técnicos que funcionen casi de forma jerarquizada la colaboración indisoluble de distintas disciplinas que trabajen de manera entrelazada. Siendo así, en el primer nivel se encuentra los juristas especializados en tecnologías avanzadas, en el segundo los juristas especializados en robótica y en este caso con conocimientos de ingeniería y en el tercero los Ingenieros informáticos y robótica con nociones en derecho.

Debemos tener presente que es la misma humanidad la que fabrica robots y si como un lógico cuestionamiento nos preguntamos para que los quiere, la posibilidad de múltiples respuestas son las que encierran una demanda por su existencia y uso y en contradictoria consecuencia la necesidad de contar con mecanismos para protegernos de lo que nosotros mismos estamos creando. Sin embargo este comportamiento lo encontramos a nivel de toda clase de tecnología, el ser humano siempre quiere lo último, lo mejor, lo más funcional, aquello que facilite el quehacer diario; de no ser así, el desarrollo tecnológico no hubiera alcanzado los niveles que evidenciamos y no se discutirían temas en torno a las tecnologías emergentes, a la robótica o la inteligencia artificial.

Estas consideraciones evidentemente justifican el hecho de reflexionar sobre un tratamiento de naturaleza jurídica en relación a los robots que implica en primera instancia una conceptualización apropiada en torno a sus diversas categorizaciones.

Por otro lado, si bien la Declaración Universal de los derechos humanos se convirtió en el marco jurídico para el desarrollo de las sociedades contemporáneas, probablemente no está en la capacidad de combinar las oportunidades tecnológicas con el respeto institucionalizado hacia estos derechos de la forma en que fueron concebidos en su momento y consagrando la igualdad como generalidad por lo que consideramos que los criterios y lineamientos que deben conducir el desarrollo de las tecnologías emergentes deben partir de las diferencias existentes en el siglo XXI que se acentuarán a todo nivel y ámbito en formas antes no imaginadas y que además muchas de ellas desbordan el entorno tecnológico.

Muchas cuestiones vinculadas a la robótica e inteligencia artificial suscitan diversas preocupaciones, incertidumbres y hasta ciertos temores relacionados con las posibles vulneración de los derechos existentes en el sector del empleo, la seguridad, la privacidad, entre otros, sin embargo las potencialidades de los que puede llegar a hacer un robot o no puede llegar a hacer dependerá mucho de lo que consideremos por idéntico.

V. Conclusiones

Es evidente que aún queda mucho camino por recorrer en torno a la robótica y a la inteligencia artificial, pero considerando el inminente e imparable desarrollo tecnológico que nos permite evidenciar el modo en que una tecnología llega para superar de lejos a la anterior se convierte en un imperativo indiscutible la formación de una nueva generación de especialistas legales que permitan encaminar prudente y responsablemente la nueva sociedad que estamos creando por lo que la presencia de entornos multidisciplinarios viabilizarán el desarrollo y adopción de una normativa adecuada y eficaz sobre todo si consideramos que se vislumbra una suerte de incertidumbres, interrogantes y temores en diversos sectores a los que se suma a una nueva forma de "singularidad" que deberá encontrar respuestas en el ordenamiento jurídico existente lo que sólo será posible lograr tras un profundo análisis en torno a los criterios y lineamientos conducentes al mejor desarrollo de esta tecnología que nos presenta una forma de convivencia en la que humanos y robots tendrán necesariamente que coexistir.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre Tecnologías de Información y Comunicación en el Tribunal Supremo de Justicia durante 2018

Gustavo Adolfo Amoni Reverón*

I. Uso procesal de la criptomoneda Petro

SSPA[1] **N° 1112 del 1° de noviembre**: uso de la criptomoneda petro para condenar judicialmente a pagar indemnización por daño moral.

II. Actos procesales telemáticos

1. **SJSSPA**[2] **N° 32 del 23 de enero y 152 del 20 de febrero**: Remisión de opinión por correo electrónico en procesos contencioso-administrativos de contenido patrimonial (Art. 58 LOJCA).
2. **SJSSPA N° 179 del 22 de febrero**: Acuse de recibo de comisión judicial por correo electrónico.
3. **SSC**[3] **N° 11 del 9 de febrero**: Envío de copia de auto de la Sala Constitucional, por correo electrónico, a tribunal de primera instancia.

III. Citación y notificación telemáticas

1. **SJSSPA N° 139 del 15 de febrero**: Publicación de cartel en secretaría, portal web y correo electrónico pero contando solo a partir de la fijación del cartel.
2. **SJSSPA N° 177 del 21 de febrero**: Notificación mediante comisión judicial y correo electrónico, pero esta última modalidad solo tiene fines informativos y no procesales.

---

* Abogado Summa Cum Laude. Universidad Carabobo, Especialista Cum Laude en Derecho Administrativo. Universidad Católica "Andrés Bello". Director de la Escuela Nacional de la Magistratura (Venezuela). Profesor de Derecho Administrativo III. Universidad Central de Venezuela.

1 Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

2 Sentencia del Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

3 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

3. **SJSSPA N° 180 del 22 de febrero**: Notificación por correo electrónico para escuchar la opinión de cualquier persona u organismo vinculado al objeto del proceso contencioso administrativo (Art. 78,3 LOJCA).
4. **SSCS**[4] **N° 39 del 11 de enero de 2018**: Citación por cartel y en el portal de Internet del Tribunal Supremo de Justicia.
5. **SSCS N° 97 del 9 de febrero**: Notificación mediante cartel fijado en la cartelera de la Secretaría de la Sala y en el portal de Internet del Tribunal Supremo de Justicia.
6. **SSPA N° 83 del 1° de febrero**: Validez de la notificación tributaria por correo electrónico.

IV. Prueba electrónica

1. **SJSSPA N° 1 del 10 de enero de 2018**: No se requiere otra prueba con el mensaje de datos para ser admitido.
2. **SSCS N° 81 del 7 de febrero**: No tiene valor probatorio la impresión de un mensaje de correo electrónico sin medios de prueba auxiliares como la inspección judicial o la experticia.

V. Expediente digital

1. **SSC**[5] **N° 726 del 22de octubre**: Constancia de días de no despacho mediante Juris 2000 sin que sea necesario revisar el expediente.
2. **SSPlena**[6] **N° 48 del 8 de agosto**: Indicación de URL con hipervínculo para acceder a información publicada en Twitter directamente desde la sentencia publicada en el portal de Internet del Tribunal Supremo de Justicia.
3. **SSCS N° 580 del 20 de julio**: La falta de publicación de audiencia en el sistema Juris 2000 no impide revisar el expediente en papel y debe constar que no se tuvo acceso al expediente para obtener la reposición de la causa.
4. **SSPA N° 319 del 12 de noviembre**: Distribución de causas mediante sistema informático.
5. **SSPA N° 1043 del 11 de octubre**: Los operadores de transporte deben presentar ante la Administración Aduanera los manifiestos de carga correspondientes a sus operaciones de forma manual cuando por causas debidamente justificadas no fuere posible realizarlo por los medios informáticos.

4 Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.
5 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.
6 Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

La criptomoneda venezolana *PETRO* y su implementación como unidad de cuenta por parte del Tribunal Supremo de Justicia

José Francisco Vega Sacasa*

Mediante sentencia Nro. 1112 del 1° de noviembre de 2018 (Caso: *María Elena Matos*), la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (máxima instancia jurisdiccional del país), implementó a la criptomoneda Petro, creada por el Estado venezolano, como unidad de cuenta para el cálculo del monto a otorgar como indemnización por daño moral, en lo que sería la primera decisión judicial a través de la cual un tribunal reconoce valor jurídico y económico a este tipo de monedas.

En la motivación del fallo, el órgano jurisdiccional antes aludido explica que la implementación de esa moneda electrónica en las decisiones judiciales busca proteger los montos otorgados como indemnización por daño moral de los efectos inflacionarios y de la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario del país, que según dispone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 318, es el Bolívar, todo ello en atención a la crisis económica que afecta a la nación.

En ese sentido, en esa decisión, con ponencia del magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, se indicó que la criptomoneda venezolana denominada Petro, surge como un mecanismo financiero creado por el Estado para hacer frente a los ataques perpetrados contra la economía nacional, cuyos efectos repercuten directamente "(…) *sobre las estructuras de costos de los diferentes bienes y servicios, lo que provoca una permanente inestabilidad y ascenso de precios, que ha inducido a un proceso de hiperinflación*".

Por otra parte, afirmó esa instancia jurisdiccional que el Petro igualmente tiene como fin fortalecer el signo monetario del país, pues esta moneda electrónica se encuentra respaldada por "*un contrato de compra-venta por un (01) barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano o cualquier commodities que decida la Nación*", por disposición del artículo 4 del Decreto Presidencial Nro.

* Abogado experto en delitos informáticos e informática forense. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas y Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Católica Santa María La Antigua. Magíster en Administración de Empresas (MBA) con énfasis en Dirección Empresarial por la Universidad Latina de Panamá. Candidato a Doctor en Derecho Financiero en *Atlantic International University.*

3.196, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.346 Extraordinario, de fecha 8 de diciembre de 2017, lo que garantiza su inmunidad frente a las acciones de desestabilización financiera que pudieran surgir contra la economía del país.

Ahora bien, de la anterior decisión se pueden plantear dos consideraciones, la primera, acerca del valor jurídico de la criptomoneda venezolana Petro y, la segunda, sobre su validez frente a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Veamos:

Respecto al valor jurídico del Petro, es necesaria la revisión de dos textos normativos, uno de ellos es el Decreto Presidencial Nro. 3.196, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.346 Extraordinario, de fecha 8 de diciembre de 2017, y el otro es el Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro, publicado en el mismo órgano de divulgación oficial Nro. 6.370 Extraordinario, del 9 de abril de 2018.

En el Decreto Presidencial Nro. 3.196 el Presidente de la República autorizó la Creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas Venezolana, servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, para regular todo lo relacionado con el funcionamiento e intercambio del Petro. Asimismo, con relación a la moneda virtual Petro, señala que es de característica criptoactivo intercambiable por bienes y servicios, y por dinero fiduciario en las casas de intercambio de criptoactivos nacionales e internacionales, y al mismo tiempo ejerce funciones de *commodities*, ya que se puede utilizar como un instrumento de refugio financiero por estar respaldado en barriles de petróleo venezolano, en la forma de un contrato de compra/venta con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico. Más concretamente, en el artículo 4 se establece:

> ***Artículo 4°.*** *Esta Criptomoneda Venezolana el "PETRO", se trata de Petróleo Venezolano cotizado en la cesta OPEP, así como otros commodities, entre ellos el oro, diamante, coltán y el gas.*
> *Cada unidad de PETRO tendrá como respaldo físico, un contrato compra-venta por un (01) barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano o cualquier commodities que decida la Nación.*

Por otra parte, el artículo 5 *iusdem* consagra que el tenedor de los Petros podrá realizar el cambio del valor de mercado del criptoactivo por el equivalente en otra criptomoneda o en bolívares al tipo de cambio de mercado publicado por la casa de intercambio de criptoactivo nacional. Asimismo señala, que su portador podrá realizar el cambio del valor de mercado del criptoactivo por el equivalente en una criptomoneda o por una moneda fiduciaria en los *Exchanges* Internacionales y que el tenedor de esta moneda virtual será poseedor de una billetera virtual, la cual será de su entera responsabilidad, así como todos los riesgos asociados al manejo y custodia de la misma.

Posteriormente al instrumento jurídico antes indicado que dio cobertura legal al Petro, fue dictado el Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 6.370 Extraordinario, del 9 de abril de 2018, en el cual la Asamblea Nacional Constituyente[1] estableció las bases fundamentales que permiten la creación, circulación, uso e intercambio de criptoactivos, por parte de las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, residentes o no en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

Con relación a la naturaleza del Petro, el Decreto Constituyente repite lo indicado por el Decreto Presidencial Nro. 3.196, y declara que esta iniciativa financiera venezolana se basa los principios de inclusión e innovación financiera, universalidad, protección al consumidor, bien común, corresponsabilidad, preservación de la estabilidad financiera, prevención de operaciones ilícitas y seguridad tecnológica (ver. Art. 4).

Igualmente, es importante advertir que el artículo 3 de este Decreto Constituyente otorga al Presidente de la República las más amplias facultades para regular la constitución, emisión, organización, funcionamiento y uso de criptoactivos, así como de crearlos y emitirlos de manera soberana

> (…) *en virtud de ello, podrá permitir el funcionamiento de casas de intercambio virtuales denominadas 'exchanges', que funcionen en el territorio nacional con criptoactivos creados de manera soberana por el Ejecutivo Nacional. Igualmente, podrá regular el mercado de los criptoactivos en el territorio nacional, el uso y creación de las billeteras virtuales, y demás entes dedicados al ahorro y a la intermediación virtual de criptoactivos, y las actividades mineras virtuales*.

También en este instrumento jurídico se hace referencia a la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas Venezolana, órgano al cual asigna como función principal "(…) *velar por el normal y legal funcionamiento de gestión que desarrollen las personas naturales o jurídicas que participen en el intercambio de la Criptomoneda venezolana Petro y demás criptoactivos creados por la República Bolivariana de Venezuela*" y a la Tesorería de Criptoactivos "(…) *instancia competente para la emisión, custodia, recaudación, distribución de recursos, de acuerdo a las instrucciones que le imparta el Presidente de la República y la armonía del mercado virtual de los Criptoactivos*".

A partir de estos dos instrumentos jurídicos, uno dictado por el Presidente de la República y el otro emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, órgano

1 Órgano de rango constitucional al cual se encuentran subordinados todos los poderes del Estado, y que en los actuales momentos se encuentra ejerciendo las funciones que le corresponden por atribución de la Constitución a la Asamblea Nacional de Venezuela, ello en razón del «*desacato*« en el que ésta se encuentra por desconocer una decisión de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, y que la inhabilita por tanto para ejercer sus competencias válidamente.

Plenipotenciario representativo de la soberanía popular, es posible afirmar que el Petro cuenta con una cobertura jurídica que le otorga validez y reconocimiento por parte de las autoridades venezolanas, tal y como aconteció con la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa *supra* identificada.

Llegados a este punto, queda por determinar la constitucionalidad de la implementación del Petro en las decisiones judiciales como unidad de cuenta, frente a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto en su artículo 318 dispone lo siguiente:

> ***Artículo 318***: (…). *La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República*.

Conforme a la norma constitucional antes citada, la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar; no obstante, tal dispositivo no prohíbe expresamente la implementación de otro tipo de moneda en el país, inclusive, abre la posibilidad para que se adopte una moneda común en el marco de la integración latinoamericana.

Lo anterior debe ser así, además, porque si se prohibiera el uso de otro tipo de moneda en el territorio nacional, se colocaría una barrera irracional e inconveniente al comercio interno y exterior, más aún en el mundo globalizado en el que nos desenvolvemos tanto los particulares, como los mismos Estados en sus relaciones comerciales.

En esa misma línea argumentativa, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal del país ha tenido ocasión de interpretar el alcance de la mencionada norma (art. 318 constitucional), indicando que a pesar que el Bolívar es la unidad monetaria nacional, en Venezuela no está prohibido expresamente la celebración de pactos en los cuales el pago sea estipulado en una moneda distinta a la de curso legal, solo que "(…) *en estos casos la moneda que inicialmente fue estipulada como moneda de pago pasa a ser una moneda de referencia en función del cambio oficial establecido para la fecha de realizarse el pago*" (ver, sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1641 del 2 de noviembre de 2011, Caso: *Motores Venezolanos, C.A.*).

Las consideraciones expuestas en el precedente judicial antes mencionado, aunque se refieren al uso de moneda extranjera en contrataciones celebradas y pagaderas en territorio venezolano, *mutatis mutandi*, son aplicables al caso de la implementación del Petro como unidad de cuenta por parte de los tribunales de la República, por cuanto, como puede apreciarse de la motiva del fallo Nro. 1112 del 1° de noviembre de 2018, la Sala Político-Administrativa no sustituyó al Bolívar por el Petro, solamente hizo uso de él como unidad de cuenta y aplicó su valor referencia –en Bolívares- para el cálculo de la indemnización a pagar por concepto de daño moral, pago que en definitiva debió realizarse también en

Bolívares, todo lo cual efectúo a fin de proteger la suma otorgada de la hiperinflación que pulveriza el poder de compra del signo monetario nacional.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, podemos arribar en cuanto a la criptomoneda venezolana Petro y su implementación como unidad de cuenta para el cálculo de indemnizaciones por parte de los tribunales venezolanos, las siguientes conclusiones:

1. El Tribunal Supremo de Justicia venezolano (máxima instancia jurisdiccional del país), reconoce la legalidad de la criptomoneda venezolana Petro, al implementarla como unidad de cambio para el cálculo del monto a otorgar como indemnización de daño moral (Sent. SPA-TSJ, Nro. 1112 del 1°/11/2018).
2. El Petro es una criptomoneda creada por el Estado venezolano con el fin de diversificar el sistema financiero nacional, proteger al Bolívar como moneda de curso legal en Venezuela y como herramienta para hacer frente a la grave crisis económica que afecta a los venezolanos.
3. En ese sentido, esta moneda electrónica cuenta con respaldo legal, a través del dictado del Decreto Presidencial Nro. 6.346 Extraordinario, de fecha 8 de diciembre de 2017 y del Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro, publicado en el mismo órgano de divulgación oficial Nro. 6.370 Extraordinario, del 9 de abril de 2018.
4. Si bien la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que la moneda de curso legal en el país es el Bolívar, no prohíbe expresamente la estipulación de obligaciones pagaderas en otro tipo de moneda, siendo que, en el caso de monedas extranjeras, estás pasarían a ser una referencia para el cálculo del pago en Bolívares, en virtud del control cambiario que impera en la nación.
5. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Petro no es una moneda extranjera, y que la Constitución, como se planteó, no prohibió expresamente la implementación de otro tipo de moneda para la celebración de negocios jurídicos, su utilización es perfectamente constitucional y admisible, contando el Estado venezolano con instancias públicas destinadas exclusivamente a la regulación, vigilancia y resguardo de este tipo de actividades económicas, como lo son el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio con competencia en materia de finanzas, la Superintendencia de los Criptoactivos y Actividades Conexas Venezolana y la Tesorería de Criptoactivos.

LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Magistrado Ponente: **INOCENCIO ANTONIO FIGUEROA ARIZALETA**
Exp. Nro. 2011-1298

Mediante Oficio Nro. 459/11 de fecha 11 de noviembre de 2011, recibido en esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 21 de ese mismo mes y año, el Juzgado Superior Tercero del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, remitió el expediente contentivo de la demanda por indemnización de daño moral y perjuicios materiales incoada por la ciudadana **MARÍA ELENA MATOS**, titular de la cédula de identidad Nro. 7.198.422, asistida por el abogado Manuel Núñez, inscrito en el INPREABOGADO bajo el Nro. 64.416, contra el hoy **INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES AGRÍCOLAS (I.N.I.A.)**, creado por Ley del 27 de julio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 37.022 de fecha 25 de agosto del mismo año.

Dicha remisión se efectuó en virtud de la sentencia del 3 de noviembre de 2011, en la que el referido Órgano Jurisdiccional declaró la incompetencia de los tribunales laborales para conocer la señalada demanda y declinó la competencia en esta Sala.

Por decisión Nro. 01805 del 15 de diciembre de 2011 esta Máxima Instancia aceptó la competencia declinada y ordenó remitir el expediente al Juzgado de Sustanciación.

El 15 de febrero de 2012, el referido Órgano Sustanciador declaró inadmisible la demanda interpuesta por no haberse cumplido "*el procedimiento administrativo previo a las acciones que contra la República se intenten*", lo cual fue objeto del recurso de apelación, siendo declarado con lugar por esta Sala el 23 de octubre de 2013 al verificar que en el caso de autos se comprobó dicho requisito.

Cumplidas las notificaciones de la referida decisión, el 1° de abril de 2014 se admitió cuanto ha lugar en derecho la demanda incoada, se acordó emplazar al Instituto accionado para que compareciera a la Audiencia Preliminar, y se ordenó notificar al Procurador General de la República.

Practicadas la citación y notificación ordenadas, "(…) *y transcurrido el lapso de noventa (90) días de despacho otorgado a la República atendiendo a lo previsto en el artículo 96 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*" por auto del 7 de agosto de 2014 se fijó para el décimo (10°) día de despacho siguiente a las diez de la mañana (10:00 a.m.), la oportunidad en que se celebraría la referida Audiencia.

El 30 de septiembre de 2014, tuvo lugar el mencionado acto dejándose constancia de la comparecencia de la demandante, su apoderado judicial y de la abogada Nathalie Villarroel, inscrita en el INPREABOGADO bajo el Nro. 129.465, actuando con el carácter de apoderada judicial de la parte demandada, quien promovió pruebas, opuso cuestiones previas y alegó la prescripción de la acción, por lo que se acordó pasar el expediente a esta Sala.

En fecha 29 de diciembre de 2014, se incorporaron a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia las Magistradas María Carolina Ameliach Villarroel, Bárbara Gabriela César Siero y el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, designados y juramentados por la Asamblea Nacional el 28 del mismo mes y año. El Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, fue designado ponente.

El 23 de diciembre de 2015 se incorporaron a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el Magistrado Marco Antonio Medina Salas y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero, designados y juramentados por la Asamblea Nacional en esa misma fecha.

Mediante sentencia Nro. 01316 del 1° de diciembre de 2016, se declararon improcedentes los defectos de procedimientos relativos a la prescripción de la acción y la cosa juzgada y sin lugar el defecto de forma relativo al lugar donde ocurrieron los hechos alegados por la parte demandada.

En fecha 24 de febrero de 2017, se eligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la siguiente manera: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidente, Magistrado Marco Antonio Medina Salas; la Magistrada, Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado, Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta; y la Magistrada, Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Cumplidas las notificaciones ordenadas y vencidos los lapsos correspondientes, por auto del 2 de mayo de 2017, se concedieron diez (10) días de despacho para dar contestación a la demanda a tenor de lo establecido en el artículo 61 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En fecha 7 de junio de 2017 la actora promovió pruebas.

El 27 de junio de 2017, el Juzgado de Sustanciación se pronunció sobre las pruebas promovidas por las partes y ordenó la notificación de la Procuraduría General de la República.

Cumplida la notificación acordada y transcurrido el lapso de evacuación de pruebas, el 15 de noviembre de 2017 el referido Juzgado ordenó remitir las actuaciones a esta Máxima Instancia.

El 21 de noviembre de 2017 se dio cuenta en Sala y, por auto de la misma fecha el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta fue ratificado como ponente. En esa oportunidad, se fijó el día y la hora en la cual tendría lugar la Audiencia Conclusiva, de conformidad con el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual se celebró en fecha 7 de diciembre de ese mismo año, dejándose constancia de la incomparecencia de las partes y que la causa entró en estado de sentencia.

Realizado el estudio de las actas que conforman el expediente, esta Sala pasa a decidir previo a lo cual formula las siguientes consideraciones:

I
DE LA DEMANDA

Mediante escrito presentado en fecha 21 de enero de 2010, la ciudadana María Elena Matos Rodríguez, asistida por el abogado Manuel Núñez, antes identificados, interpuso demanda por indemnización de daño moral y perjuicios materiales contra el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A), por "*enfermedad ocupacional*", alegando lo siguiente:

Indicó que "(…) *ingres*[ó] *a prestar* [sus] *servicios personales de manera ininterrumpida para el Fondo Nacional de Investigaciones Agropecuarias (FONAIAP), hoy Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.) desde el 15 de octubre de 1988, hasta el día 09 de febrero de 1999, ambas fechas inclusive, durando la relación laboral once (11) años, dos (2) meses y veinte y cinco* (sic) *(25) días, ocupando el cargo de investigadora en el laboratorio de biotecnología, del Centro Nacional de Investigaciones Agropecuarias (C.E.N.I.A.P.), devengando como último sueldo mensual la cantidad de TRES MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUARENTA Y UN BOLÍVARES CON SETENTA Y OCHO CÉNTIMOS (3.536.041.78), hoy TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS BOLÍVARES FUERTES CON CUATRO CÉNTIMOS (Bs. 3.536.04)*". (Agregados de la Sala).

Señaló que "(…) *adjunto al laboratorio de biotecnología, lugar donde realizaba* [sus] *funciones como investigadora se encontraban depositados en un cuarto cava productos agroquímicos tóxicos órganofosforados cancerígenos y mutagénicos tales como malathión, bromuro de Ethidio, EMS Ethimetanosulfanato, Poliacrilamida, Rayos Gamma, Cinagri, OIEA, 2-Mercaptoenatol, Poliethilenglicol, Fenazina, Metosulfato, -PMS-, Temed, P.V.P., 40, Tris HCL, etc*". (Agregado de la Sala).

Precisó que "(…) *en fecha 03 de febrero de 1997, ocurrió un accidente laboral de un derrame del producto agroquímico tóxico malathión,*

causándo[le] *una intoxicación por la inhalación de los gases derivados de dicho producto, fu*[e] *auxiliada por los bomberos universitarios quienes* [le] *brindaron asistencia médica inmediata y tratamiento específico, luego* [fue] *trasladada a la Clínica Lugo ubicada en la avenida 19 de Abril en Maracay, Estado Aragua* (…)". (Agregados de la Sala).

Manifestó que "(…) *en fecha 17-02-1997, fu*[e] *ingresada nuevamente a la Clínica Lugo* (…) *por presentar síntomas de reintoxicación, allí* [fue] *tratada por el médico Mario Matute Largo* (…)". (Agregados de la Sala).

Refirió que "(…) *los peligros y riesgos del accidente laboral ocurrido por el derrame del producto agroquímico tóxico malathión en el laboratorio de biotecnología antes mencionado, fue advertido y alertado mediante comunicación N° 00009 de fecha 27 de enero de 1997, mediante la cual el Ingeniero Efraín Salazar, Jefe del Departamento de Biotecnología le solicitó al Dr. Claudio Chicco Director del Centro Nacional de Investigaciones Agropecuarias (C.E.N.I.A.P.), 'reubicar los materiales que el personal del departamento de sistemas de producción de cultivos regionales,* [mantenía] *en unas cavas del departamento de biotecnología'* (…)". (Sic). (Agregados de la Sala).

Enfatizó que "(…) *las autoridades del mencionado Instituto asumiendo una conducta irresponsable y negligente hicieron caso omiso no sólo a la solicitud de reubicación de los productos agroquímicos tóxicos hecha por el Jefe del Departamento de Biotecnología sino también a las recomendaciones emanadas del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, Dirección Sectorial de Malariología y Saneamiento Ambiental, Dirección de Ingeniería Sanitaria, incurriendo así en un HECHO ILÍCITO* (…)".

Expresó que "(…) *en fecha 09-04-2007, tu*[vo] *que soportar una intervención quirúrgica de histerectomía total con anestesia mínima debido a la contraindicación del uso de anestesia en pacientes con antecedentes de intoxicación con químico órganofosforados, donde ningún anestesiólogo quería asumir la responsabilidad debido al alto riesgo que conllevaba* (…)". (Agregados de la Sala).

Advirtió que el accidente narrado "(…) [le] *originó una enfermedad ocupacional que luego de la evaluación médico ocupacional se determinó que present*[a] *1- Intoxicación por órganofosforado, 2- Polineuropatía Periférica Mixta Desmielinizante y Axsonopatica sensori-motora distal, 3- Psicosis orgánica tóxica. Con evolución tórpida progresiva originando Fascitis Plantar incapacitante, la cual trae como consecuencia que las actividades de la vida diaria (aseo personal, vestirse, caminar, mantenerse de pié) se encuentren comprometidas* (…)". (Agregados de la Sala).

Refirió que lo ocurrido "(…) [le] *ha ocasionado una DISCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE* [según] *CERTIFICACIÓN emanada del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales* (…)*de fecha 30-08-2007* (…). *Asimismo, el Instituto Venezolano de los Seguros*

Sociales (…), *emitió la evaluación Nro. 1101-TN, de fecha 04-09-2007*, *mediante la cual hizo una descripción de la discapacidad que hoy sufr*[e] *y determinó el porcentaje de pérdida de capacidad para el trabajo en un sesenta y siete por ciento (67%)* (…)". (Sic). (Agregados de la Sala).

Destacó que "(…) *la enfermedad ocupacional que hoy sufre, ocurrió porque el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), desconoció, vulneró y quebrantó los artículos 2, 793 y 863 del Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo, los artículos 185, 236, 237, 560, 562, 566 y 571 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con los artículos 53, en sus ordinales 1, 2, 3 y 4 y 56 ordinales 3 y 4 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, por cuanto el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.) NO* [LE] *NOTIFICÓ, NI* [LE] *INFORMÓ POR ESCRITO, NI* [LE] *ALECCIONÓ DE LOS PRINCIPIOS DE LA PREVENCIÓN DE LAS CONDICIONES INSEGURAS AL INGRESAR A* [SU] *PUESTO DE TRABAJO EN DICHO INSTITUTO, NI TAMPOCO* [LE]*INFORMÓ POR ESCRITO DE LAS CONDICIONES INSEGURAS DEL TRABAJO QUE REALIZABA A LAS CUALES ESTABA EXPUESTA POR LA ACCIÓN DE AGENTES FÍSICOS, QUÍMICOS, BIOLÓGICOS ERGONÓMICOS Y OTRAS CONDICIONES QUE PUDIERAN CAUSAR DAÑO A* [SU] *SALUD*". (Sic). (Agregados de este Máximo Tribunal).

Igualmente, denunció que para el momento de su ingreso el Instituto demandado "(…) *no tenía elaborado el programa de Higiene y Seguridad Industrial,* (…) *no poseía el análisis de seguridad del puesto de trabajo que ocupaba lo cual permite definir con certeza los riesgos reales y potenciales a los cuales estaba expuesta en el laboratorio de biotecnología,* (…) *no poseía instructivos de cursos de capacitación e inducción en materia de Higiene y Seguridad Industrial Operacional,* (…) *no* [le] *entregó el equipo de protección personal de Higiene y Seguridad Industrial Operacional* (…) [y] *no tenía constituido el Comité de Higiene y Seguridad Industrial*". (Agregados de la Sala).

Finalmente, solicitó:

"*PRIMERO: LA SANCIÓN PECUNIARIA, prevista en el ordinal 2do, del artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, cuyo monto es de TRESCIENTOS UN MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS BOLÍVARES FUERTES* (sic) *CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (BS. F.* (sic) *301.152.89) monto que corresponde a los siete años por días continuos que establece dicha norma.*

SEGUNDO: EL DAÑO CIVIL DENOMINADO LUCRO CESANTE, previsto en el artículo 1.273 del Código Civil, por cuanto la (…) *esperanza de vida de la mujer venezolana actualmente es de SETENTA Y SEIS (76) años, y para el día que* [le] *certifican la DISCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANANTE (30-08-2007), contaba con cuarenta y seis (46) años de*

edad (…). *Los mencionados salarios que dejar*[á] *de percibir ascienden a la cantidad de MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES* (sic), *SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS BOLÍVARES FUERTES* (sic) *CON CINCUENTA CÉNTIMOS (Bs. F* (sic) *1.290.676,50),* (…).

TERCERO: La indemnización a que haya lugar por el DAÑO MORAL Y PERJUICIO MATERIAL, que est[á] *sufriendo, proveniente del accidente laboral sufrido* (…). *El DAÑO MORAL* (…) *lo cuantifica en la cantidad de SETECIENTOS CINCUENTA MIL BOLÍVARES FUERTES* (sic) *(Bs. F* (sic) *750.000)* (…). *En cuanto al PERJUICIO MATERIAL demandado,* (…) *invoca el último parágrafo del artículo 130, en concordancia con el artículo 71 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, cuyo monto demandado, en este caso es de bolívares DOSCIENTOS QUINCE MIL CIENTO DOCE BOLÍVARES FUERTES* (sic) *CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (Bs. F* (sic) *215.112.75), monto que corresponde a los cinco años continuos que establece dicha norma.* (…).

CUARTO: La pensión establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, tomando en consideración que la DISCAPACIDAD ABSOLUTA PERMANENTE ha generado una disminución total y definitiva igual al sesenta y siete (67%) de [su] *capacidad física e intelectual* (…), *en este caso es de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES* (sic) *CIENTO TREINTA Y SEIS BOLÍVARES FUERTES* (sic) *CON OCHENTA CÉNTIMOS (Bs. F 1.485.136.80),* (sic) *monto que corresponde a la pensión vitalicia que establece dicha norma.*(…).

QUINTO: El pago del beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, tomando en consideración el CINCUENTA (50%) POR CIENTO del valor de la Unidad Tributaria vigente para el momento de efectuarse los pagos y lo reclam[a] *a partir de la certificación de la DISCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE, hasta cumplir setenta y tres (73) años que es la esperanza de vida de la mujer venezolana.* (…).

SEXTO: La indemnización derivada del artículo 571 de la Ley Orgánica del Trabajo (…) *cuyo monto es de OCHENTA Y SEIS MIL CUARENTA Y CINCO BOLÍVARES FUERTES* (sic) *CON DIEZ CÉNTIMOS (Bs. F 86.045,10)* (…). (Sic).

Las cantidades señaladas y demandadas, ascienden a un total de CUATRO MIL CIENTO VEINTE Y OCHO MILLONES (sic) *DOSCIENTOS VEINTE Y CUATRO BOLÍVARES FUERTES CON OCHO CÉNTIMOS (Bs. F 4.128.224.08)*". (Sic). (Agregados de la Sala).

II
DE LAS PRUEBAS

Vista la gran cantidad de elementos probatorios cursantes en autos, esta Sala en la motiva del fallo procederá a la valoración de aquellas que tengan relación con cada hecho a demostrar, expresando asimismo su fuerza probatoria, pues el análisis de la totalidad del referido material extendería la parte narrativa de la sentencia, afectando la claridad de la decisión. **Así se decide**. (*Vid.*, sentencias de esta Sala Nros. 678 y 876 del 7 de julio de 2016 y 1° de agosto de 2017, respectivamente).

III
CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto de la demanda por indemnización de daño moral y perjuicios materiales incoada por la ciudadana María Elena Matos, contra el hoy Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), para lo cual se observa:

La accionante alegó que el día 3 de febrero de 1997 al encontrarse prestando servicios para "*el Fondo Nacional de Investigaciones Agropecuarias (FONAIAP), hoy Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.)*" como "*investigadora en el laboratorio de biotecnología, del Centro Nacional de Investigaciones Agropecuarias (C.E.N.I.A.P.)*", sufrió un accidente laboral debido al derrame del producto agroquímico "*malathión*", lo cual le ocasionó una enfermedad ocupacional que conllevó a una discapacidad absoluta y permanente según certificación del "*Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales*" y la evaluación Nro. 1101-TN de fecha 4 de septiembre 2007, mediante la cual "*el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*", determinó el porcentaje de pérdida de capacidad para el trabajo en un sesenta y siete por ciento (67%).

De allí que procede a demandar al Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), por los siguientes conceptos: ***i)*** "*la sanción pecuniaria, prevista en el ordinal 2do, del artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*"; ***ii)*** "*el lucro cesante previsto en el artículo 1.273 del Código Civil*»; ***iii)*** "*la indemnización a que haya lugar por el daño moral y perjuicio material,* (…)*, proveniente del accidente laboral sufrido*"; ***iv)*** "*la pensión establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*"; ***v)*** "*el pago del beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, tomando en consideración el CINCUENTA (50%) POR CIENTO del valor de la Unidad Tributaria vigente para el momento de efectuarse los pagos*"; y ***vi)*** "*la indemnización derivada del artículo 571 de la Ley Orgánica del Trabajo*".

Por su parte, el Instituto demandado no dio contestación a la demanda dentro del lapso legalmente establecido, sin embargo, la acción interpuesta se considera contradicha de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, aplicable al demandado de acuerdo a lo previsto en el artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En consecuencia, constatados los límites de la presente controversia, corresponde a esta Máxima Instancia emitir pronunciamiento de fondo, para lo cual se observa:

Punto previo:

Antes de decidir sobre el mérito del asunto, este Máximo Tribunal considera pertinente realizar algunas consideraciones en torno al alegato de prescripción formulado por la accionada en la oportunidad de llevarse a cabo la Audiencia Preliminar. A tal efecto, es necesario traer a colación que este Órgano Jurisdiccional en su decisión Nro. 1316 del 1° de diciembre de 2016, declaró improcedente dicha prescripción con fundamento en que:

> "(…) *esta Sala ha establecido que dicha defensa debe ser alegada en el acto de contestación de la demanda,* (…).
> *Por consiguiente, este Máximo Tribunal desestima el defecto de procedimiento opuesto por la parte demandada relativo a la supuesta prescripción de la acción, ya que la misma resulta extemporánea, por lo que sólo puede ser alegada en la oportunidad de la contestación de la demanda.* ***Así se decide***". (Destacado del original).

De lo anterior se destaca que el fundamento del rechazo a la defensa de prescripción obedeció a su "*extemporaneidad*", toda vez que "*sólo puede ser alegada en la oportunidad de la contestación de la demanda*". No obstante, por cuanto la presente causa se entiende como contradicha en todas sus partes de acuerdo a lo referido *supra,* se hace necesario esclarecer si por tal privilegio procesal se debe tener como opuesta dicha defensa.

En torno a lo planteado, esta Sala ha establecido lo siguiente:

> "(…) *bien se entiende como contradicha la demanda ante la falta de comparecencia del representante judicial del Municipio al acto de contestación, no puede entenderse que en virtud de tal prerrogativa procesal, se le atribuyan alegatos de defensa que sólo pueden ser opuestos formalmente por las partes en litigio, como es el caso de la prescripción.*
> *En efecto, es menester señalar que la prescripción es una defensa que sólo opera por instancia de parte y debe ser alegada como defensa de fondo, estando vedado al juzgador entrar a su análisis de oficio, a diferencia de la caducidad que sí puede ser declarada por el órgano jurisdiccional en cualquier estado y grado de la causa oficiosamente, pues opera ipso iure. Así, dispone el artículo 1.956 del Código Civil, lo siguiente:*

> *'Artículo 1.956.- El Juez no puede suplir de oficio la prescripción no opuesta.'. Se observa como por mandato legal se impide la declaratoria de oficio por parte del juez de la prescripción, por lo que con tal pronunciamiento la Corte extendió su análisis más allá de lo alegado por las partes*". (Sentencia de esta Sala Nro. 00863 del 30 de junio de 2011).

Siendo así, y por cuanto como se señaló precedentemente en el caso de autos, la accionada no dio contestación a la demanda dentro del lapso legalmente establecido, se encuentra impedida esta Máxima Instancia de revisar la prescripción de la presente acción. **Así se decide.**

Del accidente de índole laboral y las secuelas del mismo

De acuerdo a las actas que cursan en autos se evidencia que no se encuentra controvertido que la relación existente entre las partes fue de índole "*funcionarial*". En efecto, de un examen del Acta levantada por el Juzgado de Sustanciación al momento de celebrarse la audiencia preliminar el 30 de septiembre de 2014, se destaca que la representación judicial del ente demandado "*reconoció que existió una relación funcionarial entre la actora y su representada*"; sin embargo, "*no admite la ocurrencia del preindicado accidente ni que la demandante* [presentara en ese] *momento una situación de incapacidad que le impid*[iera] *desempeñar cualquier otra tarea*". (Folios 312 al 314 de la pieza Nro. 2 del expediente judicial). (Agregados de la Sala).

En atención a lo anterior, y teniendo presente que la acción interpuesta por la actora persigue el reconocimiento de un cúmulo de indemnizaciones producto del infortunio laboral que aduce ocurrió el 3 de febrero de 1997, mientras se encontraba en su lugar de trabajo cumpliendo funciones como Investigadora, se considera indispensable señalar que ha sido criterio de esta Sala que en casos de indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo peticionadas por quienes ostentan la categoría de trabajadores o empleados de entes públicos, los actores pueden, según su elección "*acudir al sistema de responsabilidad especial establecido en la legislación laboral que regula la materia o en su defecto fundamentar su pretensión resarcitoria en el sistema general de responsabilidad aplicable según la materia, a fin de demostrar la culpa del agente del daño y con ello pretender una indemnización superior a la prevista en la ley especial*". (*Vid.* Sentencias Nros. 00807 y 00583 de fechas 10 de julio de 2013 y 13 de junio de 2016, respectivamente).

Conforme a ello, dado que en el caso de autos la demandante reclama los conceptos señalados *supra*, en criterio de esta Máxima Instancia resultan aplicables al presente caso las normas laborales relativas a esa materia; en consecuencia, corresponde atender al criterio de la Sala de Casación Social contenido en la sentencia Nro. 430 del 25 de octubre de 2000, acogido por esta Máxima Instancia en el fallo Nro. 2.176 del 5 de octubre de 2006, según el cual:

"***En la actualidad el régimen de indemnizaciones por accidentes de trabajo está previsto, esencialmente, en cuatro textos normativos distintos, que son: la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley del Seguro Social Obligatorio, la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo y el Código Civil.***

Las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo en relación con las indemnizaciones por accidente de trabajo están contenidas en el Título VIII de la citada Ley, 'De los infortunios en el trabajo', y están signadas por el régimen de la responsabilidad objetiva del empleador, contemplada en el artículo 560 eiusdem, según el cual el patrono debe responder e indemnizar al trabajador por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, provengan del servicio mismo o con ocasión de él, aunque no haya imprudencia, negligencia o impericia o inobservancia de los reglamentos por parte de la empresa o de los trabajadores. La propia Ley Orgánica del Trabajo, establece el monto de las indemnizaciones que por concepto de incapacidad debe recibir el trabajador o sus familiares en caso de muerte de aquél.

(…) *Entonces, según las previsiones del artículo 560 de la Ley Orgánica del Trabajo, y siempre que no concurra alguna de las circunstancias eximentes previstas en el artículo 563 eiusdem, el patrono responderá ante la mera ocurrencia del accidente de trabajo o del padecimiento de la enfermedad profesional, sin que fuere relevante las condiciones en que se haya producido el mismo.*

Para que prospere una reclamación del trabajador en estos casos bastará que se demuestre el acaecimiento del accidente del trabajo, o el padecimiento de la enfermedad profesional, y la demostración del grado de incapacidad sobrevenida será relevante a los fines de determinar el monto de la indemnización.

Ahora bien, por disponerlo así el artículo 585 de la Ley Orgánica del Trabajo, este régimen tiene una naturaleza meramente supletoria, respecto de lo no previsto en las leyes de seguridad social, básicamente en la Ley del Seguro Social Obligatorio, cuando el trabajador esté amparado por el mismo Seguro Social obligatorio.

En caso que el trabajador que sufrió un accidente de trabajo o padece una enfermedad profesional, esté cubierto por el Seguro Social obligatorio, conforme a lo previsto en el artículo 2° de la Ley del Seguro Social quién pagará las indemnizaciones debe ser el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, cuya responsabilidad está prevista en el Título III, de las Prestaciones en Dinero, concretamente en los artículos 9° al 26 eiusdem.

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo tiene como objeto regular la parte preventiva de los riesgos laborales, según se expresa en su artículo 1°, y a tal fin dispone en su artículo 33, un grupo de sanciones patrimoniales, administrativas y penales para los casos en que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produzca por la no corrección por parte del empleador, de una condición insegura previamente advertida y conocida por el empleador.

Concretamente, en el caso de las sanciones patrimoniales dispone la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, en los

> *parágrafos primero, segundo y tercero del artículo 33, que el empleador debe indemnizar al trabajador por las incapacidades ocasionadas por enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, o a sus parientes en caso de muerte del trabajador, cuando dichos infortunios se produzcan como consecuencia del incumplimiento de las normas de prevención, sabiendo el empleador que sus trabajadores corrían peligro en el desempeño de sus labores y no corrigió las situaciones riesgosas.*
> *En este caso, el empleador responde por haber actuado en forma culposa, con negligencia, imprudencia o impericia, y siempre será preciso que en caso de reclamación de la indemnización correspondiente el trabajador demuestre que el patrono conocía de las condiciones riesgosas.*
> (…) ***Finalmente, el trabajador puede exigir al patrono la indemnización por daños materiales y morales prevista en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil, siempre que compruebe que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional son producto del hecho ilícito del empleador.***
> ***Las indemnizaciones antes indicadas, previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, cuando no sea aplicable la Ley del Seguro Social, en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo y en el Código Civil, pueden serle exigidas al patrono en forma conjunta, puesto que al responder a supuestos de hechos distintos el ejercicio de una cualquiera de ellas no implica la renuncia de las demás***". (*Vid.* Sentencia de esta Máxima Instancia Nro. 2.176 del 5 de octubre de 2006). (Resaltado de esta Sala).

De acuerdo con lo anterior, y la jurisprudencia pacífica y reiterada de este Supremo Tribunal, en materia de accidentes laborales, el trabajador tiene varias opciones a su favor al momento de reclamar las indemnizaciones por daños materiales y morales derivados de una enfermedad o accidente ocupacional, pudiendo concurrir tres pretensiones, con fundamentos legales diversos, a saber: ***a)*** reclamo de las indemnizaciones previstas en los artículos 560 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo -aplicable *ratione temporis*-, derivadas de la responsabilidad objetiva del patrono, tanto por daños materiales como moral; ***b)*** el reclamo de las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, cuya procedencia se deriva de la responsabilidad subjetiva del empleador y; ***c)*** las indemnizaciones derivadas del hecho ilícito del patrono, previstas en el Código Civil. (*Vid.* Sentencia de la Sala de Casación Social Nro. 444 del 2 de julio de 2015).

Asimismo, corresponde hacer énfasis en que dichas pretensiones se relacionan con las responsabilidades objetivas y subjetivas del patrono, por lo que en el primer caso basta con la mera ocurrencia del accidente de trabajo o del padecimiento de la enfermedad profesional, sin que fuere relevante las condiciones en que se haya producido el mismo y en el segundo y tercero se requiere la prueba del hecho ilícito.

Adicionalmente, en cuanto al régimen de responsabilidad objetiva este órgano jurisdiccional ha señalado que aún cuando "(…) *la legislación laboral obliga al patrono a responder, con prescindencia de la culpa de éste o incluso*

del propio trabajador, por los daños que se le pudieran ocasionar a su dependiente con motivo de una enfermedad profesional, la procedencia de dicha responsabilidad queda supeditada a la relación que se derive de la patología que el trabajador alega padecer y la labor que éste desempeñaba (…)". (*Vid*. Sentencia de esta Sala Nro. 01275 del 23 de noviembre de 2016).

Por ende, constituyen elementos de procedencia de la presente acción, la existencia de un daño, así como la relación entre éste y la enfermedad profesional que alega padecer la accionante, por lo que esta Sala, a fin de verificar la existencia de tales elementos, precisa lo siguiente:

Del daño.

En cuanto a la existencia del daño, corresponde analizar el material probatorio aportado por la actora a los fines de constatar si el accidente de autos constituye uno de índole laboral.

Al respecto, cursan a los autos entre otros, los siguientes documentos:

1.- Al folio Nro. 33 de la pieza 1 del expediente judicial, Certificación Nro. 0121-07 de fecha 30 de agosto de 2007, expedida por el Médico Especialista en Salud Ocupacional del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), Dirección Estadal de Salud de los Trabajadores Aragua, Guárico y Apure, en el cual indicó lo siguiente:

> "*A la consulta de Medicina Ocupacional de la Dirección Estadal de Salud de los Trabajadores Diresat Aragua, Guárico y Apure del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales Inpsasel, ha asistido la ciudadana María Elena Matos Rodríguez, titular de la cédula de identidad N° V- 7.198.422* (…) *a los fines de la evaluación médica respectiva, ya que sufrió Accidente de Trabajo, prestando sus servicios para el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas, ubicada en la avenida Universidad Maracay, el Limón, Estado Aragua donde se desempeñó como Investigadora.*
> *Hecho ocurrido el día 03/02/1997, según consta en la investigación del Accidente de expediente ARA-07-2007-0993 con fecha de investigación 14/ 08/2007, investigado por el Inspector de Salud y Seguridad en el Trabajo* (…) *adscrito a Inpsasel. Los hechos se sucedieron cuando la trabajadora se encontraba laborando en el laboratorio, cuando ocurrió un derrame de organofosforados y fertilizantes en un cuarto cava que se encontraba adjunto al laboratorio, emitiendo gases y vapores en toda el área lo que ocasiona la lesión.*
> *Una vez evaluado en este Departamento Médico bajo el N° de Historia 0916-07* (…) *se determinó que la trabajadora presenta: 1.- Intoxicación por Órganofosforado, 2.- Polineuropatía Periférica Mixta Desmielinizante y Axsonopatica sensori-motora distal, 3- Psicosis Orgánica Tóxica. Con evolución tórpida progresiva originando Fascitis Plantar incapacitante, la cual trae como consecuencia que las actividades de la vida diaria (aseo personal, vestirse, caminar, mantenerse de pié) se encuentren comprometidas.*

> *Por lo anteriormente descrito y en uso de las atribuciones legales conferidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, artículo N° 18* (…) *yo* (…) *CERTIFICO que el accidente laboral ocasionó a la trabajadora una Discapacidad Absoluta y Permanente (Lopcymat 1986)*". (Sic).

2.- Al folio Nro. 34 de la misma pieza, cursa la Evaluación Nro. 1101-TN de fecha 4 de septiembre de 2007, suscrita por el Director Nacional de Rehabilitación y Presidente de la Comisión Nacional para la Evaluación de la Discapacidad del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), en la cual dispuso que la actora posee sesenta y siete por ciento (67%) de pérdida de capacidad para el trabajo motivado a "*Intoxicación por órganos fosforados. Polineuropatía Periférica Mixta Desmielinizante y axonopatico Sensorio Motora Distal. Psicosis Orgánica Tóxica. Nota: Accidente Laboral según (INPSASEL) Certificación N° 00121-07 de fecha 30/08/07*". (Sic).

3.- Corre inserto a los folios 35 al 37 del expediente judicial Informe Nro. 0432-09 de fecha 10 de diciembre de 2009, suscrito por la Médico de la Dirección Regional de Salud Aragua del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), en la cual certificó lo siguiente:

> "(…) *una vez realizada evaluación integral que incluye los 5 criterios: 1. Higiénico-Ocupacional, 2. Epidemiológico, 3. Legal, 4. Paraclínico y 5. Clínico, a través de la investigación realizada por funcionarios adscritos a* [esa] *Institución* (…) *pudo constatarse una antigüedad de 10 años y 05 meses, con una fecha de ingreso del 15-10-1988 y una fecha de egreso 15-03-1999, las tareas predominantes le exigían mantenerse dentro de las áreas del Laboratorio de Biotecnología donde se mantuvo expuesta al Organofosforado (Malathion) debido a que el cuarto cava de almacenamiento del producto se encontraba adyacente al puesto de trabajo, con ocurrencia de derrame del producto organofosforado en fecha 03-02-1997 el cual se dispersó por el laboratorio presentando el personal que laboraba en esta área signos y síntomas de intoxicación por organofosforados. En la institución se realizó visita de inspección por parte del Servicio de Ingeniería Sanitaria de la Dirección de Saneamiento Ambiental Corposalud – Aragua a un depósito de plaguicidas ubicado en uno de los laboratorios de las instalaciones del Fondo Nacional de Investigaciones Agropecuarias (FONAIAP) ahora INIA emitiéndose las recomendaciones pertinentes y toma de muestras en las cuales se detectó la presencia de Malathion, evidenciándose oficios de fecha 24-03-1997, octubre 1997, 09-01-1998, por la no realización de los correctivos recomendados así como la inexistencia de sistemas de extracción de productos tóxicos al momento de la manipulación de los mismos, trasladándose el Juzgado Primero de los Municipios Girardot y Mario Briceño Iragorry de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua el 09-02-2003 al Laboratorio de Biotecnología del INIA con la finalidad de practicar inspección ocular donde se dejó constancia de un cuarto cerrado con puerta metálica cuya parte superior es de vidrio el cual se encontraba roto y desplazado lo que permitía el*

intercambio entre el ambiente externo e interno; así mismo se observó en dicha inspección gran cantidad de bolsas acumuladas en las cuales reposaban recipientes plásticos contentivos de una sustancia blanda, asimismo se dejó constancia de la percepción en el aire de fuerte olor a sustancias químicas que produjo inmediatamente escozor a nivel de mucosas elementos condicionantes para ocasionar cuadros por intoxicación por Organofosforado. La institución no consignó registros de morbilidad general y específica, así como evaluación o estudios de los puestos de trabajo, no consignó historia médica de la trabajadora. Clínicamente comienza a presentar parestesias en miembros superiores e inferiores, disminución de la fuerza muscular, poliartralgias en pequeñas articulaciones, desordenes del sueño, agotamiento, crisis hipertensivas en 1998 a los 9 años de exposición, fue evaluada por médico especialista en Toxicología quien le diagnostica por evaluación clínica y paraclínica Secuelas Orgánicas por exposición a insecticida del grupo Órganofosforado, es evaluada por Médico Especialista en Psiquiatría quien diagnostica Episodio Depresivo Mayor moderado ameritando tratamiento médico, rehabilitación física y períodos prolongados de reposo. Al ser evaluada en [ese] *Departamento médico se le asigna el N° de Historia 0916-07 y se determina al examen físico consciente, orientada en tres planos, dolor a la digitopresión en región lumbar.*

La patología descrita constituye un estado patológico secuelar con ocasión del trabajo en el que el trabajador se encontraba obligado a trabajar, tal y como lo establece el artículo 71 de la LOPCYMAT.

Por lo anteriormente expuesto y en uso de las atribuciones legales, basados en el cumplimiento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 89, el artículo 76 y el artículo 18 numeral 15 de la LOPCYMAT, (…) *CERTIFICO que se trata de TRASTORNO NEUROLÓGICO PERIFÉRICO COMO SECUELA DE INTOXICACIÓN CRÓNICA POR ORGANOFOSFORADO DE ORIGEN OCUPACIONAL que le ocasiona al Trabajador una DISCAPACIDAD TOTAL PERMANENTE PARA EL TRABAJO HABITUAL. Fin del informe*". (Sic).

Los mencionados instrumentos deben ser considerados como "*documentos administrativos*", los cuales al emanar de un órgano de la Administración Pública, gozan de una presunción de veracidad, legitimidad y autenticidad, salvo prueba en contrario, motivo por el cual al no haber sido impugnado, tachado u objetado de alguna otra forma, se le otorga pleno valor probatorio. (*Vid*. Sentencia de esta Máxima Instancia Nro. 00876 del 1° de agosto de 2017).

Dichas pruebas en conjunto permiten concluir a esta Sala -contrario a lo aducido por la representación judicial de la demandada en la Audiencia Preliminar- que el 3 de febrero de 1997 la ciudadana María Elena Matos, ciertamente, **sufrió un accidente de trabajo** constituido por el derrame del producto organofosforado malathión, mientras ejercía labores de Investigadora en el laboratorio del actual Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), lo que le ocasionó "*1.- Intoxicación por Órganofosforado, 2.-*

Polineuropatía Periférica Mixta Desmielinizante y Axsonopatica sensori-motora distal, 3- Psicosis Orgánica Tóxica. Con evolución tórpida progresiva originando Fascitis Plantar incapacitante, la cual trae como consecuencia que las actividades de la vida diaria (aseo personal, vestirse, caminar, mantenerse de pié) se encuentren comprometidas" y que en la actualidad **presenta secuelas del mismo**, lo que llevó a que se le certificará con "*trastorno neurológico periférico* [producto de] *intoxicación crónica por organofosforado de origen ocupacional que le ocasiona al trabajador* (sic) *una discapacidad total permanente para el trabajo habitual*". (Agregados de la Sala).

Así pues, no existen dudas que el infortunio suscitado el 3 de febrero de 1997 en el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), produjo un daño al estado de salud de la demandante. **Así se decide.**

-Relación de causalidad existente entre el daño y la enfermedad profesional.

Evidenciado lo anterior, corresponde verificar la vinculación del referido daño con el padecimiento de la actora.

Al respecto, ha quedado plenamente demostrado conforme a los documentos analizados previamente que los padecimientos físicos y mentales "*trastorno neurológico periférico*" de la accionante tienen por causa la exposición al producto químico "*organofosforado (Malathión)*" en el Laboratorio de Biotecnología, lugar en el cual prestaba sus servicios, así como que las secuelas de su estado patológico son "*con ocasión del trabajo*" al que "*se encontraba obligada*", todo lo cual se traduce en haber prestado servicio en un medio ambiente de trabajo que no brindaba las condiciones de higiene y salubridad requeridas.

Verificados como han sido los elementos de procedencia de este régimen especial de responsabilidad, se considera que el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A), sí es responsable por los daños causados a la accionante del presente asunto. **Así se determina.**

De las indemnizaciones reclamadas:

Efectuados los razonamientos precedentes, corresponde realizar el análisis respecto a la procedencia de los montos a ser pagados por el ente accionado, conforme a cada una de las pretensiones de la demandante, relacionadas con: ***i)*** "*la sanción pecuniaria, prevista en el ordinal 2do, del artículo 130 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*"; ***ii)*** "*el lucro cesante previsto en el artículo 1.273 del Código Civil*»; ***iii)*** "*la indemnización a que haya lugar por el daño moral y perjuicio material, que está sufriendo, proveniente del accidente laboral sufrido*"; ***iv)*** "*la pensión establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*"; ***v)*** "*el pago del beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores,*

tomando en consideración el CINCUENTA (50%) POR CIENTO del valor de la Unidad Tributaria vigente para el momento de efectuarse los pagos"; y ***vi)*** "*la indemnización derivada del artículo 571 de la Ley Orgánica del Trabajo*", lo cual se pasa a resolver de la siguiente manera:

a) De las indemnizaciones conforme a la Ley Orgánica del Trabajo:

La ciudadana María Elena Matos solicitó "*la indemnización derivada del artículo 571 de la Ley Orgánica del Trabajo*", aplicable *ratione temporis,* el cual establecía:

> "***Artículo 571.*** *En caso de accidente o enfermedad profesional que produzca incapacidad absoluta y permanente para el trabajo, la víctima tendrá derecho a una indemnización equivalente al salario de dos (2) años. Esta indemnización no excederá de la cantidad equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos, sea cual fuere la cuantía del salario*".

Conforme a la norma antes transcrita, en casos donde por un accidente o enfermedad de índole laboral el trabajador presente una discapacidad absoluta y permanente para el trabajo, la víctima deberá ser indemnizada por el equivalente de dos (2) años de salario, lo cual en modo alguno podrá exceder el monto equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos.

En el caso concreto, riela al folio 325 de la segunda pieza del expediente judicial, planilla relacionada con el estado de cuenta individual de la ciudadana María Elena Matos, emanada del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), de la cual se deriva que la demandante se encontraba inscrita ante ese organismo y cotizó las semanas correspondientes al tiempo en el que prestó servicios al Instituto demandado, esto es, desde el 15 de octubre de 1988, hasta el 15 de marzo de 1999 cuando egresó, fechas que concuerdan con las descritas en la constancia de trabajo que corre inserta al folio 78 del legajo del expediente identificado como "*pieza anexo*".

En consecuencia, es al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) a quien corresponde el pago de dicha indemnización, ya que el empleador se subroga en el Sistema de Seguridad Social y sólo le correspondería pagarla subsidiariamente, en caso de que el trabajador no hubiese estado debidamente inscrito en el Seguro Social, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Ley del Seguro Social, supuesto que no se configura en la presente causa, por tanto, resulta improcedente condenar a la demandada por dicho concepto. (*Vid.* Sentencia de la Sala de Casación Social Nro. 0984 del 21 de septiembre de 2010). **Así se decide.**

b) De los conceptos previstos en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo:

Al respecto, se demanda "*la sanción pecuniaria, prevista en el ordinal 2do, del artículo 130*" y "*la pensión establecida en el artículo 82*"; no obstante, se evidenció que la actora fundamenta su solicitud en la Ley publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.236 del 26 de julio de 2005 y no en la vigente para el momento en que se suscitó el infortunio laboral de autos; sin embargo, por aplicación del principio *iura novit curia* corresponde analizar la procedencia de lo solicitado a la luz de las normas aplicables para el momento de la ocurrencia de dicho accidente.

Así, luce pertinente señalar que la indemnización peticionada conforme al mencionado artículo 130 encuentra su equivalente en el numeral 1° del Parágrafo Segundo del precepto legal contenido en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 3.850 del 18 de julio de 1986, aplicable en razón del tiempo, mientras que la pensión solicitada no se encontraba reconocida en ninguna de las normas correspondientes a esa ley, por lo que resulta improcedente ésta última petición, ya que lo contrario violentaría el principio de irretroactividad de la ley contemplado en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Así se decide.**

En ese mismo sentido, se evidencia que el referido artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986 es del siguiente tenor:

> "***Artículo 33. Cuando el empleador a sabiendas que los trabajadores corren peligro en el desempeño de sus labores*** *y se ocasionase la muerte por no cumplir con las disposiciones ordenadas en la presente Ley, serán castigados con pena de prisión de 7 a 8 años.*
> *Cuando el empleador actuando en las mismas circunstancias haya ocasionado:*
> *1. La incapacidad absoluta y permanente del trabajador, la pena será de 6 años de prisión.*
> *2. La incapacidad absoluta y temporal, la pena será de 5 años de prisión.*
> *3. La incapacidad parcial y permanente, la pena será de 4 años de prisión.*
> *4. La incapacidad parcial y temporal, la pena será de 2 años de prisión.*
> (…omissis…)
> *Parágrafo Segundo:* ***Igualmente el empleador queda obligado, dadas las situaciones de hecho contempladas en este artículo y en el 31 de la presente Ley, a lo siguiente:***
> ***1. En caso de incapacidad absoluta y permanente para el trabajo, pagará al trabajador una indemnización equivalente, al salario de 5 años contados por días continuos;***
> (…omissis…)".

De acuerdo con la norma citada, los elementos determinantes para la procedencia de las distintas indemnizaciones allí previstas es que el accidente de trabajo o enfermedad profesional, según sea el caso, ocurra a causa del incumplimiento del patrono de las disposiciones previstas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, o por haber prestado el servicio en condiciones inseguras y como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte o incapacidad al trabajador. (*Vid.* Sentencia de la Sala de Casación Social Nro. 1257 del 9 de noviembre de 2010).

Por tanto, corresponde analizar si el infortunio laboral sufrido por la demandante tiene como antecedente el incumplimiento de parte del empleador respecto a las normas de prevención y si tenía conocimiento que la actora corría peligro en el desempeño de sus labores y no corrigió las situaciones riesgosas.

A tal efecto, la demandante consignó Oficio Nro. 000099 del 27 de enero de 1997 suscrito por el Jefe del Departamento de Biotecnología del Centro Nacional de Investigaciones Agropecuarias (CENIAP), dirigido al Dr. Claudio Chicco en su carácter de Presidente de éste último, el cual corre inserto al folio 13 de la pieza Nro. 1 del expediente judicial, en el que se expuso:

> "*Por medio del presente me dirijo a usted a fin de plantear nuevamente la necesidad de reubicar los materiales que el personal del Departamento de Sistemas de Producción de Cultivos Regionales, mantiene en una de las cavas del Departamento de Biotecnología. Como es de su conocimiento, esta situación no ha podido solucionarse en los últimos diez años, cuando reiteradamente se ha solicitado la reubicación del depósito. En la actualidad, la adecuación de esa área como laboratorio de Biología Molecular para el Departamento de Biotecnología es primordial, debido a la llegada de nuevos equipos, al alquiler de parte de las instalaciones a la Empresa Probitec, y a la necesidad de realizar las experiencias de Biología Molecular en ambientes completamente independientes, tal y como lo sugieren las metodologías.*
> *Se sugirió la reubicación de estos materiales, los cuales por demás son tóxicos, hacia una caseta ubicada en la parte noreste del umbráculo de Biotecnología, la cual podrá adecuarse a los requerimientos hechos por el personal del Dpto. S.P.C.R., con reparaciones y/o modificaciones* (…). *Se espera que la Dirección del CENIAP provea los fondos para realizar las reparaciones a la brevedad posible, dado el apremio de utilizar la mencionada área en actividades de investigación.*
> *Sin más que agregar al particular, esperando contar con el apoyo de la Dirección del CENIAP para una pronta solución de la presente situación* (…)".

Igualmente, corre inserto a los folios 131 al 134 informe de "*revisión de la gestión de seguridad y salud en el trabajo del Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.)*" del 2 de noviembre de 2009 emanado de la Dirección Regional de Salud Aragua del Instituto Nacional de Prevención,

Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL) y suscrito por el Analista de Personal de la accionada, en el cual se señaló lo siguiente:

> "*CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS:*
> *La trabajadora María Elena Matos, supra identificada, tuvo un tiempo de permanencia de once (11) años en puestos de trabajo dentro del Laboratorio de Biotecnología donde en fecha 03 de febrero de 1997 tuvo un accidente laboral, con exposición a Insecticida del grupo Órgano-fosforado, que condujo intoxicación en la trabajadora;* (…)*; la trabajadora mantuvo, durante dos (2) años, (1997 a 1999) posterior a la intoxicación, exposición debido a que continuó laborando en el referido Laboratorio de Biotecnología, donde se mantenía adyacente al mismo el cuarto-cava que servía de depósito de los productos y sustancias químicas de Fumigación, aunado a la exposición de las sustancias químicas y reactivos en la realización de los ensayos y cultivos propios del trabajo rutinario del Laboratorio de biotecnología referido; por lo que mantuvo la toxicidad orgánica ya considerada como toxicidad crónica, de acuerdo a los informes médicos. La trabajadora María Elena Matos mantuvo exposición ocupacional a reactivos químicos tales como:*
> *Auxinas: ácido indol acético, ácido indol Butírico, ácido Naftalén acético, ácido 2,4- dicloro fenoxiacético;*
> *Cytocininas: Bencil amino purina, Kinelina. Ziatina.2ip*
> *Giberelinas. Fuentes de Carbono. Vitaminas. Aminoácidos.*
> *Y otras sustancias químicas como: Poliacrilamida, Etil Metano Sulfonato (E.M.S.). 2- Mercaptoetanol, Polietilenglicol. P.V,P-40. Tris HCI. Fenazina metosulfato (PMS). Archilamida. Temec. Bromuro de etidio. Entre otras.*
> *Estos últimos considerados como sustancias peligrosas a la exposición ocupacional de los humanos. Dicha exposición se cuantifica desde 1988 hasta 1999.*
> ***Se deja constancia por medio del presente INFORME que el Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (INIA)*** (…) ***queda en conocimiento del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; El Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Las Normas Venezolanas COVENIN*** (…) *y los plazos perentorios fijados para subsanarlos; igualmente se notifica que vencidos estos plazos deberá notificar por escrito a la Diresat Aragua sobre las medidas adoptadas, a los fines de que se realice la verificación in situ del cumplimiento de los ordenamientos establecidos, so pena de la iniciación del procedimiento sancionatorio a que se refieren los artículos 123 y 133 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*". (Destacado de esta Sala).

Los mencionados documentos, al igual que los analizados precedentemente, entran dentro de la categoría de documentos administrativos, cuyos contenidos se tienen como fidedignos y se les reconoce su valor probatorio, al no haber sido impugnados y no haberse demostrado su falsedad, conforme a lo contemplado en el artículo 1.363 del Código Civil.

De los mismos se extrae que las autoridades del entonces Centro Nacional de Investigaciones Agropecuarias (CENIAP), hoy día Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), tenían conocimiento desde diez (10) años antes del accidente, sobre la necesidad de reubicar los materiales químicos depositados en un cuarto cava adyacente al Laboratorio de Biotecnología donde prestó servicios la demandante y que a la postre produjeron el fatídico hecho que causó la enfermedad ocupacional que hoy sufre. Igualmente, se destaca en el Informe citado que la accionante estuvo expuesta a las sustancias químicas allí mencionadas desde su ingreso a la Institución y durante dos (2) años posteriores a la ocurrencia del accidente, lo cual ocasionó que la demandada incurriera en el «*incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; El Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Las Normas Venezolanas COVENIN*» relativas a la higiene y seguridad en el empleo, entre otras.

De tal manera que, demostrado como fue que la ocurrencia del accidente profesional y con éste la discapacidad total y permanente para el trabajo habitual de la demandante devino de la conducta omisiva y culposa de su patrono al no haber trasladado o reubicado oportunamente los referidos materiales químicos, aunado a que no consta el cumplimiento de las obligaciones relativas a la materia, en criterio de esta Sala resulta procedente la indemnización contemplada en el numeral 1° del Parágrafo Segundo del artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986; en consecuencia, se condena al Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), pagar a la ciudadana María Elena Matos Rodríguez, el monto equivalente al salario de 5 años contados por días continuos, en base al último salario por ella devengado; para ello se ordena practicar experticia complementaria del fallo de acuerdo a lo estatuido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. **Así se decide.**

c) De las indemnizaciones derivadas del hecho ilícito del patrono, previstas en el Código Civil:

Se observa que la demandante solicitó el "*lucro cesante previsto en el artículo 1.273 del Código Civil*".

Al respecto, señaló que "(…) *la* (…) *esperanza de vida de la mujer venezolana actualmente es de SETENTA Y SEIS (76) años, y para el día que* [le] *certifica*[ron] *la DISCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANANTE (30-08-2007), contaba con cuarenta y seis (46) años de edad* (…)", razón por la cual requirió el pago de los «(…) *salarios que dej*[ó] *de percibir* [monto que asciende a] (…) *MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES* (sic)*, SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS BOLÍVARES FUERTES* (sic) *CON CINCUENTA CÉNTIMOS (Bs. F* (sic) *1.290.676,50)* (…).

El mencionado artículo, así como el 1.185 del Código Civil, disponen:

> "***Artículo 1.185**: El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo*".
> "***Artículo 1.273**: Los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado, salvo las modificaciones y excepciones establecidas a continuación*".

El primero de los artículos transcritos, prevé la obligación de reparar un daño causado a otro cuando se haya ocasionado con intención, negligencia o imprudencia. Por su parte, el segundo determina que los daños y perjuicios se adeudan al acreedor, por la pérdida que haya sufrido, y por la utilidad de la cual se le haya privado.

En relación con los daños materiales, debe la Sala señalar que los mismos están constituidos por perjuicios de tipo patrimonial, los cuales la doctrina divide comúnmente en daño emergente y lucro cesante. Estas categorías se encuentran referidas, en el primer caso, a la pérdida experimentada en el patrimonio del acreedor (**daño emergente**); y, en el segundo caso, a la utilidad de la cual se le hubiese privado al lesionado en su patrimonio (**lucro cesante**).

En tal sentido, el lucro cesante se configura principalmente por la privación de un aumento patrimonial, por la supresión de una ganancia esperada, por la privación de la ganancia que se hubiera obtenido de no haberse cometido el hecho dañoso; mientras que el daño emergente está constituido por la pérdida que una persona sufre por el incumplimiento de la obligación de su deudor.

En el presente caso la demandante se refiere a una reclamación por lucro cesante, situación que se encuentra definida en el artículo 1.273 del Código Civil respecto a los daños generados al accionante por la utilidad de la que se le haya privado y, según la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, comporta un daño futuro en función de ser una consecuencia necesaria de un perjuicio actual. (*Vid.* Sentencia de esta Máxima Instancia Nro. 00876 del 1° de agosto de 2017).

En materia laboral, la jurisprudencia de la Sala de Casación Social de manera reiterada ha indicado que "*para que procedan las indemnizaciones por responsabilidad subjetiva contempladas en el Código Civil, es necesario que el actor pruebe la relación de causalidad que hubo en la conducta del patrono y el daño, es decir, que el daño sea consecuencia directa de tal conducta*". (*Vid.* Sentencia de esa Sala Nro. 25 del 20 de mayo de 2015).

Igualmente, ha referido que "(…) *la procedencia de tal indemnización - la cual implica una reparación adicional a las indemnizaciones de orden material previstas en la legislación del trabajo- tiene como presupuesto que el daño causado se derive de un hecho ilícito del patrono. En efecto, el hecho ilícito como fuente de la obligación de indemnizar un daño injustamente causado, está consagrado en el artículo 1.185 del referido Código Civil, el cual exige que el daño se derive de una conducta culposa o dolosa del agente, siendo necesario establecer la existencia del daño,*

la falta del agente, y la relación causal entre el daño ocasionado y la falta". (*Vid.* Sentencia de la Sala de Casación Social Nro. 525 del 22 de julio de 2015).

Ahora bien, en el presente caso se constató que la entidad de trabajo accionada incurrió en un hecho que implica su responsabilidad civil por el accidente laboral que sufrió la demandante y en consecuencia, el ente es responsable de su discapacidad total y permanente, así como de sus secuelas; por lo que siendo una responsabilidad extracontractual derivada del hecho ilícito civil, al incurrir el patrono en la inobservancia de las normas legales de obligatorio cumplimiento, procede como consecuencia sustantiva indemnizarla, no teniendo la trabajadora posibilidad de realizar una labor igual ni semejante a la habitual, es decir, que el daño causado le impide seguir percibiendo ingresos o ganancias derivadas de la prestación de sus servicios personales, motivo por el cual, se concluye que el daño sufrido le priva de la posibilidad de seguir obteniendo un salario en proporción al cargo desempeñado, por lo que sí se configura el supuesto de hecho que acarrea la declaratoria con lugar de la indemnización por lucro cesante reclamada. **Así se declara.**

En razón de lo anterior, tomando en cuenta que la expectativa de vida útil es de 65 años, y constatándose que al momento del accidente, la actora tenía 46 años de edad, concluye esta Sala que la misma tenía una expectativa de vida útil de diecinueve (19) años (*Vid*. Sentencia de la Sala de Casación Social Nro. 0383 del 25 de abril de 2016), debiendo restarse de dicho cálculo los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, toda vez que durante tal período la ciudadana María Elena Matos, ya identificada, prestó servicios para el Instituto Nacional de Desarrollo Rural, según se desprende de la "*Planilla*" relacionada con el estado de cuenta individual de la accionante, emanada del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), que corre inserta al folio 325 del expediente judicial, lo que arroja un total de catorce (14) años de vida útil, que se traducen en 5.110 días a razón del último salario básico devengado, lo cual deberá ser pagado por el organismo demandado y para cuyo cálculo se ordena practicar una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. **Así se decide.**

d) Indemnización por concepto de daño moral:

En el petitorio de la presente demanda se solicita la indemnización por daño moral, en vista de la ocurrencia del accidente de trabajo, debidamente certificado por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), el cual produjo en la ciudadana María Elena Matos una discapacidad total permanente y le ocasionó las secuelas referidas con anterioridad.

En este sentido, la Sala de Casación Social mediante sentencia Nro. 116 de fecha 17 de mayo de 2000, estableció que una vez demostrado el accidente o

enfermedad profesional, se aplica la teoría de la responsabilidad objetiva, según la cual el pago del resarcimiento por daño moral procede con independencia de la culpa o negligencia del patrono, quien debe repararlo aunque no haya tenido culpa en la ocurrencia del infortunio de trabajo.

Ahora bien, en referencia a los elementos a tomar en consideración para la cuantificación de la indemnización por daño moral, esta Sala en decisión Nro. 388 del 22 de junio de 2017, destacó los siguientes: ***i)*** la entidad o importancia del daño, tanto físico como psíquico; ***ii)*** el grado de culpabilidad de la accionada o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño; ***iii)*** la conducta de la víctima; ***iv)*** grado de educación y cultura del reclamante; ***v)*** posición social y económica del reclamante; ***vi)*** capacidad económica de la parte accionada; ***vii)*** los posibles atenuantes a favor de la responsable; y, ***viii)*** el tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima.

En atención a lo anterior, se evidencia que en el presente caso la demandante sufrió un accidente de trabajo que le produjo: "*1.- Intoxicación por Órganofosforado, 2.- Polineuropatía Periférica Mixta Desmielinizante y Axsonopática sensori-motora distal, 3- Psicosis Orgánica Tóxica. Con evolución tórpida progresiva originando Fascitis Plantar incapacitante, la cual trae como consecuencia que las actividades de la vida diaria (aseo personal, vestirse, caminar, mantenerse de pié) se encuentren comprometidas*", por lo que padece de una **discapacidad total y permanente**, presentando como secuela un "*trastorno neurológico periférico*".

Igualmente, observa esta Sala que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.196 del Código Civil, el juez puede acordar una reparación pecuniaria a la víctima en caso de lesión corporal, sin estar obligado a tomar en cuenta el monto sugerido por la parte actora; en consecuencia, esta Sala considera ajustado a derecho otorgar a la demandante una indemnización por daño moral. **Así se dispone**.

Ahora bien, con relación al monto de la indemnización por daño moral y su base de cálculo, este Órgano Jurisdiccional con el supremo interés de materializar una tutela judicial efectiva, aprecia que mediante Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 6.370 Extraordinario, del 9 de abril de 2018, se establecieron las bases fundamentales que permiten la creación, circulación, uso e intercambio de criptoactivos, por parte de las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, residentes o no en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. En este instrumento se consagra al Petro como la Criptomoneda venezolana, creada de manera soberana por el Ejecutivo Nacional, con el firme propósito de avanzar, de forma armónica en el desarrollo económico y social de la Nación.

Así, se dispuso en el artículo 9 del mencionado Decreto Constituyente la obligación del Estado venezolano, a través de sus entes y órganos; de promover, proteger y garantizar el uso de las criptomonedas como medios de pago en las

instituciones públicas, empresas privadas, mixtas o conjuntas, dentro y fuera del territorio nacional.

En armonía con lo anterior, advierte esta Sala que la criptomoneda venezolana denominada Petro, surge como un mecanismo financiero creado por el Estado para hacer frente a los ataques perpetrados contra la economía nacional, cuyos efectos repercuten directamente "(…) *sobre las estructuras de costos de los diferentes bienes y servicios, lo que provoca una permanente inestabilidad y ascenso de precios, que ha inducido a un proceso de hiperinflación*".

Es por ello, que el Petro tiene como fin fortalecer el signo monetario nacional, y tal como lo señala el artículo 4 del Decreto Presidencial Nro. 3.196, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 6.146 Extraordinario, de fecha 8 de diciembre de 2017, se encuentra respaldado por "*un contrato de compra-venta por un (01) barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano o cualquier commodities que decida la Nación*", lo que garantiza su inmunidad frente a las acciones de desestabilización financiera que pudieran surgir contra la economía nacional.

En razón de las consideraciones antes expuestas, esta Sala a fin de proteger el valor del monto otorgado como indemnización por daño moral, toma como base de cálculo el valor de la criptomoneda venezolana Petro; y en consecuencia, se condena al pago de la cantidad en Bolívares (Bs.) equivalente a **Doscientos Sesenta y Seis Petros** (**266 PTR**), calculada según el valor del Petro para el momento del efectivo pago. **Así se decide**.

e) Del beneficio de alimentación:

La demandante solicitó "*el pago del beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, tomando en consideración el CINCUENTA (50%) POR CIENTO del valor de la Unidad Tributaria vigente para el momento de efectuarse los pagos* [y] *a partir de la certificación de la DISCAPACIDAD ABSOLUTA PERMANENTE, hasta cumplir setenta y tres (73) años que es la esperanza de vida de la mujer venezolana*". (Agregado de la Sala).

A los fines de proveer sobre lo solicitado se considera pertinente recalcar que la demandante laboró para la accionada hasta el 15 de marzo de 1999 conforme a la constancia de trabajo que corre inserta al folio 78 del legajo del expediente identificado como "*pieza anexo*" y reclama el pago de dicho concepto desde el 30 de agosto de 2007, oportunidad en la cual le fue certificada su discapacidad.

Por ello, debe traerse a colación que en el caso en concreto, resulta aplicable en principio, la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 36.538 del 15 de septiembre de 1998 y la Ley de Alimentación para los Trabajadores, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.094 del

27 de diciembre de 2004, cuyo artículo 5, Parágrafo Primero, en ambos cuerpos normativos, disponían:

> "*Artículo 5*. (…)
> *Parágrafo Primero: En caso que el empleador otorgue el beneficio previsto en esta Ley, a través de la entrega de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, suministrará un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta electrónica, por cada jornada de trabajo, cuyo valor no podrá ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T.) ni superior a cero coma cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T.)*".

De acuerdo con la disposición citada, el beneficio se pagaba por cada jornada de trabajo, cuyo valor no podía ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T.) ni superior a cero coma cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T.).

Sobre el modo de pago del beneficio de alimentación, la jurisprudencia estableció que el pago se efectuaba por **días efectivamente laborados**, calculados a razón del cero coma veinticinco (0,25) del valor de la unidad tributaria vigente para el momento en el cual nació el derecho a percibir el beneficio, es decir, la unidad tributaria vigente para cada período reclamado, mediante cupones o tickets. (*Vid.* entre otras, sentencia de la Sala de Casación Social Nro. 450 del 21 de mayo de 2012).

Adicionalmente, importa destacar que con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 39.666 del 4 de mayo de 2011, en el caso que la jornada de trabajo no sea cumplida por el trabajador o trabajadora por causas imputables a la voluntad del patrono o patrona, o por una situación de riesgo, emergencia, catástrofe o calamidad pública derivada de hechos de la naturaleza que afecten directa y personalmente al trabajador o trabajadora, pero no al patrono o patrona, impidiéndole cumplir con la prestación del servicio, así como en los supuestos de vacaciones, incapacidad por enfermedad o accidente que no exceda de doce (12) meses, descanso pre y post natal y permiso o licencia de paternidad, no serán motivo para la suspensión del otorgamiento del beneficio de alimentación.

Bajo el contexto normativo que antecede, dado que la actora reclama el pago del beneficio analizado desde el 30 de agosto de 2007, oportunidad en la cual se requería de la prestación efectiva del servicio y por cuanto es a partir de la ley del 2011 que se consagra el pago de hasta doce (12) meses de dicho beneficio en casos de incapacidad por enfermedad o accidente, no pudiendo ser aplicada esa previsión al caso concreto de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra el principio

de irretroactividad de la ley, se declara improcedente el pedimento formulado por la actora. **Así se decide.**

De la indexación

Finalmente, esta Máxima Instancia observa que en casos como el de autos la corrección monetaria o indexación es materia de orden público, pues tiene como objeto que la tardanza en el cumplimiento de una obligación no comporte una disminución en el patrimonio del acreedor, por lo que puede ser declarada de oficio por el Juez. (*Vid.* Sentencias de la Sala de Casación Social Nro. 595 de fecha 22 de marzo de 2007 y de la Sala Constitucional Nro. 438 del 28 de abril de 2009).

En consecuencia, se acuerda la procedencia del ajuste inflacionario del monto acordado como indemnización contemplada en el numeral 1 del Parágrafo Segundo del artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986, así como la del monto correspondiente al lucro cesante, desde la fecha de interposición de la demanda, esto es, desde el 21 de enero de 2010, hasta la fecha de publicación del presente fallo, tomándose en consideración la tasa pasiva anual de los seis (6) primeros bancos comerciales del país a tenor de lo dispuesto en el artículo 103 del actual Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para lo cual se ordena oficiar al Banco Central de Venezuela, para que por vía de colaboración, practique experticia complementaria del fallo. (*Vid.* Sentencia de esta Sala Nro. 00305 del 6 de abril de 2017). **Así se establece.**

No así en relación con la solicitud de indexación del monto acordado como indemnización por daño moral, toda vez que ha sido criterio de esta Sala que "(…) *las cantidades derivadas de las demandas de indemnización del daño moral no son susceptibles de indexación, ya que su estimación es realizada por el juez a su prudente arbitrio, sin necesidad de recurrir a medio probatorio alguno y con fundamento en la valoración de la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de los sufrimientos morales, de conformidad con el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.196 del Código Civil* (…)", razón por la cual no procede la corrección monetaria del monto acordado por tal concepto. **Así se establece**.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, se declara parcialmente con lugar la demanda interpuesta por la ciudadana María Elena Matos, asistida de abogado, contra el hoy Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.). **Así se decide.**

IV
DECISIÓN

Por los razonamientos expuestos, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda por indemnización de daño moral y perjuicios materiales incoada por la ciudadana **MARÍA ELENA MATOS**, contra el hoy **INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES AGRÍCOLAS (I.N.I.A.)**, en consecuencia:

1.- Se **ACUERDA** la indemnización contemplada en el numeral 1 del Parágrafo Segundo del artículo 33 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 1986, en consecuencia, se **ORDENA** al Instituto Nacional de Investigaciones Agrícolas (I.N.I.A.), pagar a la ciudadana María Elena Matos Rodríguez, el monto equivalente al salario de 5 años contados por días continuos, en base al último salario por ella devengado.

2.- PROCEDENTE la indemnización por lucro cesante, por lo que se **ORDENA** al Instituto demandado pagar a la accionante un total de catorce (14) años de vida útil, que se traducen en 5.110 días a razón del último salario básico devengado.

3.- Se **ORDENA** la realización de una experticia complementaria del fallo de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, para el cálculo de los montos correspondientes a las indemnizaciones acordadas en los puntos 1 y 2 de este dispositivo.

4.- PROCEDENTE la indexación monetaria sobre los montos de las indemnizaciones acordadas precedentemente, desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de publicación de la presente decisión, cuyo monto se calculará por experticia complementaria del fallo, para lo cual se **ORDENA** oficiar al Banco Central de Venezuela para que, por vía de colaboración, realice dicha experticia, una vez que conste en autos las resultas de la experticia complementaria ordenada en el punto 3 de este dispositivo.

5.- Se **ACUERDA** la indemnización por concepto de daño moral ocasionado a la actora, por la cantidad en Bolívares (Bs.) equivalente a **Doscientos Sesenta y Seis Petros** (**266 PTR**), calculada según el valor del Petro para el momento del pago.

6.- IMPROCEDENTE las indemnizaciones correspondientes *i)* al "*artículo 571 de la Ley Orgánica del Trabajo*"; *ii)* a la "*pensión establecida en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*"; y *iii)* al "*pago del beneficio previsto en la Ley de Alimentación para los Trabajadores*".

7.- IMPROCEDENTE la indexación sobre el monto del daño moral.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Notifíquese a la Procuraduría General de la República del contenido de la presente decisión. 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 treinta y un (31) días del mes de octubre del año dos mil dieciocho (2018). Años 208º de la Independencia y 159º de la Federación.

La Presidenta,
María Carolina Ameliach Villarroel

El Vicepresidente,
Marco Antonio Medina Salas

La Magistrada,
Bárbara Gabriela César Siero

El Magistrado - Ponente
Inocencio Figueroa Arizaleta

La Magistrada,
Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

La Secretaria,
Gloria María Bouquet Fayad

En fecha primero (01) de noviembre del año dos mil dieciocho, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el Nº 01112.

La Secretaria,
Gloria María Bouquet Fayad

RECENSIÓN

Estatuto del consumidor comentado

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro
Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina (2016)

Mariliana Rico Carrillo*

Luego de una extensa y profunda investigación, el profesor Demetrio Alejandro Chamatropulos ha publicado el libro titulado *Estatuto del consumidor comentado*, una magnífica edición en dos tomos, donde nos ofrece un exhaustivo y detallado análisis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), junto con un estudio integral de la legislación vigente en Argentina y otros ordenamientos jurídicos, complementado con las respuestas doctrinales y jurisprudenciales a los diferentes problemas que se derivan de las frecuentes violaciones a los derechos de los consumidores, situación que evidencia la necesidad de garantizar la protección de estos sujetos mediante la adecuada interpretación y aplicación de las normas reguladoras.

Con un excelente rigor metodológico, el profesor Chamatropulos realiza una valoración del mencionado texto, artículo por artículo, sin limitarse al simple análisis legal; la recopilación y sistematización de las normas de la legislación nacional e internacional aportan una interesante y amplia visión sobre la protección del consumidor en el Derecho comparado, a través de la concordancia de cada una de las disposiciones de la LDC con las leyes vigentes en Argentina y la referencia a los diversos instrumentos jurídicos de Latinoamérica y Europa, principalmente los códigos de Alemania, Italia, Francia y España, las Directivas de la Unión Europea y los convenios internacionales aplicables a esta materia. La exposición se nutre de valiosas opiniones doctrinarias, el propio aporte del autor, producto de su experiencia docente y práctica, así como de las sentencias más relevantes en relación con los temas tratados, lo cual avala el significado del derecho viviente en la interpretación de las leyes en este país.

La obra inicia con las correspondientes aclaraciones metodológicas y un capítulo introductorio que incluye un resumen del panorama histórico y de los fundamentos básicos de la tutela de los consumidores. En el marco de esta

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Católica del Táchira (Venezuela). Doctora en Derecho y Profesora Visitante de la Universidad Carlos III de Madrid.

evolución histórica resaltan las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su reciente revisión de 2015), como un conjunto de principios que establecen las características que deben tener estas leyes y las instituciones encargadas de aplicarlas. En esta última revisión se ponen de manifiesto los notables avances tecnológicos y la necesidad de protección de quienes participan en las operaciones electrónicas y de los usuarios de los productos financieros, supuestos contemplados en la LDC argentina. El capítulo finaliza con un apartado sobre el Digesto Jurídico Argentino, una importante consolidación normativa de las leyes nacionales generales vigentes, donde la LDC es identificada como la ley F-1884.

A continuación se adentra en la laboriosa tarea de examinar y comentar el contenido de la LDC. A efectos de facilitar su lectura y comprensión, opta por seguir la estructura de la ley, aunque nos advierte que desde su punto de vista este orden no es el mejor para una interpretación correcta de la norma. El cuerpo legal se compone de tres títulos, integrados a su vez por distintos capítulos destinados a cubrir los diferentes aspectos normativos. La mayoría de las disposiciones incluidas el Título I, denominado «Normas de protección y defensa de los consumidores» se analizan en el primer tomo y se refieren básicamente a la relación de consumo y sus consecuencias, comenzando desde la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, pasando por la regulación de las condiciones generales de los contratos, la publicidad, el tratamiento de las ventas especiales, la prestación de servicios y otras materias relacionadas con el vínculo jurídico entre los consumidores y los proveedores, hasta llegar a las normas que rigen el incumplimiento y la responsabilidad por daños.

El primer capítulo se centra en la relación de consumo y sus elementos subjetivos, el autor se dedica en gran parte de esta sección a un profundo y sistemático examen de las figuras del consumidor y el proveedor, sus derechos y su régimen obligacional. En cuanto al consumidor, nos informa la presencia de un doble concepto en la LDC y en el Código Civil y Comercial de la Nación, texto al que remite en reiteradas ocasiones a lo largo de toda la obra, debido a su importancia regulatoria e interpretativa en el Derecho de los consumidores. En el análisis conceptual, desglosa los componentes esenciales, las peculiaridades y el alcance de esta definición. Al incluir tanto a las personas físicas como a las jurídicas, alude a las empresas como posibles consumidoras. Entre el amplio espectro de sujetos que pueden ostentar la condición consumidor menciona a los inversores, los asegurados y a los usuarios de las redes sociales y de los buscadores en Internet. En el apartado final encontramos una interesante comparación respecto al alcance de la noción del consumidor en los diversos sistemas jurídicos.

En lo que respecta al proveedor, destaca el análisis de los pequeños comerciantes y los casos en que el Estado y las personas públicas pueden ser

determinados responsables de las obligaciones debidas a los consumidores junto con la explicación de las actividades enunciadas en el artículo 2 de la LDC, referidas al sector de consumo, así como la posición que asumen las entidades sin fines de lucro como proveedoras. En esta parte trata minuciosamente las situación de las profesiones liberales, excluidas expresamente del ámbito de aplicación de la ley, uno de los temas más polémicos de la LDC -en palabras del Prof. Chamatropulos- quien aporta una visión sobre los argumentos a favor y en contra de esta exclusión, que a su vez complementa con la correspondiente reseña al Derecho comparado. Otra categoría importante es la figura de los proveedores de servicios bursátiles, que deben someterse a esta legislación ante la consideración de ciertos inversores como consumidores. Seguidamente nos encontramos con la denominada relación de consumo, definida en forma general como un vínculo jurídico que genera derechos y obligaciones para las partes, cuya redacción es elogiada por la extensión del término empleado, que cubre las diversas situaciones fácticas que pueden presentarse en la práctica, lo que implica que esta relación no solo se reduce a un contrato, que es objeto de estudio separado en esta misma sección, principalmente en sus requisitos formales y reglas de interpretación. Luego se detiene en la protección de los consumidores en el Derecho internacional privado, advirtiendo que cada vez es más frecuente la presencia de dos o más jurisdicciones competentes para conocer estos litigios, gracias al incremento de las operaciones y la contratación en Internet y nos recuerda que aun cuando en la contratación internacional se permite la elección de la jurisdicción por medio de una cláusula contractual, siempre debe tenerse presente que los contratos de consumo tienen sus propias reglas y la mayoría de los tratados internacionales en la materia remiten a la aplicación del foro del domicilio o residencia habitual del consumidor.

Los temas específicos que surgen de la relación de consumo se abordan en el capítulo siguiente, comenzando con el deber de información al consumidor, la protección de su salud y la prevención en el uso de productos riesgosos. El Prof. Chamatropulos se enfoca en el contenido y la forma en que debe suministrarse la información según el modo de celebración del contrato o los medios utilizados y el momento en que se debe informar (información previa y posterior al contrato). Seguidamente señala la relevancia del deber de seguridad, que es suficientemente ilustrado con la casuística jurisprudencial que refleja la postura de los tribunales argentinos acerca de esta materia en reclamos de diversa índole.

El contrato de venta es objeto de regulación general en el capítulo III, básicamente en cuanto a las condiciones de la oferta, sus requisitos, modalidades y tiempo de duración, donde destacan las ofertas al público en general y las ofertas realizadas por medios electrónicos. En este apartado se analiza el efecto vinculante de la publicidad, los tipos de publicidad prohibida y las prácticas abusivas, especialmente el ofrecimiento de premios, el marketing agresivo en

los sistemas turísticos de tiempo compartido, la publicidad a través de correos electrónicos no solicitados, la sobreventa de pasajes, entre otras prácticas que cada día son mas comunes en el mercado en detrimento de los derechos de los consumidores. Este capítulo concluye con la información que debe contener el documento de venta, los casos de incumplimiento, la extinción y los modos de rescisión del contrato.

Los deberes de garantía y servicio técnico, la normativa sobre las modalidades de prestación de servicios y la tutela de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios se ubican en los capítulos IV, V y VI. El deber de garantía es desarrollado teniendo en cuenta su contenido y los sujetos responsables de la obligación, los vicios o defectos que pueden garantizarse, precisando lo que debe entenderse por un servicio técnico adecuado, la extensión de la garantía y la responsabilidad solidaria de los participantes en la cadena de producción y distribución, además de todo lo relacionado con la emisión de los certificados de garantía y las diversas opciones a disposición del consumidor para hacer valer su garantía. Respecto a los servicios públicos domiciliarios, se enfoca en la aplicación de la legislación y las normas procesales que permiten la celebración de audiencias públicas en las reclamaciones relacionadas con la prestación de estos servicios, donde expone un conocido caso de la jurisprudencia argentina que tuvo su origen precisamente en la vulneración del derecho a la participación de los usuarios en tal audiencia, considerado entre los de mayor repercusión social en este país.

Las ventas especiales, como la venta domiciliaria, por correspondencia y a crédito se estudian en los capítulos VII y VIII. En esta oportunidad se refiere a las formalidades de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, las singularidades del deber de información en los contratos celebrados a distancia (contratos electrónicos de consumo) y la forma y lugar de cumplimiento, con especial mención a los contratos celebrados a través de Internet y a la regulación del Mercosur sobre estos contratos y otras relaciones de consumo online. El capítulo relativo a las operaciones de ventas a crédito contiene las previsiones para el otorgamiento de crédito a los consumidores por parte de las instituciones financieras (los denominados contratos bancarios de consumo). La regulación de estas modalidades es acorde con los principios de las Directrices de la ONU de 2015, que incentivan la aplicación efectiva de las normas de protección del consumidor tanto en el ámbito del comercio electrónico como en la prestación de servicios financieros. Este segmento también alude a la práctica comercial abusiva derivada del uso de pagarés firmados por los consumidores beneficiarios de créditos para la adquisición de bienes o servicios pagaderos en cuotas, a la cual la jurisprudencia argentina tuvo que poner un límite. Finalmente explica el problema del sobreendeudamiento del consumidor, mencionado igualmente en las Directrices de la ONU.

El segundo tomo se inicia con las cláusulas abusivas, sus consecuencias en los contratos con los consumidores y las distintas técnicas utilizadas en su regulación. La presencia de este tipo de cláusulas se ilustra con ejemplos en diferentes áreas y servicios, donde nuevamente destacan los contratos financieros y los contratos electrónicos, en particular los contratos de adhesión publicados en sitios web. A continuación, trata la responsabilidad por daños, los tipos de daños a resarcir y los legitimados activos y pasivos de la acción. Seguidamente se ocupa de toda la parte correspondiente al Título II de la LDC, que regula la autoridad nacional encargada de la aplicación de la ley (la Secretaria de Comercio Interior) y otros organismos nacionales, provinciales y municipales, así como la actuación de las autoridades en materias específicas. Luego continúa con el tema procedimental y el rol y la regulación de las asociaciones de consumidores. Sobre el procedimiento incorporado en la ley, subraya la celeridad, los acuerdos de conciliación ante el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), el uso de comunicaciones comerciales y la posibilidad de una conciliación telefónica o a través de Internet, a lo cual le sigue una detallada explicación del procedimiento, incluyendo las sanciones, los recursos y las normas relativas al derecho penal de consumo. Las diferentes acciones (individuales y colectivas) son analizadas en el capítulo XIII, donde se ofrece un panorama de la jurisprudencia sobre daños punitivos en Argentina, junto con algunos datos de interés práctico.

La solución de controversias es abordada en el capítulo XV. En relación con este punto, hemos de precisar que durante últimos años los organismos internacionales se han pronunciado respecto a la trascendencia del uso de los sistemas alternativos en la solución de los conflictos con los consumidores, con la finalidad de lograr una adecuada protección en este ámbito. Siguiendo esta tendencia, la LDC contiene una disposición que permite recurrir al arbitraje de consumo. Con la claridad y precisión que caracteriza toda la investigación, el profesor Chamatropulos examina esta institución, comenzando por las ventajas y desventajas del uso estos sistemas para los consumidores y su escasa aplicación práctica en países como Argentina, en contraposición con las experiencias internacionales en la materia, sobre todo en Europa. Esta parte abarca un amplio estudio del arbitraje en general y de la ley que crea el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo en Argentina, instrumento que además de regular este procedimiento, otorga el carácter de cosa juzgada al laudo arbitral. No puede dejar de señalarse la referencia a otras legislaciones donde estos medios han tenido considerable éxito en la solución de este tipo de conflictos. Antes de finalizar esta sección, el autor alude al mecanismo del "arbitraje virtual", que califica como uno de los más idóneos para resolver estas controversias.

La obra termina con el capítulo correspondiente a las disposiciones finales que versan sobre la educación y formación del consumidor, aspectos destacados en las tantas veces mencionadas Directrices de la ONU. Como bien afirma el

autor, de nada sirve establecer normas que amparen a los consumidores, si éstos no conocen sus derechos. Hace algunos años, como Profesora Visitante en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid me correspondió impartir la asignatura Derecho de los Consumidores, la experiencia con mis alumnos en su papel de consumidores me permitió comprobar, una vez más, que en muchos casos los consumidores no reclaman sus derechos simplemente porque no los conocen, o porque desconocen el procedimiento o las autoridades competentes para garantizar su efectiva tutela, situación que también he observado en algunas de mis conferencias sobre el tema en distintos foros de discusión jurídica a nivel internacional. Publicaciones como la que apretadamente se describe en estas líneas, fomentan esta educación y contribuyen a una mejor formación, conocimiento y protección de los derechos de los consumidores. La lectura del libro del Prof. Demetrio Alejandro Chamatropulos y su excelente y exhaustiva investigación, me permiten concluir que más que frente a un *Estatuto del consumidor comentado,* como se titula la obra, estamos en presencia de un verdadero Tratado de Derecho del Consumidor, cuya utilidad, no solo en el ámbito académico sino en la práctica del Derecho es de significativa importancia.

ÍNDICE ACUMULADO

RESEÑA

ARTÍCULOS

CONFERENCIAS

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

RESEÑA LEGISLATIVA

CRÓNICA JURÍDICA

SECCIÓN MONOGRÁFICA

LEGISLACIÓN

NACIONAL
INTERNACIONAL

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS
SENTENCIAS

RECENSIÓN

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA

ARTÍCULOS

AGUILAR TORRES, Jorge.
- El ejercicio de los derechos políticos de los accionistas a través de medios electrónicos en las sociedades anónimas no cotizadas en España. **10**, (2008-2009), 75-91.

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.
- El Convenio de Montreal para la Unificación de ciertas reglas para el Transporte Aéreo Internacional de 1999: el comienzo de una nueva etapa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 121-145

ALVÁREZ CABRERA, Carlos.
- Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.

ÁLVAREZ CUESTA, Henar.
- El software libre y su posible repercusión en el ámbito universitario español. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 171-181.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- Regulación económica de Internet como elemento de gobierno electrónico en Venezuela. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 117-131
- La democracia electrónica: buscando nuevos medios para la participación. **12**, (2011), 127-145
- Posibles soluciones a problemas de la audiencia de casación penal telemática. **16**, (2015), 117-141
- La audiencia telemática de extradición. Análisis del auto número 74/2016 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 49-79.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo.
- Derecho y tecnología de protección de las obras en formato electrónico. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 203-227.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.
- La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **2**, (Enero/Junio 2003), 131-150.
- La protección al consumidor en el comercio electrónico. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 53-71.
- La alternativa de la conciliación por vía electrónica en los conflictos de consumo. **14**, (2013), 37-53

ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela. **1**, (2002), 111-128.
- Los aportes en ciencia, tecnología e innovación en Venezuela. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 89-116.
- Normativa respecto de las declaraciones de impuestos nacionales por Internet en Venezuela. **11**, (2010), 97-105.
- Comercio electrónico y redes sociales: nuevo paradigma negocial. **16**, (2015), 177-191

BARZALLO, José Luis.
- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel .
- La defensa de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad en Internet. **14**, (2013), 55-98

BUITRAGO RODRÍGUEZ, Mariana
- La convocatoria electrónica como vía de notificación alternativa a las asambleas de accionistas en el Derecho venezolano. **10**, (2008-2009), 93-109
- La electronificación en las sesiones del sistema de mercado bursátil en el Derecho venezolano. **13**, (2012), 87-105
- Domicilio fiscal electrónico obligatorio para la notificación de comunicaciones o actos administrativos emanadas de la Administración Tributaria venezolana. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 153-170.

CÁRDENAS, Gilberto.
- Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 93-110.

CONTRERAS ZAMBRANO, Josué.
- Manuel. Valoración probatoria del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano. **13**, (2012), 27-46

CREMADES, Javier y SANMARTIN, Javier.
- España: La nueva Ley General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 7-16.

CUADRADO GAMARRA, Nuria.
- Los Códigos tipo en la legislación española. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 73-90.

CHACÓN GÓMEZ, Nayibe.
- La perspectiva electrónica de los títulos valores: desmaterialización del título valor, **10**, (2008-2009), 133-155.
- La transferencia tecnológica: ¿Desarrollo de una política pública en Venezuela?. **16**, (2015), 105-116
- La creación de datos personales en la Sociedad Red y su protección. **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 121-149.

CHIQUITO, Andreina.
- El cheque electrónico en la legislación venezolana. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 69-88.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara.
- Las nuevas tecnologías en la publicidad del concurso de acreedores. **11**, (2010), 107-130.
- La mediación por medios electrónicos en la Ley española de mediación de asuntos civiles y mercantiles. **13**, (2012), 133-157

DELPIAZZO, Carlos E.
- La Informática Jurídica y el Derecho de la Integración del Mercosur. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 95-111.
- Aspectos de la contratación pública electrónica. **11**, (2010), 11-31

DI FABIO L., Cristhian G.
- La suscripción del Contrato *Clickwrap* a través de la Banca Online, en América y especialmente en Venezuela. **4** Ed. Digital / **19**, (2019), 41-62

FERNÁNDEZ CABRERA, Sacha Rohán
- Privacidad de los correos electrónicos en el trabajo. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 9-48.

FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio.
- Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 11-25.
- La *Cloud Computing*. Una visión Argentina. **16**, (2015), 47-64.

GALINDO, Fernando.
- Democracia electrónica, Internet y gobernanza, **12**, (2011), 109-125

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando y GARCÍA PÉREZ, Rafael.
- La tensión entre las restricciones a la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información y los derechos fundamentales y libertades públicas. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 151-165.

GARCÍA MANDALONIZ, Marta y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa.
- "La inquebrantabilidad del principio de la unicidad en la junta general electrónica". **8**, (Enero/Diciembre 2006), 27-47.

GARRO, Alejandro M., PERALES VISCASILLAS, Pilar y PÉREZ PEREIRA, María.
- Comunicaciones Electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC), **5**, (Julio/Diciembre 2004), 17-40

GÓMEZ CORDOBA, Ana Isabel y Nelson REMOLINA ANGARITA.
- Los sistemas de identificación biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales. **12**, (2011), 69-108

GRAHAM., James A.
- *La Uniform Dispute Resolution Policy*: Una tentativa de calificación. **2**, (Enero/Junio 2003), 151-159.

GUISADO MORENO, Ángela.
- La unificación del Derecho contractual europeo en la Era de la Información: movimientos e instrumentos unificadores. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 133-158.

HERNÁNDEZ, Juan Carlos.
- La protección de datos personales en internet y los derechos fundamentales: El Habeas Data. **13**, (2012), 61-85

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.
- La Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores y la dogmática contractual electrónica. **9**, Enero/Diciembre 2007), 11-26.

INOSTROZA SÁEZ, Mauricio
- El convenio arbitral electrónico en la Ley de arbitraje española y los textos de Derecho uniforme. **12**, (2011), 53-67

IRIARTE AHON, Erick.
- Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. **2**, (Enero/Junio 2003), 103-129.

JELEZTCHEVA, María y RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa
- Los contratos electrónicos. **11**, (2010), 159-188.

LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-leaning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.

LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.
- El uso de la marca en Second Life. **10**, (2008-2009), 7-43
- Hacia un derecho sobre el nombre de dominio. **4** Ed. Digital / **19**, (2019), 9-40

LEÓN PARADA, Alejandra de los A.
- Valor probatorio de los mensajes de datos y firmas electrónicas en la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.**2** Ed. Digital / **17**, (2016), 81-95.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David
- La autorregulación de la publicidad relativa a apuestas y juegos virtuales: una aproximación desde la perspectiva española. **12**, (2011), 147-185
- Los deberes precontractuales de información en el ámbito de las transacciones virtuales: a propósito del principio de la buena fe. **13**, (2012), 107-131

LÓPEZ JIMÉNEZ, David y BARRIO, Fernando.
- Los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico en el espacio europeo. Los casos de Alemania, España e Italia. **11**, (2010), 33-68.

LÓPEZ ZAMORA, Paula.
- Nuevas perspectivas del derecho a la información en la Sociedad de la Información. **6-7**, (Enero/ Diciembre 2005, 11-25.

MACHTA CHENDI, Zulay.
- El servicio público en el sector eléctrico venezolano y Derecho de las Telecomunicaciones. **5**, (Julio/ Diciembre 2004), 41-80

MADRID MARTÍNEZ, Claudia
- La internacionalización del consumo: el consumidor electrónico y la realidad venezolana. **12**, (2011), 7-51

MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.

MARTÍN GONZÁLEZ, Marina.
- Régimen general de notificaciones en el proceso civil declarativo: novedades en las funciones de los procuradores en las comunicaciones electrónicas. **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 43-90.

MARTÍNEZ NADAL, Apollònia.
- Derechos de sociedades y Nuevas Tecnologías: aplicaciones presentes y futuras en el Derecho español. **10**, (2008-2009), 45-74
- Las polémicas cláusulas de paridad en la contratación turística electrónica: ¿Prohibición absoluta o aceptación de cláusulas de paridad relativa?. **16**, (2015), 65-80

MARTÍNEZ NADAL, Apollònia 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.

MARTÍNEZ NADAL, Apollònia y ROSSELLÓ RUBERT, Francisca M.
- Auge del alquiler turístico vacacional y restricciones legales en España: Un análisis desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 29-42.

MATA, Miguel Ángel.
- La protección al consumidor en la contratación a distancia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 73-94.

MATTUTAT MUÑOZ, Marjorie.
- La electronificación del procedimiento constitutivo de las sociedades mercantiles en Venezuela. **10**, (2008-2009), 111-131

MONSALVE GONZÁLEZ, Karlith.
- Valor jurídico de la firma electrónica en el sistema legal venezolano. **10**, (2008-2009), 157-177

MUNIVE CORTÉS, Erika Yamel.
- 2000 - 2015: 15 aniversario del Sistema Nacional e-México. **16**, (2015), 143-175

NAHABETIÁN BRUNET, Laura.
- Responsabilidad civil en el marco del Gobierno de la Información. **16**, (2015), 9-46

OLIVER LALANA, A. Daniel.
- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
- Internet como fuente de información accesible al público: pensando el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 49-72.

PANIZA FULLANA, Antonia.
- Análisis jurídico de los *spyware*, *web bugs* y *mail bugs*. (*Su problemática utilización en la protección de los derechos de autor*). **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 91-113.
- E-consumidores: aspectos problemáticos en la normativa española. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 51-68

PAZ CALZADILLA, Belinda
- El uso de las nuevas tecnologías en el procedimiento contencioso administrativo en Venezuela. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 125-152.

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.
- ¿Forma *escrita* del convenio arbitral?: Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 27-49

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.

PONCE HEINSOHN, Ivonne
- Intervención notarial en la contratación electrónica: Especial referencia a la incorporación del documento público electrónico en el ordenamiento jurídico español y chileno. **11**, (2010), 131-157.

QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo.
- "El régimen de propiedad intelectual del profesorado universitario en España y su relación con los sistemas Open Access". **6-7**, (Enero/Diciembre) 2005, 183-202.

RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola.
- El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. **2**, (Enero/Junio 2003), 61-80
- El contrato electrónico laboral. **16**, (2015), 81-104
- Estudio comparativo del marco jurídico aplicable al teletrabajo en Venezuela con la Ley de Teletrabajo de Colombia, el Decreto de promoción del Teletrabajo de Costa Rica y el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. **4** Ed. Digital / **19**, (2019), 63-91

REUSSER MONSÁLVEZ, Carlos.
- Las Bases de Datos de Perfiles de ADN y su (des) Protección en

Europa. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 147-157

REYES OLMEDO, Patricia.
- Regulación de la protección de datos personales en Chile a la luz de los estándares internacionales. Deficiencias y Desafíos. **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 15-28.

RICO CARRILLO, Mariliana.
- Firmas electrónicas y criptografía. **2**, (Enero/Junio 2003), 81-101.

RÍOS M., Desirée J.
- Visión social de la prueba. Especial referencia a los medios electrónicos. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 97-123.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa
- La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación y los estratos de la intermediación en la Red. **11**, (2010), 69-96

RODRÍGUEZ, Gladys Stella.
- Principios jurídicos del contrato electrónico en el marco del comercio B2B: especial referencia a las PYMEs de los países en el desarrollo. **14**, (2013), 11-36.

SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.
- La Directiva europea sobre comercio electrónico. **1**, (2002), 73-91.

SALGUEIRO A., José Ovidio.
- La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela. **1**, (2002), 25-32.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma
- Entre el *back to basics* y los nuevos paradigmas de la revolución tecnológica. Pensamientos para la reducción de la brecha tecnológica-jurídica y la estandarización de las legislaciones del mundo. **4** Ed. Digital / **19**, (2019), 93-104

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.

SOSA OLAN, Henrry.
- Régimen jurídico del derecho de desistimiento del consumidor a nivel comunitario y en el ordenamiento jurídico español. **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 91-119

SOTO, Alberto.
- Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.

USECHE CASTRO, Yasmin Carolina.
- El dilema entre el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones del trabajador y el poder de vigilancia y control del patrono. **13**, (2012), 47-59

VALERO TORRIJOS, Julián.
- El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración (Análisis desde la

perspectiva del Derecho español). **6-7**, (Enero-Diciembre 2005), 27-51.

VARGAS LEAL, Luis.
- Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. **4**, (Enero/Julio 2004), 23-62.

VÁSQUEZ SÁNCHEZ, María Alejandra.
- La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho probatorio venezolano: Los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI. **13**, (2012), 9-25

VÁZQUEZ, Víctor.
- La propuesta de Tratado de la OMPI sobre protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 229-245.

WACHOWICZ, Marcos y REZENDE, Denis Alcides.
- La Tecnología de la Información y sus impactos en la propiedad intelectual. **2**, (Enero/Junio 2003), 43-59.

YAYA NARVÁEZ, León David y CANO M., Jeimy J.
- Consideraciones legales y comerciales sobre VoIP en Colombia. **6-7**, (Enero-Diciembre 2005), 115-140.

CONFERENCIAS

ÁLVAREZ CABRERA, Carlos S.
- Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. **4**, (Enero/Julio 2004), 93
- La ley y la seguridad de la información: una perspectiva regional. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 261-272.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- El testamento electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 193.

ANTEQUERA, Ricardo Enrique.
- La propiedad intelectual: una herramienta de competitividad para las PYME. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 197-208.

ARAUJO - JUÁREZ, José.
- El nuevo "modelo de regulación" de las telecomunicaciones en Venezuela. **4**, (Enero/Julio 2004), 65-91.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés.
- El derecho de retractarse de los consumidores y usuarios electrónicos. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 247-259.

ARRIETA ZINGÜER. Miguel.
- Tributación e Internet. **4**, (Enero/Julio 2004), 145

BARZALLO, José Luis.
- Derecho de autor, Internet y libre competencia. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 221-245.

BAUZÁ, Marcelo.
- Datos abiertos, ¿derecho humano?, ¿política pública? o ambas cosas. **16**, (2015), 237-252

BECERRIL, Anahiby
- De la protección de los datos personales de los menores en Internet. **4** Ed. Digital / **19**, (2019), 107-121

BRANDT GRATEROL, Leopoldo.
- Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 165

BUENO DE MATA, Federico
- Diligencias de investigación tecnológicas para la obtención y aportación de mensajes de WhatsApp, Snapchat o Telegram. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 201-213

COTINO HUESO, Lorenzo.
- Protección de datos y servicios públicos y privados de *Cloud Computing* en España y Europa. **16**, (2015), 195-216

CHÁVEZ VALDIVIA, Ana Karin
- Hacia el quebrantamiento de paradigmas jurídicos: la robótica y la inteligencia artificial. **4** Ed. Digital / **19**, (2019), 135-149

DÍAZ GARCÍA, Alexander.
- Desnaturalización del documento electrónico judicial con la apelación de la sentencia. El nuevo sistema penal acusatorio (El juicio oral) colombiano. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 275-301.

ESPINOSA VERA, Jefferson Stewart
- Derechos humanos en la protección ética de los menores en las redes sociales. Caso Colombia y Perú. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 173-186.

GARCIA PEÑA, José Heriberto
- Nanotecnología y Derecho: una aproximación al tema desde México. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 215-227

GUERRERO CARRERA, Jacqueline.
- Democracia deliberativa y participación ciudadana electrónica. **16**, (2015), 217-223

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús.
- Trámites de constitución de la Sociedad Limitada Nueva Empresa. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 161-175.

ILLESCAS ORTÍZ, Rafael.
- La continuada –y, a veces, desaparecida– electronificación del Derecho de sociedades mercantiles. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 117-159.

MENDOZA ENRÍQUEZ, Olivia Andrea.
- Plataformas ciudadanas de participación como herramientas del ejercicio de la libertad de expresión en Internet. **16**, (2015), 225-235

NOVAS, Natalia Soledad; NOVAS, Jorge Alberto; RUANI, Humberto Félix; RUANI, Humberto Martín.
- Historia clínica electrónica. **16**, (2015), 253-262

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. **4**, (Enero/Julio 2004), 187

PÉREZ PEREIRA, María.
- España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. **4**, (Enero/Julio 2004), 177
- La evolución de los sistemas de cifrado. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 189-193.

RAMOS MARTÍNEZ, Paola Consuelo
- Documento electrónico como prueba en el código general del proceso colombiano. **4** Ed. Digital / **19**, (2019), 123-133

RAMOS HERRANZ, Isabel.
- Presentación VII Jornada de Derecho del Comercio Electrónico. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 115-116.

REMOLINA ANGARITA, Nelson.
- Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. **4**, (Enero/Julio 2004), 109

REYES OLMEDO, Patricia
- Regulación de la protección de datos personales en Chile a la luz

de los estándares internacionales. Deficiencias y Desafíos. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 187-200

RICO CARRILLO, Mariliana.
- El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la Junta General de Accionistas. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 177-188.

SÁNCHEZ, Diego.
- Las nuevas tecnologías, el acceso a la información y la participación ciudadana. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 209-219.

CONTRIBUCIONES ESPECIALES

CUBEROS DE QUINTERO, María Antonia
- La participación ciudadana y el gobierno electrónico. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 161-172.

CANO, Jeimy J.
- Informáticos forenses: los criminalistas informáticos en la sociedad de la información. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 173-182.
- ¿Compartir o proteger? Tensiones en la gerencia de la seguridad de la información. **13**, (2012), 161-169

MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, HERRERA-JOANCOMARTÍ, Jordi y PÉREZ-SOLÁ, Cristina
- Análisis técnico-jurídico del proceso de Iniciativa Legislativa Popular con recogida de firmas digitales en España, **11** (2010), 191-216.

COMENTARIOS ESPECIALIZADOS

RÍOS RUIZ, Wilson Rafael
- Análisis del Acuerdo Inicial y sus enmiendas planteadas por Google a los autores. Su situación actual. **11**, (2010), 219-244.

MUNIVE CORTÉS, Erika Yamel
- Voto electrónico y protección de datos personales: los avances de la democracia universitaria en el País Vasco. **12**, (2011), 189-208

RESEÑA

CHACÓN GÓMEZ, Nayibe
- Constitución de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 9-11.

RESEÑA LEGISLATIVA

ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **2**, (Enero/Junio 2003), 283-309.

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- Comentarios a las disposiciones generales del Decreto Ley de Interoperabilidad Electrónica. **13**, (2012), 173-187

CRÓNICA JURÍDICA

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- La Informática forense como medio de prueba. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús
- El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas: *Power Line Communications* (PLC). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

ALTAMIRA, Matías.
- Mesa virtual de entrada judicial: derechos y responsabilidades. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 329-336.

BUENO DE MATA, Federico.
- Presente y futuro de los dispositivos telemáticos de localización de presos utilizados en España. **12**, (2011), 211-220

SECCION MONOGRÁFICA

Las implicaciones jurídicas de las redes sociales en Internet

ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- El impacto de las redes sociales en el comercio electrónico con consumidores. **14**, (2013), 135-164

CHACÓN GÓMEZ, Nayibe.
- La responsabilidad de los proveedores de servicio en las redes sociales. **14**, (2013), 207-230

LÓPEZ JIMÉNEZ, David.
- Las redes sociales como espacios publicitarios: el papel de la autorregulación. **14**, (2013), 165-186

RAMÍREZ, Sulmer Paola.
- Los contenidos publicados por el trabajador en *Facebook* y sus consecuencias jurídico laborales. **14**, (2013), 187-205

RICO CARRILLO, Mariliana y LÓPEZ JIMÉNEZ, David.
- Las redes sociales en Internet: consideraciones generales y problemática jurídica. **14**, (2013), 101-112

RICO CARRILLO, Mariliana.
- El ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas a través de *Facebook*. **14**, (2013), 113-134

LEGISLACIÓN

II.1. Nacional

Decretos

Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política 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.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado. **13**, (2012), 191-215

Leyes

Ley especial contra los Delitos Informáticos. **1**, (2002), 275-285.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **1**, (2002), 189-253.

Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 249-298.

Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 299-329.

Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de internet, video juegos y otros multimedias. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 305-314.

Ley de Tarjetas de Crédito, Debito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico, **10**, (2008-2009), 181-202

Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. **12**, (2011), 223-246

Reglamentos

Reglamento sobre facturación y recaudación a solicitud y por cuenta de los operadores de los servicios de telefonía de larga distancia nacional y larga distancia internacional de fecha 8 de noviembre de 2004. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 315-326.

Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación referido a los Aportes e Inversión de fecha 9 de octubre de 2006. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 207-220.

Resoluciones

Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 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.

Resolución por la cual se dictan "Normas que Regulan los Procesos Administrativos relacionados a la Emisión y Uso de las Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamiento o Pago Electrónico", **10**, (2008-2009), 203-226.

Resolución por la cual se dictan "Normas relativas a la Protección de Usuarios y Usuarias de los servicios Financieros". **12**, (2011), 247-265

Resolución N° 2016-001 de fecha 12 de diciembre de 2016, sobre Participación Telemática de los sujetos procesales en las Audiencias de la Sala de Casación Penal. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 231-245

Providencias

Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto sobre la Renta. **11**, (2010), 247-249

Providencia Administrativa que establece el deber de presentación electrónica de las Declaraciones del Impuesto al Valor Agregado. **11**, (2010), 251-253

II.2. Internacional

Directivas

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 197-211.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242.

Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.

Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior. **10**, (2008-2009), 227-301.

Directiva 2009/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2009 sobre Protección jurídica de programas de ordenador. **11**, (2010), 341-349.

Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). **12**, (2011), 267-311

Leyes Modelo

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con la guía para su incorporación al Derecho Interno. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 181-190.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 191-196.

Legislación española

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **4**, (Enero/Julio 2004), 219-261.

Ley 59/2003, de firma electrónica. **4**, (Enero/Julio 2004), 263-300.

Ley 32/2003, de 3 denoviembre, General de Telecomunicaciones. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 161-252.

Ley 22/207, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distacia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 185-2005.

Ley 16/2009 de 13 de noviembre, sobre Servicio de Pago. **11**, (2010), 255-304.

Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audivisual. **12**, (2011), 313-393

Real Decreto 322/2008 de 29 de febrero sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, **10**, (2008-2009), 303-322.

Real Decreto 899/2009 de 22 de mayo, se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas. **11**, (2010), 305-340.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. **13**, (2012), 217-244

Unión Europea

Reglamento (UE) Nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. **16**, (2015), 265-289

JURISPRUDENCIA

AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.

- La citación electrónica. Comentarios al auto Nº 339 dictado por el Juscago de Sustanciación de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 7 de agosto de 2012. **14**, (2013), 233-245
- Recopilación de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia relacionadas con el uso y la valoración jurídica de las Tecnologías de la Información durante el 2016. **2** Ed. Digital / **17**, (2016), 249-253

- Compilación jurisprudencial sobre Derecho Informático 2017. Tribunal Supremo de Justicia. **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 153-156
- Jurisprudencia sobre Tecnologías de Información y Comunicación en el Tribunal Supremo de Justicia durante 2018, **4** Ed. Digital / **19**, (2018), 153-154

ARRIETA ZINGÜER, Miguel.
- La gravabilidad de las actividades de telecomunicaciones y la potestad tributaria municipal. Comentario a la sentencia de 03 de agosto de 2004 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 269-275.
- Procedencia de la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia sancionatoria de telecomunicaciones. Comentario a la sentencia de 09 de noviembre de 2005 del Tribunal Supremo de Justicia. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 357-364.
- Consideraciones acerca de las redes sociales en Internet como elemento de convicción en la radicación de juicios penales en decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. **14**, (2013), 295-304

FERRER CASTRO, Mileidi Paola y Jenny QUINTERO MENDOZA, Carolina.
- Consideraciones sobre el reciente criterio del Tribunal Supremo de Justicia venezolano respecto al tratamiento de los correos electrónicos impresos como medios de prueba. **13**, (2012), 247-252

LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- El contrato de licencia y los nombres de dominio. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 19 de julio de 2012 asunto C-376/11, *Pie Optiek SPRL & Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL*. **14**, (2013), 249-252

PALAZZI, Pablo A.
- Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en Internet. **8**, (Enero/Diciembre 2006), 339-349.

RAMÍREZ, Sulmer Paola.
- Valor jurídico probatorio del correo electrónico promovido en formato impreso. Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 30 de mayo de 2013. **14**, (2013), 265-269

RICO CARRILLO, Mariliana.
- Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales. **1**, (2002), 289-319.
- La notificación por medios electrónicos. Comentario a la sentencia de 01 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **2**, (Enero/Junio 2003), 313-314.
- El valor jurídico de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 271-273.
- La eficacia probatoria de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **10**, (2008-2009), 325-330.
- Consideraciones sobre la validez de las condiciones generales y particulares de las pólizas de seguros contenidas en soportes documentales electrónicos. **11**, (2010), 353-358.
- De nuevo sobre el valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisprudencia del Tribunal

Supremo de Justicia venezolano. **12**, (2011), 397-400

- La posición del Tribunal Supremo de Justicia venezolano respecto a las pruebas documentales electrónicas. **16**, (2015), 293-299

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.

VEGA SACASA, José Francisco

- La criptomoneda venezolana *PETRO* y su implementación como unidad de cuenta por parte del Tribunal Supremo de Justicia. **4** Ed. Digital / **19**, (2018), 155-159

URSO CEDEÑO, Giuseppe.

- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 325-329

Sentencias

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 sobre el reconocimiento del valor jurídico de la información contenida en el sitio web del Tribunal. **1**, (2002), 320-323.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 01 de febrero de 2000. **2**, (Enero/Junio 2003), 315-337

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 19 de agosto de 2002. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 275-277.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 05 de agosto de 2003. **4**, (Enero/Julio 2004), 331-338

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03 de agosto de 2004. **5**, (Julio/Diciembre 2004), 277-305

Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 8 de noviembre de 2005. **6-7**, (Enero/Diciembre 2005), 365-374.

In the United States District Court for the Northern District of California San Jose División, fecha 17 de marzo 2006, **8**, (Enero/Diciembre 2006), 351-369.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 22 de mayo de 2007 sobre el caso RCTV. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 223-259.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 24 de octubre de 2007 sobre el valor probatorio de los medios electrónicos. **9**, (Enero/Diciembre 2007), 261-317.

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de marzo de 2007. **10**, (2008-2009), 331-354.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de febrero de 2008. **10**, (2008-2009), 355-400.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 12 de agosto de 2009. **11**, (2010), 359-373

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 2 de julio de 2010. **12**, (2011), 401-407

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 5 de octubre de 2011. **13**, (2012), 253-277

Sentencia de la Sala Político Administrativa. Juzgado de Sustanciación del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de agosto de 2012. **14**, (2013), 247-248

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), 19 de julio de 2012. **14**, (2013), 253-264

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de mayo de 2013. **14**, (2013), 271-293

Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de abril de 2013. **14**, (2013), 305-312

Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de abril de 2012. **14**, (2013), 313-324

Sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de abril de 2011. **14**, (2013), 325-332

Sentencia de la Sala de Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 31 de octubre de 2018. **4** Ed. Digital / **19**, (2018), 1161-188

RECENSIÓN

PÉREZ PEREIRA, María.

- 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.

RANGEL GÓMEZ, Horacio.

- LASTIRI SANTIAGO, Mónica. *La comercialización del nombre de dominio*. Los bienes jurídicos digitales, el derecho de control y los nombres de dominio. Ed. Marcial Pons, España (2014), **16**, (2015), 303-309

RICO CARRILLO, Mariliana.

- 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.

- MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia. *El pago capitativo en la prestación de servicios médicos*. Civitas Thomson Reuters Aranzadi, España 2015. **16**, (2015), 311-314
- KOZOLCHYK, Boris, Ph. D. *Comparative Commercial Contracts: Law, Culture and Economic Development*. West Academic Publishing, United States of America, 2014 . **16**, (2015), 315-319
- MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia, *Las cláusulas de paridad tarifaria en la comercialización electrónica de servicios de alojamiento turístico*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017. **3** Ed. Digital / **18**, (2017), 159-163
- CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Estatuto del consumidor comentado.*Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina (2016). **4** Ed. Digital / **19**, (2018), 191-196

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel.

- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BADELL, Teresa: *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-Marketplaces),* Madrid, Marcial Pons, 2006. **9**, Enero/Diciembre 2007), 321-324.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David.

- RICO CARRILLO, Mariliana: *El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 304 páginas. **13**, (2012), 281-284

Reglas para el envío de artículos

1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación. El Consejo Editorial se reserva el derecho de publicar de manera excepcional artículos que ya han sido publicados.

2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente WindowsTM 3.0 o superiores. Los gráficos o imágenes que contenga el artículo deben estar especificados con los formatos o extensiones en que se hicieron (Exce1TM, Corel DrawTM, 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. A1 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 1a correspondiente referencia en las notas a pie de página, las cuales deben ser enumeradas en números arábigos, siguiendo un orden correlativo.

Las citas, en las notas al pie de página, se harán siguiendo los siguientes ejemplos; según se trate de:

A. Libros

Mariano Aguilar Navarro: *Derecho Internacional Privado*, VI. 4a. edición, 2a. reimpresión. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1982, p.199 (o pp. 200 y ss).

Marino Barbero Santos: "Consideraciones sobre el Estado peligroso y las Medidas de Seguridad, con especial referencia al Derecho Italiano y Alemán". *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid. Universidad de Valladolid, 1972, pp. 13-61.

Vicente Mujica Amador: *Aproximación al Hombre y sus Ideologías*. Caracas. Editorial Vidabun, 1990.

Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*. XVII edición. Buenos Aires. EUDEBA, 1981.

B. Cita sucesiva del mismo libro

M. Aguilar N.*: Derecho Internacional* V.II.… op. cit., p.78 y ss.

C. Obras colectivas

Haydée Barrios: "Algunos aspectos de cooperación judicial internacional en el sistema venezolano de derecho internacional privado". *Libro-Homenaje a Werner Goldschmidt*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. 1997, pp. 383-419. Si se desea citar un determinado párrafo o página se agrega: especialmente, p. 80 o pp. 95-98.

D. Revistas

Gonzalo Parra-Aranguren: "El Centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 85. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 75-100.

E. Cita sucesiva del mismo artículo

G. Parra-Aranguren: "*El Centenario de la Conferencia*..." op.cit., pp.80-85.

F. Citas de jurisprudencia

Orden de citar: Tribunal, N° y fecha de la sentencia, partes y fuentes de publicación. Ejemplo:
Corte Superior del Distrito Federal, N°…, 6-5-1969 (Jacques Torfs vs. Clemencia de Mier Garcés), Jurisprudencia Ramirez y Garay, Vol. 21, p. 163.

G. Citas de testimonios verbales y entrevistas

Se indicará el nombre de la persona que proporciona la información, la forma como se obtuvo y la fecha. Por ejemplo:

F. Rodríguez. Entrevista, 30/03/1999.

Esta información puede suministrarse siempre que lo autorice quien proporciona la información[1].

H. Citas de páginas web

Si la cita se refiere a un sitio web (cita de carácter general) se coloca el *home page*. Si es una página específica dentro de un sitio web (cita de carácter especial) se debe colocar en primer lugar, la dirección del *link* (sub-página) y en segundo lugar la dirección donde aparece alojada la información, (*home page*). Debe indicarse también la fecha de la consulta, entre corchetes, indicando el año, luego el mes y finalmente el día
Ejemplos:

a) Cita de carácter general:
www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].

b) Cita de carácter especial:
   - Tatiana B. de Maekelt: La Ley de Derecho Internacional Privado http:// zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/tamaek.htm 10/02/2001. www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].

   - Haydée Barrios: El Domicilio http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/barrios.htm 8/04/2002. www.zur2.com.fipa. [Consulta: 200, Noviembre 27].

4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a espacio y medio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.

5. Los artículos pueden ser remitidos en un archivo adjunto, a la dirección electrónica: albornoz@ucat.edu.ve, o al correo electrónico del director de la revista:

   - Revista Tachirense de Derecho: Prof. José Luis Villegas villegas@ucat.edu.ve
   - Revista *Tributum*: Prof. Jesús Manuel Oliveros joliveros@ucat.edu.ve
   - Revista Paramillo: Prof. Felipe Guerrero felipeguerrero11@gmail.com
   - Revista Derecho y Tecnología: Prof. Mariliana Rico marilianarico@yahoo.com

6. Los autores deberán firmar una autorización (en un formato que remitirá a tal efecto) donde se especifica el derecho que tiene la revista, y por ende, la Universidad Católica del Táchira, de reproducir el artículo en este medio de comunicación, sin ningún tipo de retribución económica o compromiso de la Universidad con el autor o los autores, entendiéndose éste como una contribución a la difusión del conocimiento y/o desarrollo tecnológico, cultural o científico de la comunidad o del país en el área en que se inscribe.

7. Cuando se envíen textos que estén firmados por más de un autor, se presumirá que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.

1 UPEL: *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Caracas. FEDEUPEL. 2003, p. 91.

8. Se reserva el derecho de hacer las correcciones de estilo que se consideren convenientes, una vez que el trabajo haya sido aceptado por el Consejo de Redacción para su publicación.
9. Los artículos serán analizados por un Comité de Árbitros y por un Consejo de Redacción. El cumplimiento de las normas no garantiza su publicación, si el trabajo no es aprobado por estas instancias.
10. La Universidad Católica del Táchira, el editor y el Consejo de Redacción de la revista, no se responsabilizarán de las opiniones expresadas por los colaboradores en sus respectivos artículos.
11. La UCAT se reserva el derecho de distribuir el contenido de la revistas en su página web o en otras páginas de contenido académico o científico.

Article Submissions Guidelines

1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means. The Editorial Board reserves the right to publish articles, in exceptional cases, when they have already been published.

2. Articles must be redacted in editor programs that work in Windows™ 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, and others). In the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The journals could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if them do not fulfill the technical requirements to their publication.

3. The text of the article must be redacted considering the following parameters:
   3.1. The first page must have:
      a) Title of the article
      b) Author or author's name
      c) Academic title and institutional affiliation
      d) Author address and e-mail
      e) Resume no longer than 10 lines

   3.2. The second page must have an abstract no longer than one hundred and forty words (140), focusing on the goals, methodology, results and conclusions. At the end, the key words must be included in a maximum number of five (5).
      a) The abstract and the key words must be written in Spanish and English.
      b) Articles in English, French and other languages could be accepted, just in special cases. In all cases they must have the key words in Spanish and English.

   3.3. The text article must be structured in clearly identified sections, being the first the introduction (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified with Roman and Arabic numerals. Each article, before section one or introduction, must have a summary where appear numbered the subjects to be discuss on the paper (sections the article was divided).

   3.4. If part of the material (text, graphics, images) is not original of the author or authors, is necessary that this material to be authorized by the original author (or authors) and the editor where were first published, in lack of this, the source where they were taken must be indicated.

   3.5. The formal citing system must be used for the bibliographic references, doing the right reference at the foot of the page numbered in Arabic numeral, following a correlative order.

   The references in the footnotes will be included according to the following examples:

A. Books

Mariano Aguilar Navarro: *Derecho Internacional Privado*, VI. 4a. edición, 2a. reimpresión. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1982, p.199 (o pp. 200 y ss).

Marino Barbero Santos: "Consideraciones sobre el Estado peligroso y las Medidas de Seguridad, con especial referencia al Derecho Italiano y Alemán". *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid. Universidad de Valladolid, 1972, pp. 13-61.

Vicente Mujica Amador: *Aproximación al Hombre y sus Ideologías*. Caracas. Editorial Vidabun, 1990.

Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*. XVII edición. Buenos Aires. EUDEBA, 1981.

B. Subsequent quotations of the same book

M. Aguilar N.*: Derecho Internacional* V.II.… op. cit., p.78 y ss.

C. Collective Works

Haydée Barrios: "Algunos aspectos de cooperación judicial internacional en el sistema venezolano de derecho internacional privado". *Libro-Homenaje a Werner Goldschmidt*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. 1997, pp. 383-419. Si se desea citar un determinado párrafo o página se agrega: especialmente, p. 80 o pp. 95-98.

D. Journals

Gonzalo Parra-Aranguren: "El Centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 85. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 1992, pp. 75-100.

E. Subsequent quotations of the same article

G. Parra-Aranguren: "*El Centenario de la Conferencia...*" op.cit., pp.80-85.

F. Quotation of jurisprudence:

Corte Superior del Distrito Federal, N°…, 6-5-1969 (Jacques Torfs vs. Clemencia de Mier Garcés), Jurisprudencia Ramirez y Garay, Vol. 21, p. 163.

G Quotation of oral testimonies and interviews

It must include the name of the person providing the information, how it was obtained, and the date:

F. Rodríguez. Entrevista, 30/03/1999.

This information can be provided only if it is authorized by the provider of the information[1].

1 UPEL: *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. Caracas. FEDEUPEL. 2003, p. 91.

H. Quotation of web pages

If a quote refers to an entire website (general citation), should include the reference of the home page. If is a **specific page within a website** (special citation), should include in first place, the link (sub-page) and in second place, the reference of the home page. It should also indicate the date the page was visited. This information should be in listing showing year, month, and day.

a) General quotation:
www.zur2.com.fipa. [Visited: 2008, Noviembre 27].

b) Special quotation:
- Tatiana B. de Maekelt: La Ley de Derecho Internacional Privado http:// zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/tamaek.htm 10/02/2001. www.zur2.com.fipa. [Consulta: 2008, Noviembre 27].

- Haydée Barrios: El Domicilio http://zur2.com/users/fipa/objetivos/leydip1/barrios.htm 8/04/2002. www.zur2.com.fipa. [Visited: 200, Noviembre 27].

4. Articles must have a maximum extension of forty (40) pages written in 1.5 space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be Times New Roman 12.

5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: albornoz@ucat.edu.ve, or to the e-mail of the director of the journal:
   - Revista Tachirense de Derecho: Prof. José Luis Villegas villegas@ucat.edu.ve
   - Revista *Tributum*: Prof. Jesús Manuel Oliveros joliveros@ucat.edu.ve
   - Revista Paramillo: Prof. Felipe Guerrero felipeguerrero11@gmail.com
   - Revista Derecho y Tecnología: Prof. Mariliana Rico marilianarico@yahoo.com

6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the journal, as well as the Universidad Católica del Táchira, to publish the article on this divulging means, without any economic retribution or commitment of the University with the author or authors, understanding the article is a contribution to the divulging of knowledge and technological development, cultural or scientific of the community or the country in the area where it is registered.

7. When articles are sign by more than an author, it would be presumed that all authors have been check and approved the original text sent.

8. The right of change of stylus that is considered convenient is reserved, once the article has been accepted by the Editorial Board for its publication.

9. An Arbitral Committee and an Editorial Board will analyze the articles. The observance of these rules does not guarantee the publication of the article if this is not approved by these instances.

10. The Universidad Católica del Táchira, the editor, and the Editorial Board of the journal, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

11 The Universidad Católica del Táchira reserves the right to distribute the contents of their journals on its website, or on other pages of academic or scientific content.

DERECHO Y TECNOLOGÍA

VICERRECTORADO ACADÉMICO DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO	**4/2018** Edición Digital **19/2018** Edic Ordinaria

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Diciembre 2018,
de la Universidad Católica del Táchira.
San Cristóbal - Venezuela