

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política



**ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO
ELECTRÓNICO COMO COMERCIO TRANSNACIONAL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Ana Isabel Meraz Espinoza

Bajo la dirección del doctor:
Emilio Suñé Llinás

Madrid, 2006

- **ISBN: 978-84-669-2888-5**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
DOCTORADO EN DERECHO DE LA EMPRESA**

**“ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO,
COMO COMERCIO TRANSNACIONAL”**

Doctoranda: Ana Isabel Meraz Espinoza.

Asesor: Dr. Emilio Suñé Llinás.

“ASPECTOS JURÍDICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO, COMO COMERCIO TRANSNACIONAL”

ÍNDICE

JUSTIFICACIÓN.....	4
CAPÍTULO PRIMERO	
LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO	
I. El uso de la tecnología.....	9
II. La Sociedad de la Información.....	13
III. Marco Jurídico de los negocios electrónicos.....	18
CAPÍTULO SEGUNDO	
ANTECEDENTES DE INTERNET Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	
I. Origen estadounidense de Internet y del Comercio Electrónico.....	25
II. Internet y Comercio Electrónico en la Unión Europea (España).....	50
III. Internet y Comercio Electrónico en México.....	59
CAPÍTULO TERCERO	
EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS FUNDAMENTOS	
I. Los Contratos Electrónicos.....	74
II. La Firma Digital.....	96
III. La Comunicación Comercial.....	110
CAPÍTULO CUARTO	
SEGURIDAD Y PROTECCIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO	
I. La Seguridad Informática y la Seguridad Jurídica.....	125
II. La protección de Datos Personales.....	137
III. La Protección del Consumidor.....	164

CAPÍTULO QUINTO
NORMATIVA NACIONAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

I.	Normas jurídicas en Estados Unidos.....	186
II.	Directiva de la Unión Europea.....	207
III.	Normas Jurídicas en España.....	223
IV.	Normas Jurídicas en México.....	260

CAPÍTULO SEXTO
NORMATIVA TRANSNACIONAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

I.	Normas de la OCDE.....	283
II.	Ley Modelo de UNCITRAL.....	304
III.	La Organización Mundial del Comercio.....	337
IV.	Tratados de la OMPI y Propiedad Intelectual.....	371

CAPÍTULO SÉPTIMO
TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

I.	La Tributación Electrónica.....	398
II.	La Administración Tributaria Electrónica.....	412
III.	La Normatividad Fiscal del Comercio Electrónico.....	419

CONCLUSIONES.....	431
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	442
--------------------------	------------

LEGISLACIÓN.....	450
-------------------------	------------

JUSTIFICACIÓN

El comercio es una actividad antigua que se ha ejercido de diversas maneras en los diferentes países o regiones donde se practica. A lo largo de los siglos y en diferentes momentos históricos los actos mercantiles han estado influenciados por los usos y costumbres de cada lugar. No obstante la existencia de los contrastes de cada sitio, el objetivo común del comercio sigue siendo uno en cuanto al lucro que persigue a través de los actos de compraventa de bienes y servicios. Desde sus orígenes el comercio ha tenido características peculiares hasta llegar a la época actual en donde la globalización y la tecnología han cambiado radicalmente los modos y las formas del comercio tradicional.

Con la presente investigación no se pretende retomar desde su inicio la historia del comercio en general, ni tan siquiera profundizar de manera particular en el desarrollo o evolución del comercio electrónico, tema central de este análisis, sino mencionar y describir de una manera general solamente los antecedentes y la evolución que ha tenido el comercio electrónico en algunos países del orbe, principalmente de Europa y de América, por ser éstas las regiones pioneras en el desarrollo de tan importante forma de hacer negocios y que por tales cuestiones, de avance y desarrollo, merecen la pena de ser abordados, pero independientemente de las cuestiones técnicas que pudieran mencionarse el enfoque está dirigido a los aspectos jurídicos por ser ésta la materia básica en un estudio como este.

Las regiones o los países elegidos para desarrollar este trabajo como se dijo antes son principalmente los Estados Unidos de América, por ser un país en donde se ha desarrollado significativamente la tecnología y la informática en sus diferentes ámbitos y contextos, específicamente en la creación de las redes informáticas y la implementación del comercio electrónico. Se eligió también a la Unión Europea por ser una región política y económicamente consolidada en donde la tecnología ha tenido importantes avances y que en relación con el comercio electrónico se ha situado a éste como una forma exitosa de hacer negocios. Además, esta región ha creado una sólida regulación jurídica que ha

servido de ejemplo a las legislaciones nacionales de sus Estados miembros para la propia elaboración de sus leyes internas.

Dentro del bloque de países que conforman la Unión Europea se encuentra España, país elegido para analizar algunas de sus principales normas reguladoras dentro de esta importante rama del derecho que comprende al comercio electrónico, por ser este país una nación que contiene dentro de su normatividad la regulación de aspectos relativos a cuestiones de informática y uso de tecnología, como son las normas relativas a la protección informática y legal de datos personales, cuestiones relacionadas con la firma electrónica, con los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, entre otras disposiciones. Sobre estos últimos asuntos se encuentra vigente la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de 11 julio de 2002, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de fecha 12 de julio de 2002, conocida popularmente como Ley de Internet, misma que representa una norma eje para este tipo de temas.

Parte del interés por la elección y la consideración de las normas españolas se debió al hecho de haber recibido también una serie de cursos por parte de los profesores de la Universidad Complutense de Madrid dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Empresa que esta universidad tiene en convenio con la Universidad Anáhuac de la Ciudad de México. Con dichos cursos los maestros de la Universidad Complutense de Madrid proporcionaron un amplio y diverso panorama del derecho europeo en general y del derecho español en particular en lo relativo al derecho corporativo, campo a donde pertenece el tema central de este escrito como lo es el de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Cabe mencionar que el curso “Metodología, Lógica e Informática Jurídica”, impartido por el Dr. Emilio Suñé Llinás, marcó desde un principio el interés por conocer e investigar más sobre esta novedosa rama del derecho. Con todo ello se pretende en cierta forma tratar de sistematizar algunos de los tópicos abordados durante los estudios de doctorado y contextualizarlos con el tema central del presente trabajo.

La mención que se hace a la legislación de México, referente obligado de quien estudia, trabaja y vive en este país, servirá para contrastar esas disposiciones legales con las de los demás países cuyas normas jurídicas en materia de comercio electrónico son más prolíficas y avanzadas. Todo este conocimiento en conjunto permitirá a la vez conocer los alcances y las limitaciones de las diferentes legislaciones, nacionales e internacionales, que son aplicadas en el ámbito de esta materia.

En un primer momento, en este escrito se describe el origen del comercio electrónico como la referencia histórica que toda investigación debe contener, sin embargo, a diferencia de otros estudios jurídicos que analizan figuras o temas con siglos de antigüedad, éste no habrá de comprender más allá de cinco décadas, puesto que el nacimiento de Internet y del Comercio Electrónico son prácticamente recientes. En este sentido la referencia que se hará de las fechas de inicio de la regulación de Internet y del Comercio Electrónico serán aquellas relativas principalmente al uso de la informática en relación con la red en general y, en cuanto al comercio electrónico en sí la fecha será definitivamente más reciente si se considera a los años ochenta como la etapa detonante de esta novedosa y exitosa forma de hacer negocios que aún se encuentra en proceso de consolidación, tanto en su aspecto económico como en su regulación jurídica.

El interés primordial por conocer y analizar la temática jurídica sobre el comercio internacional en Internet, específicamente la de comercio electrónico, se debe al auge que existe en el uso de los medios electrónicos y las inevitables consecuencias de derecho que de ello se derivan, las cuales aún no alcanzan a regularse totalmente por las normas existentes, por lo que se requiere de un conocimiento y un análisis sobre la materia que propicie alguna reflexión que pueda aportar algo a esta interesante rama del derecho. No obstante de ser prácticamente una materia reciente, con los cambios tecnológicos que surgen a cada día parece ser ésta una temática antigua que ha dejado en el corto tiempo una serie de normas obsoletas y rezagadas, pero también una demanda que reclama nuevos marcos legales para afrontar los nuevos retos que plantea el avance de la tecnología.

El comercio electrónico es una consecuencia de la moderna sociedad de la información y del uso de la informática, sin embargo, su empleo no es uniforme en todos los países ni tampoco existe información suficiente que demuestre o acredite que dicho tipo de comercialización esté plenamente consolidado y posicionado en todas partes del mundo ni que tenga un marco jurídico amplio que comprenda y regule sus diversas formas y acciones. No obstante y aún cuando se mencionen ciertos avances, algunos muy impactantes, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, lo cierto es que al corto tiempo estos avances se quedan atrasados tanto en lo que a tecnología se refiere así como a la regulación legal que en su momento se le asigne, pues cada día surgen nuevas creaciones que vienen a innovar lo que en su momento era actual y moderno. En asuntos de tecnología no existe una última palabra respecto a modernas infraestructuras pues las innovaciones se presentan más rápido de lo que a veces hace suponer una larga duración de algún producto, sistema o servicio informáticos.

Los países a considerar en este trabajo y sobre los cuales se expondrán algunos de sus más importantes documentos legales reguladores del comercio electrónico tienen pocas semejanzas pues son más las diferencias existentes entre sí. Por decir, los Estados Unidos de América son pioneros en el uso de Internet y poseen innumerables normas reguladoras sobre el tema y utilizan de forma masiva el comercio electrónico, por lo cual se habrán de analizar sus antecedentes y la normativa esencial que lo regula. Respecto a la Unión Europea, a través del Parlamento Europeo se han emitido diversas Directivas para la regulación de la materia en comento, por lo cual existe un interés especial por analizar el tratamiento legal que se le está dando a los asuntos derivados de la sociedad de la información, especialmente al comercio electrónico y a otros temas derivados o relacionados con él. Como parte de este trabajo surge en otra línea el estudio y análisis de las normas de España que, independientemente de ser un Estado miembro de la Unión Europea, tiene normas ya consolidadas para el tratamiento de ciertos asuntos derivados de la informática, algunas de las cuales han emanado de las propias Directivas de la Unión al ser traspuestas a sus legislaciones nacionales.

Por otro lado, la investigación en cuestión pretende a la vez dar a conocer el nivel de regulación que sobre la materia se tiene en México y constatar a través de la comparación con las otras naciones que este país no posee el mismo número de leyes que tienen los demás ni tampoco algún proyecto de ley que pueda en un futuro inmediato cubrir ciertos huecos que existen en relación con los diversos temas que comprenden las modernas tecnologías de la sociedad de la información, específicamente aquellos relativos al comercio electrónico, no obstante que durante el transcurso de esta investigación han surgido algunos cambios en este ámbito, como la implementación de la firma electrónica avanzada y la existencia de una iniciativa de ley respecto a la protección de datos personales, pero no más allá respecto al gran número de normas creadas en otros países y con mayor antelación.

Es un hecho que la legislación mercantil moderna ha superado al derecho mercantil tradicional y conservador. Ahora existen otros campos jurídicos de reciente creación como lo es el comercio electrónico, entre otros, por lo cual el derecho mercantil ha evolucionado con nuevas maneras y regulaciones que se adaptan a las modernas formas de comercializar y que hasta hace pocos años era todavía impensable o inimaginable. La modernidad trae cambios y las normas y las leyes se adaptan a ellos. El derecho evoluciona y estos vertiginosos cambios en materia de comercio han transformado radicalmente el comportamiento, el lenguaje, los usos y costumbres de quienes participan en el mismo, esto evidentemente “también induce a transformaciones en las instituciones, sobre todo en las jurídicas puesto que por esos medios se desarrolla mucho de la vida cotidiana de un ser humano que debe estar regulada apropiadamente”¹

¹ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 2000.

CAPÍTULO PRIMERO

LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO

I. El uso de la tecnología

La tecnología es una moderna herramienta que a través de diferentes instrumentos ha venido a facilitar las actividades de las personas tanto en sus ámbitos laborales como personales. De cierta manera, el progreso científico y tecnológico ha influido directamente en la transformación de la sociedad y por ende en los cambios culturales, humanos, económicos, entre otros, que actualmente se viven. El desarrollo cualitativo de la tecnología de la información y la comunicación con el empleo de imágenes y palabras dentro de las espectaculares redes telemáticas ha eliminado las distancias y ha abierto las fronteras económicas y financieras. Las nuevas tecnologías abren paso a nuevas perspectivas al permitir el acceso a niveles de información nunca antes imaginados.²

Este fenómeno del desarrollo tecnológico es uno de los aspectos que la misma globalización ha propiciado. Cualquier movimiento económico o informático que ocurra en un país se traslada rápidamente a cualquier otro en alguna región del mundo. Es una realidad mundial puesto que la están viviendo hasta en los lugares más apartados del orbe pero con las respectivas diferencias o limitaciones que a cada uno corresponda y de acuerdo con su desarrollo económico y político.³

El desarrollo de la tecnología, tan notable en las telecomunicaciones, representa un factor de cambio y de transformación en los hábitos de la vida ordinaria, en el trabajo, en la empresa, en la cultura y en una serie de actividades a las que se enfrentan los seres humanos en su cotidiana realidad. Pero también representa un cambio y un reto para las instituciones de derecho que habrán de seguir su trayectoria para adecuar en la medida

² Martín Pérez, Marisa, *El modelo educativo del Tecnológico de Monterrey*, Ed. ITESM, México 2002, p. 24.

³ Muñoz Machado, Santiago, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Ed. Taurus, Madrid 2000, p. 15.

de lo posible sus normas a la cambiante realidad. Ante ello, es prudente mencionar que “Como en tiempos pasados, toda revolución tecnológica provoca una intensa reorganización de la economía y de la sociedad”, por lo cual el Derecho habrá de intervenir para normar ciertos supuestos que inevitablemente habrán de presentarse.⁴ La era de la información ha creado un nuevo escenario social y las actitudes de los seres humanos son ahora diferentes por lo cual se busca ahora lograr un equilibrio entre las modernas actividades económicas y los tradicionales valores sociales para poder enfrentar esos cambios. Para ello será necesario también aprender y desarrollar nuevas habilidades que vayan acordes a la época.⁵

El avance tecnológico, específicamente el de Internet, que ha modificado las costumbres de la sociedad en esta era de la información y que ha venido a facilitar todo tipo de actividades, desde las más simples y cotidianas hasta las más complejas, representa, por sus grados de complejidad, quizá “un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho”.⁶

Es conocido que toda actividad de tipo social requiere de una regulación jurídica para que la convivencia entre sus miembros sea de armonía y respeto. Muchas de esas conductas en el entorno social son previsibles y las propias instituciones de gobierno se encargan de regularlas en la medida en que éstas aparecen o comienzan a desarrollarse, aunque muchas de las veces tal regulación no se realiza con la premura que la propia sociedad cambiante demanda, pero en el caso de la informática y de la tecnología las cuestiones que plantean y los avances que presentan no siempre resultan previsibles y conforme aparecen y se desarrollan en sus diferentes campos de acción, los propios órganos institucionales no alcanzan a regular cada una de sus materias, pues cada

⁴ Balarini, Pablo, *Derechos Fundamentales de los Individuos y Comercio Electrónico*. En Comercio Electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario, Ed. B de f, Buenos Aires 2003, p. 97.

⁵ Nihoul, Paul, *Will electronic commerce change the law? Towards a regulatory perspective based on competition, information and learning skills*. En *Regulating the Global Information Society*, Edited by Christopher T. Marsden, Ed. Routledge, New York 2000, p. 87.

⁶ Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Ed. COLEX, Madrid 2001, p. 13.

fenómeno resulta novedoso y la respuesta legal a sus requerimientos tarda en formalizarse y aplicarse.⁷

La tecnología, es quizá el acontecimiento más importante y de más repercusión que se ha tenido en el siglo XX y en el umbral del siglo XXI, denominado este último como el *milenio digital*. Por ello, las tecnologías avanzan y progresan vertiginosamente y cambian las estructuras sociales de una manera más palpable que la de cualquier otro movimiento o cambio antiguo provocado por alguna revolución de las telecomunicaciones.⁸ De hecho, en este nuevo milenio, la transición hacia la sociedad global la están marcando los propios medios de comunicación. Los cambios en los estilos de vida y el progreso e innovación tecnológicos realizados por medio de las comunicaciones ofrecen nuevas oportunidades en el desarrollo de las personas quienes ante estas transformaciones de las nuevas tecnologías se encuentran mejor preparados para enfrentar los desafíos sociales y económicos que con el acortamiento de distancias y la desaparición de las fronteras físicas hace más estrechas las relaciones entre las personas por medio de los espacios virtuales.⁹

Las consideraciones anteriores no pretenden analizar o profundizar en lo que significa y consiste la tecnología porque para ello se caería en consideraciones por demás técnicas y científicas, sino solamente tomarla en consideración para hacer la referencia de lo que la misma ha desarrollado dentro de los medios de comunicación como partes elementales del fenómeno de la globalización. La creación de las grandes redes de comunicaciones “verdaderas autopistas de la información” ha propiciado esa nueva forma de hacer negocios denominada comercio electrónico.¹⁰

⁷ Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Op. Cit.*, p. 13.

⁸ Muñoz Machado, Santiago, *Op. Cit.*, p. 12.

⁹ Cebrián, Juan Luis, *La Red*, Ed. Punto de Lectura, España, 2000, p. 9.

¹⁰ Del Peso Navarro, Emilio, *Servicios de la Sociedad de la Información. Comercio electrónico y protección de datos*, Ed. Díaz de Santos, Madrid 2003, p. XXXV.

En este caso, es evidente que buena parte de los avances tecnológicos, en la denominada revolución digital, se han visto de manera patente en el desarrollo de la red, ante lo cual es muy difícil que alguna persona, sea ésta empresario, estudiante, profesionalista, político o simple curioso estén al margen de tan singular acontecimiento.¹¹

La comunicación realizada a través de los medios electrónicos ha sido uno de los grandes logros tecnológicos de las últimas décadas. Más ahora en los comienzos del siglo XXI en donde su sofisticación y su eficiencia parecen no tener límites. De facto, son las comunicaciones los medios indispensables para abrir nuevas vías de innovación y progreso y superar importantes retos que plantea la sociedad en general. En este caso, las modernas tecnologías de la información y su arquetipo, Internet, son los medios transformadores de la economía global, a la cual pertenece el comercio electrónico. En cierta forma es el Internet como medio masivo de comunicación el que ha propiciado cierto desdoblamiento del concepto tradicional de espacio y realidad.

Por ello los conceptos de “ciberespacio” y “realidad virtual” son dos representaciones de las nuevas tecnologías digitales en oposición al espacio y realidad “reales”, por lo cual los procesos de comunicación se han vuelto poco tradicionales con el uso de los medios electrónicos, así como otras actividades, incluidas las del comercio, que se pueden realizar en diversos lugares y tiempos ya sea de manera sincrónica o asíncrona, es decir, en tiempo real o de manera diferida en donde los interlocutores intervienen de acuerdo con sus tiempos, pero cuyas intervenciones producen las mismas consecuencias en cualquiera de las formas que las realicen, en la forma simultánea o en la manera diferida. De esta manera, la red como infraestructura innovadora de las telecomunicaciones está modificando las formas tradicionales de hacer negocios entre las naciones. Dicha infraestructura está compuesta de tres elementos básicos que a cualquier usuario de Internet con el simple hecho de escucharlos ya les resultan familiares o

¹¹ Cebrián, Juan Luis, Op. Cit., p. 17.

conocidos, estos elementos son: los sistemas de telecomunicaciones y los elementos del hardware y del software.¹²

Sin caer en una descripción por demás técnica, al primero de esos elementos (los sistemas de telecomunicaciones) le corresponden los componentes básicos por los cuales se transmite la información, es decir, el emisor, el receptor y el medio, mismos que aún sin tecnología son también los elementos básicos del sistema de comunicación tradicional. Sin embargo, la gran diferencia la marcan los momentos en que se llevan a cabo los procesos de comunicación realizados a través de los medios electrónicos, en la forma sincrónica o asíncrona como se dijo antes, en tanto en la manera tradicional se llevará siempre de una manera sincrónica, es decir, al mismo tiempo en donde tanto el emisor como el receptor descifran el mensaje. En tanto, en el segundo elemento (el hardware) estará la computadora u ordenador propiamente dicho y sus elementos básicos. Por su parte, al tercer elemento (el software) le corresponderán los sistemas operativos o protocolos para acceder a la Red y otros más como los programas de aplicaciones donde se incluyen los navegadores y el correo electrónico y todos aquellos que le ayuden o sirvan a la persona interesada en desarrollar sus actividades preferidas.¹³

II. La Sociedad de la Información

La revolución tecnológica que el siglo XX heredó a este incipiente siglo XXI ha traído como consecuencia una serie de cambios en las actitudes de la moderna sociedad que, aunados a los que el fenómeno de la globalización (tema recurrente en las agendas internacionales) ha propiciado en las diversas áreas de conocimiento y en los más variados sectores de la sociedad, marcan una imperativa necesidad de cambio a cada momento.

¹² Botana García, Gema, *Noción de comercio electrónico, en Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001, p.8.

¹³ Botana García, Gema, *Op. Cit.*, p. 8.

La tecnología y la globalización son las dos fuerzas estructurales que están propiciando una revolución en la sociedad de la información, tanto en el tiempo como en el espacio. Los tradicionales conceptos de nación-estado, derecho nacional y los parámetros espaciales y temporales han sido alterados por el ambiente dinámico de la era digital que ha penetrado en todos los ámbitos de la actividad humana.¹⁴

Los cambios y las transformaciones que las tecnologías de información han provocado en el aspecto económico dejan patente una nueva política económica global que identificada como economía digital ha traído también un auge en las diversas transacciones comerciales realizadas a través de medios electrónicos. Es aquí como la compra venta de productos que circulan por los *bites* de la supercarretera de la información pueden ser adquiridos de manera real y otros en versión digital virtual.¹⁵

Toda información es esencial para generar conocimientos y uno de los principales vehículos para la distribución de la información está representado actualmente por el Internet. De hecho, el uso de Internet ha sido parte importante de la transformación de la economía global por considerarse una parte importante de los medios digitales de comunicación. Por ello, el mundo de la economía global es ahora más competitivo y mucha parte de su éxito se debe al dominio que se tiene sobre las modernas tecnologías de la información.

Por su fuerte impacto, tanto Internet como la “nueva economía”, son factores importantes dentro de la vida política, social y económica de los países más industrializados. Parte de ese impacto se debe a que cada vez son más los comerciantes y los consumidores que han adoptado este medio de comunicación para desarrollar, los primeros, sus negocios con el ofrecimiento de bienes y servicios por medio de la red y la compra, por parte de los segundos, de los mismos.

¹⁴ Marsden, Christopher T., *Information and communications technologies, globalisation and regulation*, in *Regulating the Global Information Society*, Ed. Routledge, London 2000, p. 6.

¹⁵ Marsden, Christopher T., *Op. Cit.*, p. 7.

Los cambios y transformaciones que las modernas tecnologías de la información han provocado ocurrieron de manera paulatina, emergente y constante y no han sido exclusivos de un área específica, sino de todas las estructuras que conforman una sociedad, llámense políticas, económicas y sociales, en donde ineludiblemente se encuentra inmerso lo jurídico. El desarrollo de la electrónica y sus diversas modalidades como medio de comunicación en con diversas aplicaciones en formas de publicidad, de promoción o de contratación por esa vía, “han originado una verdadera revolución en los sistemas de comunicación y en el Derecho”.¹⁶

Los cambios y la evolución de la sociedad propiciados ahora por las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones dejan patente la necesidad de adaptar día a día la legislación que habrá de regular la conformación de un nuevo escenario. Por lo cual, crear los marcos legales que faciliten el desarrollo de este proceso dará como resultado una sólida estructura de la propia Sociedad de la Información. Así, surge la necesidad de actualizar las viejas normas o bien crear otras nuevas para adaptar los nuevos cambios a la realidad, porque aún cuando existe ya una basta información jurídica al respecto y numerosos estudios sobre el tema, a pesar de su novedad éstos se han vuelto inabarcables por las diversas aristas que presenta este campo de conocimiento tan actual como cambiante.¹⁷

La globalización y su impacto en el ámbito del derecho resulta ser un tema amplio y complejo que comprende aspectos relacionados con la soberanía, la jerarquía de las normas, la legalidad, la competencia de órganos judiciales, entre otros, que compromete a los Estados nacionales a celebrar acuerdos entre sí para poder llevar a la práctica, tanto éstos como los particulares, aquellas actividades donde estén involucradas dos o más naciones.

¹⁶ Sánchez Calero, Fernando, Prólogo al texto *Los prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, de Huerta Viesca, María Isabel y Rodríguez Ruiz, Daniel, Ed. Aranzadi, Elcano, Navarra 2001, p. 13.

¹⁷ Sánchez Calero, Fernando, Prólogo al texto *Los prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, *Op. Cit.*, p. 13

Esto último, celebrar acuerdos entre naciones, es un hecho que se ha presentado desde mucho tiempo atrás, sin embargo, ahora, por los propios efectos de la globalización y el desarrollo de la tecnología, la interdependencia entre países suele ser ahora más frecuente, pero también, como consecuencia, ha vuelto más complicada la regulación jurídica de las operaciones al desaparecer, con el desarrollo de las telecomunicaciones, las fronteras geográficas y por ende la delimitación de los espacios territoriales.

Las telecomunicaciones se han desarrollado de manera paulatina y constante, pero no es sino hasta el siglo veinte cuando tienen un avance vertiginoso que se ha visto reflejado en todas las estructuras de la sociedad de manera global, es decir, en la mayor parte del planeta. El empleo de las tecnologías de información no ha sido exclusivo de rubro alguno, sino que su uso se ha extendido a todos los ámbitos de la vida pública y privada, tanto nacional como internacional. Sin embargo, aún no existe una efectiva estructura de las telecomunicaciones que de soporte a todos los servicios que la Sociedad de la Información puede brindar, lo cual se puede traducir en un equipamiento informático más generalizado en la población que permita su acceso a las redes de Internet. La interconexión de aparatos de computación por medio de redes de telecomunicaciones para realizar cualquier tipo de actividades, ya sean personales, comerciales, políticas o sociales, han traído como consecuencia un cambio en los escenarios donde éstas se llevan a cabo.

Como lo señala José Eduardo Faria: "... gracias al desarrollo de las tecnologías, a la expansión de las comunicaciones y a la difusión de la información en tiempo real, la globalización ha provocado la descentralización y la fragmentación del poder, ha cambiado el perfil y la escala de los conflictos, ha vuelto crecientemente ineficaces las normas y los mecanismos procesales tradicionalmente utilizados por el derecho positivo para dirimirlos o neutralizarlos..."¹⁸

¹⁸ Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Ed. Trotta, Madrid 2001, p. 9.

La interdependencia generada por los procesos de la globalización no deja al margen el uso de los medios tecnológicos e informáticos, ya que en buena medida ha sido gracias al progreso de las telecomunicaciones como se han logrado acortar las distancias, simplificar el trabajo y disminuir los tiempos en las actividades desarrolladas entre los Estados. Es una realidad que así como la globalización ha generado la interdependencia entre las naciones, la tecnología como parte de la modernidad y de la propia globalización también ha propiciado la interdependencia entre los países, pero no solamente de Estado a Estado, relación que cae dentro del ámbito público de las naciones, sino que existe una exagerada relación e interdependencia entre los ciudadanos de diversos países del orbe que caen dentro del ámbito privado de las personas, pero cuya regulación jurídica se vuelve cada vez más compleja por las diversas figuras legales que se encuentran inmersas.

La tecnología como causa y efecto de acciones diversas desarrolladas al amparo de las modernas relaciones internacionales no deja al margen el tópico de interés que comprende este trabajo, como lo es el comercio electrónico, por ser quizá uno de los fenómenos que la misma tecnología ha propiciado y a la vez por ser un punto de enlace en esta interdependencia de naciones, pero también de consumidores que han encontrado en este tipo de comercio una de las grandes ventajas para adquirir bienes y servicios desde la comodidad de su casa y a través de una computadora conectada a la Red.

Por tradición, la ciencia jurídica ha estado al margen de muchos de los cambios tecnológicos porque el papel como instrumento legal ha sido el más utilizado a través del tiempo, asimismo, algunos de los considerados medios legales modernos como el teléfono y el fax que han sido incorporados como instrumentos de prueba están quedando desfasados por los nuevos, modernos y sofisticados medios electrónicos.¹⁹

¹⁹ Mateu de Ros, Rafael, *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Navarra 2000, p. 20.

No obstante, el uso de estos medios tales como el Internet ha desencadenado una serie de replanteamientos a los derechos nacionales e internacionales que muchas de las veces se encuentran ineludiblemente entrelazados. Adaptar la legislación a los cambios tecnológicos no es una tarea sencilla, es de hecho una empresa abrumadora que aún le resta tiempo para consolidarse por la cantidad de normas e intereses que se encuentran en juego, más si se trata de normas transnacionales donde están involucrados varios actores e intereses.

III. Marco Jurídico de los Negocios Electrónicos

En la actualidad, el fenómeno de la globalización ha generado, entre otros acontecimientos, un inusitado auge y desarrollo del comercio internacional, específicamente en el comercio desarrollado a través de las modernas tecnologías de la sociedad de la información. Sin embargo, ante la rapidez del establecimiento de esta moderna forma de hacer negocios, la legislación y la consecuente regulación jurídica de ésta, se han visto rebasadas ante la falta de previsión de sus consecuencias legales.

La normatividad de la actividad comercial comprende un basto y nutrido catálogo de disposiciones jurídicas que regulan la mayor parte de las acciones realizadas por las negociaciones mercantiles, tanto en su ámbito interno como externo, y también en sus modalidades ya sean tradicionales o virtuales. Sobre este último, el comercio virtual, habría que plantearse una serie de razones y justificaciones sobre su incipiente regulación, pero a la vez ciertas sugerencias o alternativas para su solución.

Es evidente que la rama jurídica en donde más repercute la regulación del Internet es en el ámbito del Derecho Internacional Privado, pues el uso de los medios electrónicos como el Internet representa en sí un modo hasta hoy depurado y enfocado a mundializar y globalizar situaciones privadas. Esto significa que a través de los medios informáticos se ha podido incrementar el número y la variedad de dichas situaciones privadas, pero desde

un enfoque internacional, donde el “Derecho Internacional Privado es el protagonista principal del impacto de Internet en el mundo jurídico”.²⁰

Si bien, Internet representa un medio y las acciones privadas realizadas por medio de él son diversas en cuanto a sus características, objetivos, estructuras y consecuencias, como lo sería en este caso el tema que nos interesa desarrollar, el comercio electrónico, esto no excluye o deja al margen la relación directa que tiene con el Derecho Internacional Privado. Sin embargo, habrá que ser claro y delimitar a ambos en cuanto a la relación general que existe entre el Derecho e Internet y enfocarse principalmente a lo concerniente en argumentar las diferentes preguntas y respuestas que se tienen sobre dicha relación pero en lo que respecta a la rama específica del Derecho Internacional Privado, desde un punto de vista más práctico, quizá menos doctrinario, que proporcione ideas, pautas, interés y propuestas para conocer mejor este aspecto jurídico que con el avance tecnológico no puede aún regularse por completo.

Por su parte, la empresa, ente jurídico encargado de poner en práctica toda una serie de actos mercantiles, se orienta cada vez más hacia la economía del libre mercado, donde a la vez desarrolla sus propias perspectivas dentro del moderno comercio internacional. Recordemos que en épocas relativamente recientes se ha considerado a la empresa como el objeto del Derecho comercial o mercantil, a diferencia de tiempo atrás cuando el verdadero objeto de tal rama del derecho estaba constituido por el comercio o los actos de comercio mismos. Sin embargo, no existe una delimitación clara entre los conceptos de comercio y empresa por lo cual la amplitud de su aplicación sigue sin determinarse y por lo tanto esto queda a consideración de quienes lo utilicen. Así, habrá de tomarse como empresa o comercio a todo aquel ente que por medios tradicionales o electrónicos realice los actos de comercio o mercantiles de que se traten.²¹

²⁰ Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Ed. COLEX, Madrid 2001, p. 7.

²¹ Rodríguez Molinero, Marcelino, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2000, p. 341.

Las propias empresas han incrementado sus funciones dentro de la integración de las modernas economías de diversas regiones del mundo ya que el intercambio de bienes y servicios tanto por los medios tradicionales como los electrónicos son cada vez más frecuentes. De ahí la importancia de Internet como medio frecuente y común, aunque no tan frecuente y común en la mayoría de los países del orbe, pero cuya incipientemente regulación jurídica respecto a su uso en las transacciones comerciales de carácter internacional deja todavía algunos huecos de carácter legal que mientras no sean satisfechos seguirá estando desaprovechado en gran medida.

En el caso del comercio electrónico, para que éste se lleve a cabo requiere de algunos elementos que en conjunto propicien el desarrollo de esta manera aún poco tradicional de hacer negocios. Estos elementos, conformados por la tecnología, con sus constantes innovaciones; el mercado, con sus reglas competitivas; la sociedad, con sus órganos de gobierno, sus regulaciones y las responsabilidades de los usuarios, van a propiciar que este ambiente de negocios electrónicos tenga certeza para sus participantes y a la vez la protección necesaria para celebrar sus operaciones.

Hacer negocios por medios electrónicos supone de por sí un cambio en las tradicionales relaciones mercantiles y por ende en las relaciones jurídicas en general. Los actos de comercio y los contratos en las relaciones comerciales y financieras que se desarrollarán por Internet difieren en esencia a la tradicional negociación y formalización de contratos cuando la presencia física de las partes contratantes es indispensable, o bien, en relación con las ventas a distancia o en lo referente a la contratación entre ausentes. Con la presencia de este fenómeno de la electrónica, se avizora un modelo de negocio jurídico y una estructura de contrato diferentes.²²

En sí, para efectos de las negociaciones, el instrumento legal por excelencia para generar derechos y obligaciones es definitivamente el contrato, por lo cual es posible que esta figura jurídica a emplear en los medios electrónicos pudiera sufrir algunas

²² Mateu de Ros, Rafael, *Op. Cit.* p. 21.

modificaciones. Por otra parte, podrían tener ciertos cambios los principios del Derecho patrimonial, una vez que éstos sean revisados y actualizados, en virtud de que el Internet representa un nuevo ámbito o mercado de contratación y la propia tecnología ha venido a romper con una tradición de muchos siglos en cuanto al modo y la forma en que las personas se contactan, relacionan, negocian, pagan y cumplen o dejan de cumplir sus obligaciones, así como en lo concerniente al reclamo de sus derechos. Al margen de los cambios o de una sustitución estaría la teoría del derecho de las obligaciones por ser esto prácticamente imposible.²³

Las nuevas negociaciones realizadas a través de medios electrónicos tan sofisticados como el Internet dejan patente una nueva forma de manifestar el consentimiento en un acto o negocio jurídico, diferente al estilo clásico verbal o por escrito, que deja abierta esta experiencia jurídica innovadora que reclama a su vez una actualización emergente de las antiguas normas reguladoras. Internet es un fenómeno global cuya adopción es local, sin embargo, por ser el ciberespacio un ente sin fronteras la regulación jurídica de la Red para ser más efectiva debería ser también global, pero no todas las naciones han podido adoptar ni tampoco homologar sus normas para poder interactuar sin conflictos con otras regiones.

El propio dinamismo de la globalización provoca que las normas locales y tradicionales se hagan cada vez más obsoletas ante los cambios frecuentes que ocurren en la sociedad de la información. El mismo concepto de Estado y Soberanía está siendo transformado ante las nuevas relaciones económicas llevadas a cabo por los medios modernos de la tecnología, es por ello que el derecho internacional tiene una agenda pendiente en esta materia.

En el caso del comercio electrónico, son variados los tipos de normas jurídicas que lo regulan como lo son las leyes de carácter civil, mercantil, financiero, tributario, internacional y administrativo, entre otros más, cuyas disposiciones aún siendo

²³ Mateu de Ros, Rafael, *Op. Cit.* p. 21.

reguladoras de muy diversas materias tienen en común que muchas de sus consideraciones se están aplicando a las operaciones y a las negociaciones que se realizan a través de una computadora.

La existencia de diversos tipos de derechos no son los que generan o propician los problemas legales en las transacciones realizadas a través de los medios electrónicos, sino más bien son las leyes y sus respectivas jurisdicciones las que envuelven buena parte de la problemática jurídica al momento de aplicarse a los casos concretos que en sus respectivos lugares físicos tienen su propia legislación y a la vez su propio espacio de aplicación, pero que al interactuar con otro u otros agentes también con su propia autonomía legal se cae en la disyuntiva de no saber que disposiciones aplicar. De esta manera, las normas en conflicto existirán en tanto no se estandaricen sus ámbitos de aplicación a los casos concretos.

Ante esta disyuntiva, sobre la aplicación de las normas jurídicas nacionales en actividades transnacionales realizadas a través de medios electrónicos, queda un espacio de reflexión que bien podría abarcar varias páginas de análisis en el presente trabajo, sin embargo, para no caer en comentarios doctrinales densos y profundos, lo cual no es el objetivo de este escrito, resulta pertinente revisar algunas ideas de conocidos juristas clásicos que han elaborado en sus teorías ciertos aspectos relacionados con los conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo.

Para el caso de la aplicación de normas en casos concretos cuyos supuestos no se actualizan por la falta de vigencia de una ley anterior (*facta praeterita*) que se sustituye con la iniciación de la vigencia de una nueva norma (*facta pendentia*), abre la posibilidad de considerar que la normatividad del comercio electrónico nunca tendrá efectos retroactivos sino inmediatos en cuanto a que las nuevas normas se aplicarán solamente a las consecuencias todavía no realizadas de una acción hecha con la ley precedente, por

lo cual su efecto será inmediato y no retroactivo, por los hechos realizados a futuro (*facta futura*).²⁴

En tal situación, los medios electrónicos como característica esencial de la moderna sociedad tecnológica o sociedad de la información, plantean a los juristas nuevos retos ante los problemas complejos que parten tanto de dichos medios como de la aplicación de normas jurídicas a casos concretos derivados de su uso, porque en cierta forma dichos expertos están más habituados "... a operar con materiales dados o establecidos (de *lege data*), que para avanzar en la prospectiva de la *lege ferenda*.²⁵

De ahí la idea de plantear algunos razonamientos sobre la vigencia y aplicación de las normas que ahora con el avance de la tecnología pierden en corto tiempo la vigencia de su aplicación a nuevas consecuencias jurídicas derivadas del uso de la misma. Esto significa que si bien el comercio realizado a través de Internet no ha tenido una regulación previa que a su vez haya sido modificada o reformada, las disposiciones que han surgido en la actualidad aún no habrán de ser retroactivas en el tiempo, puesto que buena parte de su regulación es aún nula en algunas regiones, por ello se trata de leyes que crean situaciones jurídicas desconocidas por una legislación anterior y por lo tanto no podrán atribuir a hechos o actos pasados el poder de constituir nuevas situaciones.²⁶

Todo negocio jurídico requiere para su perfeccionamiento de la figura de la contratación. En relación a los medios electrónicos se estará ante una figura denominada como "contratación electrónica" o "contrato celebrado por vía electrónica", términos ante los cuales "se hace referencia a aquellos contratos que, con independencia de su naturaleza jurídica –compraventa, arrendamiento, comisión, etc.- e irrelevancia de su

²⁴ Tesis de Paul Roubier. En *Introducción al Estudio del Derecho*, de Eduardo García Maynez, Ed. Porrúa, México, 1978, p. 393.

²⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Ensayos de Informática Jurídica*, Ed. Fontamara, México, 1996, p. 11.

²⁶ *Op. Cit.*, p. 393.

objeto –bienes y derechos-, se celebran sustituyendo el “lenguaje oral y escrito” que preside la contratación privada tradicional, por el “lenguaje electrónico”.²⁷

La actividad empresarial realizada a través de los medios tecnológicos-informáticos ha generado el cambio de las estructuras jurídicas tradicionales que va desde la promoción, distribución y venta de los productos y servicios ofrecidos por medio de la Red hasta del propio comportamiento de los consumidores en relación a su declaración de voluntad respecto a los productos a elegir en el escaparate virtual y la protección de sus derechos ante las condiciones impuestas por los empresarios que desarrollan su actividad económica a través de los medios electrónicos.

En páginas posteriores se hará una reseña sobre cada uno de los elementos legales que se encuentran implícitos en todo negocio jurídico, específicamente en materia de comercio electrónico, y de esta manera dejar patente como la actividad empresarial dentro de las tecnologías de la sociedad de la información tiene sus propia dinámica y por lo tanto requiere de una normatividad especial que aunque no deje de lado las tradicionales formas jurídicas sí le pueda brindar una regulación propia que vaya a la vanguardia de las innovaciones tecnológicas.

²⁷ Flores Doña, María de la Sierra, *Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación*, Ed. Edersa, Madrid, 2002.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DE INTERNET Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

I. Origen estadounidense de Internet y del Comercio Electrónico

Los actuales procesos de integración económica que se dan entre los países, contemplan al comercio como la parte más importante en la creación de los bloques económicos. Esta conformación de bloques no resultaría novedosa si el interés primordial no tuviera claros y evidentes tintes comerciales, lo cual es al fin y al cabo el objetivo, sin embargo, es patente la dificultad que presenta el separar al comercio como algo independiente de la vida económica de un Estado o nación, pues buena parte del desarrollo económico se debe en gran medida a ese importante rubro.

Los cambios ocurridos a nivel internacional en los ámbitos políticos, sociales y económicos han desarrollado nuevas formas en las relaciones entre los Estados y el derecho no está al margen para intervenir ante los conflictos que se presentan en las negociaciones que celebran entre sí, por lo cual interviene en la creación de normas para regular su problemática y prevenir futuras confrontaciones. En el transcurso del tiempo, desde el surgimiento, desarrollo, auge, impacto y evolución del comercio, el derecho ha estado presente. Desde las formas más primitivas de las negociaciones comerciales, como las celebradas o llevadas a cabo entre las primeras tribus sedentarias del orbe, los usos y las costumbres fueron generando las pautas legales a seguir en todo tipo de transacciones.

El comercio, siendo un medio generador de riqueza no puede estar al margen de la economía por ser su principal motor. Sin embargo, toda sociedad, toda economía, toda política deben ser o estar necesariamente reguladas, de ahí la importancia del derecho en todos los ámbitos de la vida. Pero, ¿qué es el comercio? y ¿qué significa economía? El término comercio se entiende como: “Actividad destinada a promover la circulación de

los productos y de los títulos de crédito”²⁸, mientras, el término economía se conceptúa como “... el estudio de la manera en que los hombres y la sociedad terminan por elegir, con dinero o sin él, el empleo de unos recursos productivos “escasos” que podrían tener diversos usos para producir diversos bienes y distribuirlos para su consumo, presente o futuro, entre las diversas personas y grupos que componen la sociedad”²⁹. Estos conceptos transcritos dan una idea de lo que se entiende por comercio y economía, además, ambas actividades de cierta manera van de la mano pues el comercio es parte de la economía.³⁰

En un primer momento y para delimitar el concepto y las características básicas de lo que se conoce como Internet y específicamente comercio electrónico, tema central del presente trabajo, es de suma importancia iniciar este análisis con sus respectivas definiciones y antecedentes, para posteriormente ir abordando sus fundamentos legales y los aspectos principales a considerar para comprender su naturaleza o régimen jurídico.

Hacer referencia al origen estadounidense de Internet o del Comercio Electrónico implicaría abarcar un gran espacio del presente trabajo, pues siendo los Estados Unidos los pioneros y líderes en la materia habría que reseñar una enorme cantidad de información donde se expliquen todos y cada uno de los logros obtenidos en materia de tecnología y también en la creación de diversos organismos reguladores de tan importante materia, sin dejar de lado la mención a las más importantes disposiciones jurídicas, que son bastantes, creadas en la unión americana.

En 1995, el Federal Networking Council (FNC), organismo que representa agencias federales americanas, como la NASA y la National Science Foundation, consideró necesario establecer una definición de Internet que fuera acorde con la

²⁸ De Pina, Rafael, *Diccionario de derecho*, Ed. Porrúa, México 1979, p. 154.

²⁹ Samuelson, Paul A., *Economía Moderna*, Ed. Aguilar, Madrid 1977, p. 5.

³⁰ Al definir estos conceptos, lo que se intenta es tener una idea muy general de lo que puede entenderse por comercio y economía. Existen infinidad de definiciones, pero se eligieron las de dichos autores por ser muy claras y precisas y encerrar de cierta manera dicha idea. No podrían incluirse en el cuerpo de este trabajo otras definiciones más porque su sola explicación agotaría buena parte del espacio de este escrito.

situación temporal de ese momento, puesto que desde sus inicios había sufrido varios cambios. Es por ello que se definió como Sistema Global de Información, explicado éste como:

“...una serie de conexiones lógicas unidas por un espacio de direcciones únicas globales basadas en el *Internet Protocol* (IP) o sus protocolos; que puede soportar comunicaciones usando el *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP) u otros protocolos compatibles; y que provee usos tanto públicos como privado y servicios de alto nivel en comunicaciones...”³¹

El término comercio electrónico es prácticamente de reciente creación y puede considerarse como: “...tipo de comercio basado en la interacción entre el consumidor y el vendedor/productor a través de nuevas tecnologías, tales como Internet/WAP/TV Web, o lo que venga”³². Esta definición es, en cierta forma, similar a otras que enseguida se mencionarán, pues coinciden que como parte de su realización se requiere el uso de las modernas tecnologías de información.

Existen otras definiciones de comercio electrónico, pero por ser tan abundantes este espacio resulta insuficiente para explicarlas, no obstante, se citarán algunas solamente para diferenciar sus diversas perspectivas o sentidos que pueden tener en determinado contexto. Quizá la definición de algunos conceptos tenga ciertas disparidades en el uso de ciertos vocablos, cuando se trata de regiones diversas, sin embargo la connotación semántica en el lenguaje de la tecnología suele ser siempre el mismo.

Desde una perspectiva de las comunicaciones, el comercio electrónico “es la entrega de información, producto/servicios o pagos por medio de líneas telefónicas, redes de ordenadores o cualquier otro medio electrónico”; como proceso de negocios, “es la

³¹ Del Águila, Ana Rosa, *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital*, Ed. Alfaomega, México, 2001, p. 11.

³² Burgos, Daniel y De-León Luz, *Comercio electrónico, publicidad y marketing en Internet*, Ed. McGraw Hill, Madrid 2001, p. 3.

aplicación de la tecnología a la automatización de procesos de negocios y flujo de trabajo”; desde el punto de vista del servicio, “es una metodología de negocios que permite satisfacer a los proveedores y clientes, ahorrando costes, aumentando la calidad de los productos y la rapidez de su entrega”; en cuanto a su perspectiva *on line*, “es la capacidad para comprar y vender productos/servicios e información a través de Internet u otras redes que se encuentran interconectadas”.³³

Todas las definiciones anteriores poseen un contenido claro y preciso sobre lo que se entiende por comercio electrónico y contemplan lo que en líneas anteriores se mencionaba en cuanto a que es necesario para su realización el empleo de la tecnología. Por otra parte, el concepto comercio electrónico es conocido también como *e-commerce*, donde: “La “e” que precede toda terminología en la Red, hace alusión al término electrónico en inglés. De ahí que la anteposición a la palabra comercio venga a designar la modalidad de éste que se efectúa mediante Internet”.³⁴

Al término comercio electrónico, conocido como *e-commerce* en inglés, se le puede diferenciar de otro concepto conocido como *e-business*, donde éste último presenta un significado más amplio porque abarca las operaciones de *e-commerce* y toda la organización del negocio en general, donde estaría todo lo relacionado con la aplicación de las nuevas tecnologías informáticas.³⁵

³³ Del Peso Navarro, Emilio, *Reflexiones sobre el comercio electrónico*, Revista ABZ No. 133, México, julio de 2001, p. 27.

Los diferentes conceptos de comercio electrónico que define el autor están basados en las definiciones proporcionadas por Carlos Otero Hidalgo, en su texto *El Comercio Electrónico. Fundamentos y situación en España*, editado por Esin, Madrid, 1998, en relación a sus diversas perspectivas.

Otra definición citada en la mencionada revista, ABZ, es la de Santiago Muñoz Machado, que en su libro denominado *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, de editorial Taurus, Madrid 2000, define al comercio electrónico como: “una actividad mercantil en el que dos o más interesados se ponen de acuerdo en un intercambio y se reconocen mutuamente derechos y obligaciones relacionadas con el mismo”.

Como se dijo en el cuerpo del escrito, líneas arriba, existen muchas definiciones sobre comercio electrónico, pero de momento, será suficiente mencionar o citar las ya escritas para tener una mejor ubicación del tema.

³⁴ Lagares, Diego, *Internet y el Derecho*, Ed. Ediciones Carena, Barcelona 2000, p. 104.

³⁵ De la Garza, Mario, *Internet y comercio electrónico*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental, México 2000, p. 229.

De hecho el propio concepto de *e-business* se creó mucho antes de que se popularizara Internet y era empleado en los años setenta de manera frecuente en las redes financieras que utilizaban soluciones de hardware y software de carácter privado. Incluso el Intercambio Electrónico de Datos (EDI) fue también un medio empleado antes del éxito de Internet. No obstante, fue hasta el año de 1997 cuando la empresa IBM utilizó por primera vez el término *e-business*, justo cuando inició su primera campaña temática centrada en tal término.³⁶

Antes de que apareciera el término *e-business* se empleaba de manera común y sin distinción alguna la frase *e-commerce* pues vender era la idea principal que abarcaba este concepto, por lo tanto al cambiarse por *e-business* se amplió el espectro y el enfoque del término tradicional al incorporarse otros tipos de negocios en la Web. Por ello el vocablo *e-commerce* quedó comprendido como un aspecto del *e-business* que incluye el marketing electrónico, las franquicias electrónicas y el *e-mail*, entre otros servicios. Literalmente, la empresa IBM define al *e-business* como “una manera segura, flexible e integrada de brindar un valor diferenciado combinando los sistemas y los procesos que rigen las operaciones de negocios básicas con la simplicidad y el alcance que hace posible la tecnología de Internet”.³⁷

Aunque estén delimitados los conceptos de *e-commerce* y de *e-business*, ambos son interdependientes, lo mismo sería si se agregan otros términos como los de Internet, globalización, tecnología y sociedad de la información. Esta amalgama de conceptos se ha hecho tan popular que ya resulta difícil delimitar a cada uno de ellos y también difícil será, por no decir imposible, detener el avance que los negocios en línea están teniendo desde la mitad de la pasada década y que en gran medida han sido la principal atracción de quienes contratan el acceso a Internet.

³⁶ Amor, Daniel, *La (R) evolución E-business*, Ed. Prentice Hall, Buenos Aires, 2000, p. 7.

³⁷ Amor, Daniel, *La (R) evolución E-business*, Op. Cit. p. 7.

El concepto denominado *e-business* que se ha comentado en líneas previas está dividido, según los teóricos, en tres áreas básicas. La primera de dichas áreas está representada por los accesos que se pueden hacer internamente en una empresa por medio del *Intranet*. La segunda área está representada por el denominado *business to business* realizado entre dos empresas a través de *Extranet*. Esta red privada apareció mucho tiempo antes que Internet y los resultados de sus operaciones fueron siempre de éxito no obstante sus altos costos de instalación y mantenimiento, pero que posteriormente Internet vino a remediar al ser un medio electrónico menos costoso y más efectivo para los mismos e incluso nuevos propósitos de los negocios. Respecto a la tercera de las áreas en comento, está la más importante denominada como *business to consumer*, lo que tradicionalmente se conoce como *e-commerce* y que consiste en vender productos por la Web. Aunque en el aspecto técnico no existen diferencias significativas entre las tres áreas mencionadas, puede señalarse que *Intranet* y *Extranet* son subgrupos de *Internet* pero con acceso limitado a ciertos grupos.³⁸

Si bien, el comercio electrónico se conceptúa como todas aquellas transacciones mercantiles que se realizan a través de Internet, vale la pena preguntarse ahora a partir de cuándo nace esta nueva forma de comercialización que, aún cuando es común y cotidiana en algunos países, todavía no tiene una delimitación jurídica que la respalde a plenitud tanto en sus ámbitos domésticos o nacionales como en sus operaciones internacionales o transnacionales con los demás países del orbe.

Respecto al origen de Internet como medio de comunicación global éste se ubica en los Estados Unidos, cuando en el año de 1957 se creó la Agencia de proyectos Avanzados de Investigación (ARPA, por sus siglas en inglés, Advanced Research Projects Agency) que posteriormente se integró al Departamento de Defensa de EEUU con la idea de desarrollar la ciencia y la tecnología en el ámbito militar y para lo cual requería de la instalación de redes que permitieran la comunicación. Esta etapa fue prolífica para el desarrollo de investigaciones en el área de la informática

³⁸ *Op. Cit.* pp. 9 y 10.

fundamentalmente al crearse importantes centros de investigación como el del Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT), entre otras instituciones como la RAND Corporation y el Laboratorio Físico Nacional en Inglaterra (NPL, National Physical Laboratory) en donde con el apoyo de expertos e investigadores comenzaron a crear trabajos importantes que paulatinamente culminaron en la creación de la redes de la comunicación electrónica.³⁹

El nacimiento de la redes de computadoras fue en el año de 1965 cuando en un proyecto auspiciado por ARPA, Roberts y Merrill lograron conectar dos computadoras, una TX-2 ubicada en Massachussets y una Q-32 situada en California, a través de una línea telefónica de baja velocidad con lo cual se generó la primera red computacional de área extensa (Wide-area computer network). Este se tiene considerado como el primer paso para los subsecuentes desarrollos de la tecnología en esta materia.⁴⁰

En 1967, durante el Simposium de la Asociación para las Máquinas de Computación (ACM, Association for Computing Machinery), celebrado en Gatlinburg, en Tennessee, EEUU, se conocieron los avances realizados por el MIT, la RAND Corporation y el Laboratorio Físico Nacional en Inglaterra, en cuanto a la conexión entre computadoras a través de la redes, donde además se dio a conocer a la red pionera de conmutación de paquetes denominada como ARPANET. El Departamento de Defensa de los Estados Unidos en 1969 aprobó la investigación de ARPANET, constituyéndose así la primera configuración de red con el uso de cuatro computadoras ubicadas en diferentes sitios. Estas sedes se ubicaron en la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA); en el Instituto de Investigación de Stanford (SRI, Stanford Research Institute); en la Universidad de California en Santa Bárbara (UCSB) y la cuarta sede en la Universidad de Utah.⁴¹

³⁹ Del Águila, Ana Rosa, *Op. Cit.*, p. 147.

⁴⁰ *Op. Cit.*, p. 147.

⁴¹ *Ibidem*, p. 149.

Con la creación en 1969 de ARPANET, en el contexto militar, se considera formalmente creado también lo que hoy se conoce como Internet, considerándose a dicha agencia como "...una red experimental diseñada en investigaciones promovidas por el Departamento de Defensa de EE.UU. con el objetivo de establecer una red informática de comunicación que tuviera la capacidad de redirigir automáticamente la información... evitando partes de la red colapsadas".⁴²

Si el origen de Internet se considera básicamente militar por haber estado ARPANET financiado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, a través de ARPA que en un principio se caracterizó por tener fines de investigación académicas, existieron a la vez otros elementos para considerar así su nacimiento si se toma en cuenta que hubo también participación de algunas empresas en la constitución de ARPANET y cuyos objetivos estaban dirigidos a la conformación de redes computacionales en los sistemas de comunicación de los Estados Unidos en donde incluso se había analizado la posibilidad de que éstas resistieran un ataque nuclear.⁴³

En cuanto a las subsecuentes décadas, la evolución de Internet fue metódica en lo que respecta a los setentas y ochentas y de manera más vertiginosa lo fue en la de los noventas. La década de los setenta se caracterizó por el desarrollo de protocolos y software de red, de ahí que se haya creado el primer protocolo *host to host*, un protocolo de control de Red que podía poner en contacto las computadoras que funcionaban con diferentes sistemas y que hasta el año de 1982 fue utilizado por ARPANET. Esta década fue significativa porque por primera vez se creó un programa de correo electrónico para enviar mensajes entre redes distribuidas y que posteriormente se mejoró al instalarle funciones específicas para almacenar, clasificar, seleccionar y responder los mensajes. El correo electrónico fue la herramienta más empleada en las redes constituidas por ARPANET.⁴⁴

⁴² De Miguel, Pedro, *Derecho privado de internet*, Ed. Civitas, 3ª. ed., Madrid 2002, p. 27.

⁴³ Del Águila, Ana Rosa, *Op. Cit.*, p. 149.

⁴⁴ *Op. Cit.*, p. 150.

Un aspecto importante a considerar y que marca una nueva era de Internet es la primera conexión internacional realizada en el año de 1973 por ARPANET, entre los 37 *host* de Estados Unidos con la University College of London, en Inglaterra, y el Royal Radar Establishment, en Noruega. Sin embargo, el gran problema que aún no podía resolverse en ese tiempo era el relativo a la falta de un protocolo uniforme que pudiera conectar diferentes redes de conmutación de paquetes interconectadas. Ante tal deficiencia se instauró un programa denominado Interneting, donde trabajaron como investigadores Kahn y Cerf, de donde se originó la palabra Internet y del cual en 1974 surgió el denominado Transmisión Control Protocol (TCP) que posteriormente se convirtió en el Transmisión Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP).⁴⁵

Aunque la década de los setentas estuvo caracterizada por el avance y el descubrimiento de ciertas herramientas de la tecnología para las redes de comunicación, no habría espacio en este trabajo para reseñar cada una de ellas, por ello habrá que mencionar la siguiente década, la de los ochenta, en donde también se obtuvieron significativos logros en la materia y que marcaron la pauta para desarrollar lo que hoy se conoce como Internet. En este periodo surgió el Transmisión Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP) que sirvió para subsecuentes creaciones de redes de carácter científico como la Computer Science Net (CSNET) y la Because It's Time NETwork (BINET) que brindaron servicios de comunicación entre universidades, servicios de correo electrónico y servicios para investigadores universitarios y de la industria que no tenían acceso a la agencia ARPANET.⁴⁶

Un hecho significativo ocurrido en los años ochenta fue cuando en 1983 ARPANET y CSNET establecieron una pasarela para correo electrónico y se creó la red MILNET, separada de ARPANET, misma que se convirtió en una red para uso militar exclusivamente. Estas tres redes estuvieron unidas por los protocolos TCP/IP y sirvieron de preámbulo para que poco a poco otras redes de Estados Unidos se le fueran uniendo,

⁴⁵ *Ibidem*, p. 151.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 153.

así como también redes de otros países, lo cual originó que a partir de esa fecha a dicha conexión se le conociera con el nombre de Internet, puesto que surgió como parte del proyecto *Internetting*.⁴⁷

Un poco más avanzada la década de los ochenta, los Estados Unidos siguieron generando nuevas herramientas tecnológicas que redundaron en una significativa mejoría en los sistemas de comunicación electrónicos, como el surgimiento en 1983 en la Universidad de Wisconsin del *Name Server* que serviría de modelo para lo que posteriormente se denominó *Domain Name Server* con la incorporación del TCP/IP incluido en la versión del sistema operativo UNIX, desarrollado en la Universidad de California. A esa época corresponde también el desarrollo del correo electrónico con uso de líneas telefónicas dirigido a usuarios preferentemente representados por empresas y particulares. Sin embargo, como la red ARPANET servía a un número limitado de usuarios, compuesto principalmente por personas del gobierno o de grandes corporaciones, la National Science Foundation (NSF) de los Estados Unidos propuso que el servicio se extendiera a otro tipo de público, como el de universidades y empresas particulares. Respecto a la década de los noventa se puede mencionar sin mayor detalle que ésta contribuyó a perfeccionar muchos de los modelos de redes que ya se habían utilizado en la anterior década. Es en estas fechas cuando ARPANET deja de existir para dar paso a la red de computadoras que actualmente se conoce como Internet.⁴⁸

El uso del teléfono como medio de acceso a la red fue un gran paso que permitió ya no solamente a las grandes empresas e instituciones educativas el uso de Internet, sino que permitió también que el usuario común desde su casa pudiera tener las ventajas de uso de esa forma de comunicación, aunque ahora con la incorporación de otros medios de acceso a la red, como los cable-módem y la tecnología satelital, se han diversificado los modos de entrada y se siguen invirtiendo grandes cantidades en

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 153.

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 154.

desarrollar otras formas para que los particulares tengan mayores facilidades de acceso.⁴⁹

Paulatinamente y en otros contextos a nivel internacional (educativos, empresariales y particulares) han aparecido redes semejantes que facilitan la comunicación entre éstos, como ocurre en la actualidad en donde el Internet o la red de redes como se le conoce indistintamente está conectada con la mayoría de las redes existentes en el mundo. Internet es la más grande red pública abierta a la cual puede acceder cualquier persona y que está compuesta por un gran número de servidores y redes computacionales entrelazadas a nivel mundial, cuyos múltiples “proveedores de acceso o conectividad” utilizan un protocolo común de comunicaciones que constituye “la telaraña de la información”. Este recurso tecnológico permite el intercambio de información desde cualquier parte del mundo, sin importar en cierta medida a los usuarios conocer o saber el lugar físico donde se encuentre el servidor que ayuda a la distribución de tal información.⁵⁰

El uso de Internet requiere de un soporte tecnológico que para la mayor parte del público puede resultar complicado de entender. Como parte básica de su constitución se encuentran los denominados protocolos ya antes descritos. Con el protocolo TCP (*Transmisión Control Protocol*) se divide la información en paquetes mismos que se numeran para ordenarse correctamente en la computadora de destino e incorpora los datos necesarios para transmitir y decodificar dichos paquetes. Existe también el protocolo IP (*Internet Protocol*) que se encarga de que los paquetes se etiqueten con las direcciones precisas.⁵¹

⁴⁹ Martínez Fazzalari, Raúl, *Régimen Público de Internet*, Ed. AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 13.

⁵⁰ Jijena Leiva, Renato, Palazzi, Pablo Andrés y Téllez Valdés, Julio, *El derecho y la sociedad de la información*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, librero-editor e Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México, México, 2003, p. 14.

⁵¹ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.* p. 28.

No se tratará en este espacio de desarrollar toda una descripción técnica de qué es y cómo funciona el Internet, solamente se tomarán como referencia los conceptos más relevantes que ayuden a tener una idea más clara de lo que éste es y cómo es empleado en las actividades comerciales y las repercusiones jurídicas que esto genera.

La ventaja que se tiene con los mencionados protocolos es que una computadora conectada en red a otra puede transmitir información desde cualquier parte del mundo, para ello el protocolo TCP divide toda la información y llegan a su destino a través de los enrutadores o routers que permiten conectar dos o más redes y eligen las rutas, existen varias, por donde se envían los paquetes de información. Los servicios de Internet no son limitados, posee una serie de posibilidades en la comunicación tales como el correo electrónico, las charlas interactivas en tiempo real, los noticieros actualizados, las compras y las ventas en línea, intercambios de información, transferencias de archivos, por medio de FTP, o bien consultas al WWW.

La denominada Red de redes WWW (World Wide Web) con su interfaz y los navegadores empleados para su utilización hacen más sencillo el acceso a los servicios de Internet. Los hipertextos o páginas Web pueden combinarse con otros recursos de tal manera que a los textos se le pueden agregar imágenes, sonidos y video. La información intercambiada por la Red entre una computadora y otra requiere tener ciertos estándares comunes, como el formato *HTML* que almacena la información y el protocolo *http* para transmitir los ficheros de hipertexto por Internet, mismo que debe ser necesariamente utilizado para que los navegadores se comuniquen con los servidores.

Las empresas y los particulares que contratan los servicios de Internet se consideran titulares de su red de conexión y pueden generar sus propias páginas *Web* o documentos de hipertexto para los usos que les convengan. Es evidente que al hacer la contratación, la propia compañía contratante proporciona al usuario una cuenta de correo individualizada para enviar y recibir mensajes de otros usuarios.

Para el uso de Internet o la prestación de sus servicios se requiere el trabajo de diversas personas o actores involucrados en donde cada uno de ellos desempeña un papel indispensable para su funcionamiento. Entre los principales actores de Internet se pueden destacar los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso, los

proveedores de servicios, los suministradores de servicios en línea y de contenido y prestadores de servicios de la sociedad de la información y por último los usuarios.⁵²

Los denominados operadores de telecomunicaciones son aquellos que disponen de la infraestructura necesaria para que se permita la transmisión de datos. Para este caso, el principal medio utilizado por dichos operadores para acceder a Internet es la línea telefónica, aunque existen también otros medios, como los sistemas de cablevisión que pueden otorgar ese mismo servicio con la ventaja de no interferir con el uso de la línea de teléfono que bien podría emplearse para realizar otras actividades. Para quienes son titulares de redes públicas de telecomunicaciones las leyes locales establecen una serie de obligaciones para que proporcionen el mismo tipo de servicio al público que lo solicite.⁵³

Existen los proveedores de redes de conexión internacionales que proporcionan el servicio de interconexión de las diferentes redes de proveedores de conexión, a nivel global, en donde están consideradas las redes de las agencias federales de los Estados Unidos, las grandes redes de los proveedores comerciales y las propias redes internacionales. Por otro lado, se encuentran los operadores locales o proveedores de conexión que garantizan la conexión entre el usuario final y las redes de tránsito. Estas redes son operadas localmente por operadores que trabajan de manera aislada o en empresas dedicadas a gestionar los enlaces que pueden pertenecer a una región, a un país o a un estado o provincia del propio país.⁵⁴

⁵² *Op. Cit.*, pp. 38 a 43.

Considerando la literatura existente de diferentes partes del mundo, en algunos países el nombre de los actores de Internet podría variar en cuanto a la manera de mencionarlos, pero no varían semánticamente en cuanto a su significado, por decir los llamados proveedores de acceso serían los mismos denominados como proveedores de conexión. En última instancia se tratará de explicar sobre quiénes pueden proporcionar o proveer el acceso a Internet, los servicios de Internet y los servicios en línea hasta llegar a la persona que usa el servicio y que al final de cuentas en la parte más importante que ha contribuido al éxito de esta denominada Red de redes.

⁵³ *Op. Cit.*, pp. 38 y 39.

⁵⁴ Del Águila, Ana Rosa, *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital*, Ed. Alfaomega, México, 2001, p. 17.

Respecto a los proveedores de acceso a Internet, éstos son quienes proporcionan el servicio de conexión a la Red y garantizan la conexión de la computadora (ordenador) del cliente a Internet. Por otra parte, quien suministra los servicios en línea son aquellos que proporcionan información a los abonados a su sistema cerrado cuando se trata evidentemente de redes propias donde se alojan páginas de terceros, y se encuentran diferentes tipos de servicios en forma de páginas Web, correos electrónicos, buscadores, entre otros.⁵⁵

Por su parte, los suministradores son los titulares de la información y de los datos que constituyen los contenidos de las páginas Web, por mencionar un suministro, que se localizan y se comunican por medio de Internet. Estos contenidos pueden estar producidos por el suministrador de servicios en línea o bien por un tercero.⁵⁶

La figura del prestador de servicios que la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de España (LSSI) introduce en su Artículo 1, sobre su objeto, determina la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en cuanto a sus obligaciones como prestador de servicios y donde se incluye a los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por la Red. Esta figura por ser de suma importancia su función merece mención aparte, en líneas posteriores, y en el contexto de la propia ley que lo regula.⁵⁷

Por último, la parte actora de Internet representada por los usuarios no requiere una definición precisa para saber de quienes se trata, en todo caso basta señalar que desde el nacimiento de la Red el perfil de quienes la usan ha variado significativamente. En un principio y tal y como se señaló con antelación los usos de Internet fueron principalmente dedicados a la investigación y a la educación hasta llegar ahora a diferentes tipos de usuarios cuya ocupación o función no siempre se caracteriza con

⁵⁵ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.* p. 41.

⁵⁶ *Op. Cit.* p. 41.

⁵⁷ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, Ed. Práctica de derecho, S.L., Valencia, 2002.

dichos fines, sino que comprenden otros aspectos representados en gran medida por organismos, empresas, profesionales y consumidores.⁵⁸

En los años ochenta el uso de Internet estaba limitado a pocos usuarios por no existir servidores suficientes para atender a un número mayor de población, sin embargo, es hasta los años noventa cuando en realidad se inicia el verdadero auge en el uso de la red al surgir diversas compañías prestadoras de este servicio. Es por ello que las estadísticas marcan poco más de cuatrocientos millones de usuarios de Internet en todo el mundo, estando los Estados Unidos y Canadá a la cabeza con más de ciento sesenta millones de habitantes conectados al servicio, seguidos por Europa y Asia con más de cien millones. Latinoamérica estaría en cuarto sitio con poco más de dieciséis millones, de los cuales más de cinco millones son mexicanos.

Las cifras tan altas de usuarios de Internet son aún pocas si se considera que la población mundial o por regiones es mucho mayor que la que hace uso del servicio, no obstante, los números han generado también problemas al duplicarse algunos nombres con las extensiones *punto com* (.com), por lo cual ha intervenido la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para tratar de resolverlos. En este caso, las legislaciones de cada país también intentan resolverlo y es por ello que los sufijos empleados en cada región, como en México lo es el *punto mx* (.mx), tienen sus propias leyes para permitir su uso.

Los Estados Unidos por ser el país pionero en la creación, instauración y desarrollo de Internet, evidentemente es quien presenta los grandes avances en materia de tecnología, pero también va a la vanguardia en cuanto a la creación de diversas normas reguladoras del uso de las redes y de sus diferentes modalidades de uso. No podría dejarse al margen la mención de la creación del denominado Libro Blanco por parte del Departamento de Comercio de los Estados Unidos creado en junio de 1998 cuya Declaración política sobre la administración de los nombres y direcciones de Internet

⁵⁸ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.* p. 43.

sirvió de base para la creación de ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), organismo no lucrativo que cuyo objetivo es la administración el espacio de direcciones de IP (Internet Protocol) y el sistema de nombres de dominio.⁵⁹

En España, se publicó una noticia donde se informa que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información inició un proceso de consulta pública del borrador del Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet, que tiene entre sus prioridades el reordenar el espacio disponible bajo el dominio *punto es* (.es), con el fin de hacer éste más abierto y competitivo⁶⁰. Esta nota es una muestra palpable de lo que muchos países están haciendo para regular el uso de Internet, ante su auge y desarrollo.

En cuanto al medio de conexión que ofrece el servicio de Internet, a éste se le conoce como *Internet Service Provider* (ISP) y es proporcionado por empresas que poseen un servidor que facilita el acceso a la red a sus usuarios, desde sus hogares, a través de una conversión analógica y digital de la línea telefónica con ayuda de un módem-fax.⁶¹

Como no se trata en este trabajo de hacer una explicación detallada de todos los elementos técnicos que se emplean en los servicios de Internet, sino de su regulación jurídica desde el punto de vista del comercio, será menester explicar, si no en profundidad, al menos sí las principales normas que conforman su marco legal en las regiones consideradas pioneras en la materia como lo son los Estados Unidos y la Unión Europea, donde se incluirá España, sin dejar de hacer la referencia y la comparación con México cuyo marco jurídico es aún incipiente en temas de comercio electrónico. En relación al uso de Internet para efectos del comercio, la tecnología no representa más problemas que aquellos derivados de las dificultades técnicas o de transmisión propias

⁵⁹ *Op. Cit.*, p. 35.

⁶⁰ *Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet*, v/lex España, http://v2.vlex.com/es/asp/canales_noticias.asp, de 12 de abril de 2002, 6:12 pm., p. 1 de 1.

⁶¹ Lagares, Diego, *op. cit.* p. 19

de su empleo, sin embargo, donde mayor discrepancias se detectan es en la normatividad que rige los servicios de las comercializaciones tanto en el ámbito nacional como el internacional.

Vinton Cerf, considerado como uno de los padres de Internet, enfatiza que el Internet de los años setentas y ochentas era más académico y militar, en tanto en la actualidad es más comercial y político, por lo cual las cuestiones tecnológicas pasan a veces a un segundo plano en relación con el motor comercial en que se ha convertido la Red, pues mucha de su problemática actual tiene que ver más con los procesos de comercialización que se realizan a través de ella que de cualquier otra cuestión relacionada con su estructura o funcionamiento.⁶²

Vale la pena destacar, cómo los problemas iniciales que había presentado la tecnología se han ido disipando poco a poco, pero a la vez se han ido generando otros nuevos. Por decir algo, al principio era más importante crear la infraestructura tecnológica para proporcionar el servicio de Internet a los usuarios; después, era necesario crear los diferentes espacios en la Red para ofrecer las alternativas de servicio a los interesados, entre ellas las de Comercio Electrónico; ahora, entre otros problemas, está el de la normatividad o reglamentación jurídica por los diferentes usos que se tienen de Internet, entre los cuales, por supuesto, estaría la del Comercio Electrónico.

A manera de antecedente, el Internet para usos comerciales o el denominado Comercio Electrónico, definido como “hacer negocios electrónicamente” (Comisión Europea; 1997)⁶³, tiene su génesis en los años setentas, donde ya existían formas de comercio electrónico con la combinación de los medios informáticos y de las telecomunicaciones, específicamente desde el año de 1978 con el llamado *Electronic*

⁶² *Cambio*, No. 3, 13 de enero de 2002, México.

En esta revista se hace una reseña de la entrevista realizada a través de correo electrónico entre el diario The New York Times y Vinton Cerf, pionero de Internet. En la entrevista Cerf hace diversas reflexiones sobre el origen, el desarrollo y el futuro de Internet, donde menciona también sobre las dificultades que han representado para los gobiernos la libertad de expresión que abierta e ilimitadamente se manifiesta por medio de la Red, pero también menciona sobre las enormes ventajas que se le presentan a la sociedad con el uso de los diferentes servicios que ofrece Internet.

⁶³ Briz, Julián y Laso, Isidro, *Internet y Comercio Electrónico*, Ed. ESIC-Mundi-Prensa, Madrid, 2000, p. 78.

Data Interchange, Intercambio Electrónico de Datos (EDI), en los sectores automovilistas y en las compras al menudeo y con el Computer Assisted Lifecycle Support (CALs) en el sector de la Defensa y en la fabricación pesada.

De hecho los sistemas EDI fueron el paradigma de contratación electrónica, mucho antes de la aparición y desarrollo de Internet. El uso de este sistema se refiere generalmente a la contratación que realizan por medios electrónicos las empresas *business to business*, en donde la celebración de la contratación supone acuerdos previos en donde se regula la manera cómo se realizará el intercambio y los medios que se emplearán para garantizar la seguridad y la autenticidad de los mensajes, así como el carácter vinculante que existirá entre las partes, los formatos a emplear, entre otros aspectos que habrán de perfeccionar la voluntad de quienes hacen la contratación.⁶⁴

No obstante el uso frecuente y la experiencia previa que se tuvo con el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), no es sino hasta cuando aparece Internet de manera formal, con su consecuente uso generalizado y que al tener como instrumento jurídico por excelencia a la contratación electrónica, comienzan a predominar las negociaciones en la Red global.⁶⁵

El término Comercio Electrónico comprende "...el intercambio electrónico de bienes físicos o intangibles, como por ejemplo: información. Esto comprende todas las etapas de la transacción, tal como el marketing *on line*, los pedidos, el pago y el soporte para la distribución."⁶⁶ Incluye también los servicios post-venta y los consejos legales *on line*, así como soportes electrónicos para la intercomunicación y la colaboración entre empresas.

⁶⁴ S. Ripe et al, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, p. 40.

⁶⁵ *Op. Cit.*, p. 40.

⁶⁶ Briz, Julián y Laso, Isidro, *Op. Cit.* p. 78.

El Comercio Electrónico se desarrolla predominantemente a través de Internet, una red internacional abierta al público cuyas computadoras están interconectadas y utilizan los protocolos denominados Transmisión Control Protocol e Internet Protocol (TCP/IP). Los costos que genera el uso de Internet donde se incluye el equipo y el software necesarios para su funcionamiento y el uso de los protocolos antes indicados son menores al empleado por el EDI.

El Comercio Electrónico basado en Internet (*Internet-based e commerce* o *Internet Commerce*) emplea Internet como plataforma tecnológica y entre otras características o ventajas que posee esta modalidad es el que facilita la globalización de la economía en un entorno mundial abierto y el número de participantes es ilimitado. El otro aspecto del comercio electrónico es el tradicional (tradicional e-commerce) que utiliza Redes de Valor Añadido cuyas características son el que solamente intervienen organizaciones y/o empresas, usa entornos cerrados donde solamente interactúan los agentes de un sector y las redes cerradas son propiedad de quienes participan.

La modalidad de comercio electrónico tradicional tiene una ventaja sobre el comercio electrónico basado en Internet y es el hecho de que los participantes al conocerse entre sí tienen mayor confianza entre sí y más seguridad en la Red que previamente ellos mismos diseñaron.⁶⁷

Las diferencias entre el Comercio Electrónico basado en Internet (*Internet Commerce*, como lo denomina el Departamento de Comercio de los estados Unidos) y el Comercio Electrónico Tradicional, basado en otras redes, son evidentes y quienes se encargan de realizar negociaciones a través de éstos medios cada vez se inclinan más o están migrando hacia el Internet Commerce, incluidos los sistemas EDI. Esto representa un avance y desarrollo en el empleo de este medio lo cual genera nuevas oportunidades de comunicación e intercambio entre las partes contratantes, así como la reducción de costos en las comunicaciones. El Comercio Electrónico, las aplicaciones comerciales de

⁶⁷ Del Águila, Ana Rosa, *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital*, Ed. Alfaomega, México, 2001, pp. 42 y 43.

Internet, se sigue desarrollando de manera significativa en su modalidad business to business (de empresa a empresa) por lo cual habrán de seguir implementándose estrategias para mejorar los servicios y crear un marco legal que vaya acorde a los cambios que la tecnología vaya dictando.⁶⁸

No obstante de haber tenido un inicio limitado, actualmente las diferentes formas del comercio electrónico se han desarrollado de manera muy significativa, de tal manera que su uso se ha hecho muy accesible ante las nuevas tecnologías fáciles de usar y con los costos operativos reducidos que ofrecen las empresas contratantes, mismas que han resultado atractivos para las empresas solicitantes de los servicios de Internet.

Son diversos los campos o los giros comerciales que las empresas han desarrollado a través de Internet que muchos de ellos han resultado ser negocios con fuertes ventajas competitivas, pero que también de cierta manera han generado y brindado ventajas para los consumidores que por su parte han visto modificado su comportamiento con esta nueva forma de adquirir bienes y servicios por medio de la tecnología y que con sus demandas inciden y contribuyen a que las mismas empresas amplíen más su campo de acción con la apertura de nuevas opciones dentro del comercio electrónico que satisfagan sus necesidades por medio del ofrecimiento de sus productos con estos nuevos modelos de negocios colocados en Internet.

Si bien, ya se comentó con anterioridad, a grandes rasgos, sobre el origen o los antecedentes más remotos del comercio electrónico, definitivamente, es Estados Unidos el pionero en esta materia y es a la vez el lugar donde más se ha desarrollado esta forma de comercialización por la red. Los antecedentes de Internet en los Estados Unidos, como se explicó con anterioridad, se ubican en el año 1963 cuando se solicita a Larry Roberts una infraestructura de comunicaciones de datos tendiente a impedir que la destrucción de una parte afectara el funcionamiento total del sistema. Es por ello que a partir de 1969 surgió, con fines militares, la red "Arpanet", hecha por ARPA (Advanced Research

⁶⁸ *Op. Cit.*, p. 45.

Projects Agency) dependiente del Departamento de Defensa⁶⁹, por medio del cual se interconectaban varios centros de cálculo.

Posteriormente, hacia el año de 1983, los fines militares de Internet se abrieron a otros campos como el de la educación y el científico y es en el año de 1986 cuando NSFNET interconecta seis centros de supercomputación que constituyeron las llamadas redes troncales, con mayor jerarquía, seguidas después por redes intermedias para llegar a un nivel más bajo a las redes locales donde se encuentran los proveedores de servicio. Para evitar que todos los datos pasen por la red troncal de Estados Unidos se han creado otras redes troncales en otros países.⁷⁰

Ahora, Internet ha adquirido un uso diverso que abarca otros aspectos, tanto de carácter profesional, personal como comercial, mismos que dejan atrás los motivos netamente militares que lo llevaron a su constitución en un principio. Sin embargo, no obstante el avance tecnológico en la creación y desarrollo de la Red de redes (Internet) y el desarrollo del comercio por ese medio electrónico, su regulación jurídica sigue siendo uno de los problemas frecuentemente tratados por los expertos, básicamente en lo relativo al Comercio Electrónico en Internet, en donde los civilistas siguen cuestionando hasta dónde llega el principio de la autonomía privada.

En 1978 surgió en Estados Unidos el llamado Electronic Funds Transfer Act (EFTA) considerado como el estatuto federal que cubre una amplia gama de transferencias electrónicas de dinero o de fondos que incluyen transacciones desde los puntos de venta y otros pagos de los consumidores⁷¹, lo cual marcó una pauta para las subsecuentes compraventas hechas a través de los medios electrónicos. En apartados siguientes se hará referencia a los ordenamientos jurídicos que surgieron posteriormente

⁶⁹ Barriuso Ruiz, Carlos, *La Contratación Electrónica*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 36.

⁷⁰ Barriuso, Ruiz, Carlos, *Op. Cit.* p. 36.

⁷¹ Shaw, Paul D., *Managing Legal and Security Risks in Computing and Communications*, ed. Butterworth-Heinemann, Woburn, MA, USA, 1998, p. 113.

La traducción literal de esta cita es la siguiente: "The Electronic Funds Transfer Act (EFTA) o 1978...is the federal statute that covers a wide range of electronic funds transfers, including point-of-sale transactions and other consumer payments".

para regular el comercio electrónico, entre los cuales destaca el *Uniform Commercial Code* (UCC) que define las normas y procedimientos reguladores de las transacciones comerciales donde se contemplan las ventas y los métodos de pago llevados a cabo en la mayor parte de Estados Unidos.⁷²

Es importante destacar el trabajo legislativo que los Estados Unidos han desarrollado en materia de comercio electrónico, pero también en relación a los medios de seguridad y de protección de datos que las propias transacciones comerciales necesitan, requieren y demandan. Los Estados Unidos emitieron en el año de 1997 un documento denominado “Un marco para el comercio electrónico global”, donde se plasma el principio de libertad como base para su regulación, siendo la autonomía privada el principio jurídico básico.⁷³ Si bien, los Estados Unidos son pioneros en la creación y desarrollo de Internet y específicamente en la comercialización o compraventa de artículos a través de dicho medio electrónico, no ha sido sino hasta la década de 1990 cuando se han registrado los más altos volúmenes de mercancías o bienes adquiridos por medio de la red, por lo cual las normas reguladoras de tal materia han tenido que ser creadas y modificadas de manera constante para estar a la vanguardia de los cambios que se han estado presentando hasta nuestros días.

La estrategia empleada por los Estados Unidos para afrontar los temas que más demanda la economía digital están centrados en el fortalecimiento de la infraestructura de Internet y en las tecnologías de redes relacionadas, así como en regular sus contenidos y reafirmar y afianzar los mercados internacionales cuya normatividad aún no está bien definida ni estandarizada en relación con los demás países que intervienen en sus negociaciones. Las leyes reguladoras de Internet en Estados Unidos, y que posteriormente se comentarán, han sido determinantes para su desarrollo en la actualidad, no obstante que muchas de ellas pueden considerarse profusas y ambiguas,

⁷² Shaw, Paul D., *Op. Cit.*, p. 115.

La traducción literal de la cita es la siguiente: “The Uniform Commercial Code (UCC) sets rules and procedures that govern commercial transactions, including sales and payment methods, in most of the United States”.

⁷³ S. Ripe et al, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2003, p. 40.

pero es un hecho que parte de su avance sea debido a la *Ley de las Telecomunicaciones* de 1996, aunque solamente se menciona a Internet en dos artículos de la misma.⁷⁴

Los cambios ocurridos en materia de telecomunicaciones han dejado un hueco legislativo que paulatinamente se ha intentado llenar con normas que muchas de las veces no logran dar alcance a la rapidez con que se presentan e instauran los nuevos sistemas informáticos para desarrollar, entre muchos otros aspectos, el de comercio electrónico. Se ha dicho en infinidad de análisis sobre la materia, que la tecnología no es suficiente en el avance y desarrollo de la ciencia y de la humanidad si no se tiene antes una normatividad que vaya acorde a la cambiante realidad y se tengan a tiempo o de manera oportuna las propuestas de reforma jurídicas que vayan regulando y previniendo esos cambios. Los medios electrónicos, como Internet, han tenido un crecimiento y desarrollo inusitado en los últimos años, sin embargo, la función de los sistemas legales, tanto internos como externos, se han visto rebasados por la propia sociedad de la información al no poderse controlar ni regular aún toda una serie de actividades que la misma ha generado.

Existen discrepancias entre los propios ordenamientos legales nacionales de un país a otro, así como con las disposiciones internacionales, al no tenerse en claro ciertas cuestiones que se plantean por el uso de la Red. Uno de esos conflictos es la propia determinación de la jurisdicción aplicable a ciertas transacciones realizadas en línea y cuyas partes se encuentran en diferentes regiones geográficas; ante este conflicto se plantean muchas dudas que la legislación trata de disipar cada día. Al respecto, se indica que los retos de Internet, en este campo de la jurisdicción, giran alrededor de tres tipos de

⁷⁴ Briz, Julián y Laso, Isidro, *Internet y Comercio Electrónico*, Op.Cit. p. 237.

Al menos es un gran avance, el que una norma tan importante como la Ley de Telecomunicaciones tome en cuenta y considere al Internet en algunos de sus artículos. La práctica ha demostrado que en muchos países, tanto desarrollados como subdesarrollados, aún no regulan en sus normas la figura de Internet, no obstante que tiene un uso generalizado en sus regiones y mantienen también, en el renglón mercantil, un volumen muy alto de comercialización por este medio electrónico.

ésta: la establecida, la adjudicada y la impuesta por la dificultad que implica a veces localizar la legalidad más pertinente que ocurra en Internet.⁷⁵

Sobre las cuestiones relacionadas con la jurisdicción, se deben tomar en cuenta las dificultades que se presentan para definir el régimen legal en el denominado Ciberespacio, lo cual algunos consideran un problema de derecho que tiene marcadas connotaciones dentro del ámbito espacial de validez de las leyes. De esta manera, la doctrina legal tradicional considera a la Red como un simple medio de transmisión que facilita el intercambio de mensajes enviados desde una localidad geográfica con significativa legalidad a otra localidad similar donde cada una de ellas tiene sus propias normas aplicables. Algunos autores señalan que las fronteras físicas son simples creaciones o delimitaciones arbitrarias o espacios controlados basados en accidentes históricos y en cuestiones geográficas, pero aún no se aclaran ni delimitan las fronteras ni los territorios del denominado ciberespacio. Este ciberespacio radicalmente socava la relación existente entre la significativa legalidad (*online*) del fenómeno y la propia localización física.⁷⁶

No obstante lo anterior, aún cuando se traten de armonizar las leyes de diferentes países, sobre las transacciones realizadas a través de la Red, se habrán de analizar también las propias consecuencias legales de cada transacción, de manera individual, que se presenten en un territorio en particular. Aquí la pregunta básica para expresar lo antes expuesto sería: ¿Dónde se perfeccionan las transacciones realizadas a través de Internet?, ésta, como muchas otras interrogantes son las que las diversas legislaciones emanadas de organismos nacionales e internacionales intentan resolver. Existen

⁷⁵ Perritt Jr., Henry, *The Internet is changin the Public International legal System*, <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/perritnetchg.html> , p. 18 de 55, 14/06/02, 12:17 PM.

⁷⁶ Johnson, David R. Y Post, David G., *Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace*, http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html , p. 3 de 20, 14/06/02 1:25 PM.

“Cyberspace radically undermines the relationship between legally significant (online) phenomena and physical location. The rise of the global computer network is destroying the link between geographical location and: (1) the power of local governments to assert control over online behavior; (2) the effects of on line behavior on individuals or things; (3) the legitimacy of the efforts of a local sovereign to enforce rules applicable to global phenomena; and (4) the ability of physical location to give notice of which sets of rules apply”.

numerosos artículos que analizan y proponen soluciones a la problemática relacionada con el uso de la tecnología, ya se verá en líneas posteriores el marco jurídico que regula esta materia en los Estados Unidos y en otros países del orbe.

En la administración americana se menciona la frase máxima de Al Gore que sintetiza en parte lo que se menciona líneas atrás: “Primero el *Hardware*, luego el *Software* y por último la legislación”.⁷⁷ Esta declaración no resulta tan extraña si consideramos que la mayoría de los países están más atentos a lo que cada día se inventa y se hace en cuestiones de tecnología, que en prever o regular jurídicamente lo que a través de ella se realiza. Sobre este asunto es oportuno mencionar la función legislativa que se desempeña en la elaboración de las normas o leyes, donde la propia realidad puede condicionar la promulgación de éstas, ya que es patente que “... si un legislador crea una norma, o decide que una norma debe ser sustituida por otra más apropiada a una determinada realidad, lo hace apoyándose en una cierta información.”⁷⁸

La información es proporcionada por el hecho en sí, por lo que está ocurriendo en un determinado momento y en un lugar específico, como lo es el caso de la tecnología cuyas frecuentes innovaciones son una realidad en la cual todo se encuentra inmerso y donde es tan amplio e ilimitado su poder que la misma legislación no alcanza a prever sus consecuencias en el momento mismo en que éstas ocurren. No obstante de que los Estados Unidos son pioneros en cuanto al nacimiento y desarrollo de Internet y del propio Comercio Electrónico, la tecnología sigue avanzando y creando nuevas relaciones entre quienes la crean, entre los gobiernos donde se implementa y entre los usuarios que cada vez crecen en mayor número y se encuentran distribuidos por todas partes del mundo.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 237.

Las palabras de Al Gore no resultan alentadoras para ningún país y menos aún si se considera que la mayoría de los países, como ya mencionamos antes, adolecen de una regulación jurídica formal de Internet. Lo sorprendente es que en un país de importante tradición y avance tecnológico y cuya legislación es profusa en esta materia, aún no resulte suficiente ni sea considerada la mejor o la más consolidada.

⁷⁸ Barragán, Julia, *Informática y Decisión Jurídica*, 2ª. Ed., Fontamara, México, 2000, p. 41.

II. Internet y Comercio Electrónico en la Unión Europea (España)

El caso de la Unión Europea, respecto al origen y desarrollo del Comercio Electrónico no deja de ser interesante si se considera que en los países que la integran existe también un auge en esta manera de comercializar por la red. Sin embargo, sus antecedentes en cuanto al uso de Internet difieren en tiempos respecto al origen que tuvo en los Estados Unidos, puesto que éste último país ha sido el pionero en esta materia. La Unión Europea, como lo señala Emilio Suñe: "...tiene una participación muy activa en el desarrollo de un Derecho de la Informática transnacional, aunque limitado a su propio ámbito regional..."⁷⁹, de lo cual el comercio electrónico no está al margen en virtud de que cada país legisla sobre sus respectivos asuntos de comercio, no sin descartar las numerosas directivas que la propia comunidad europea ha dictado para regularizar y estandarizar sus numerosas transacciones de comercio en general y de comercio electrónico en específico.

En España, por ejemplo, todavía no está suficientemente regulada la problemática que presenta la contratación informática, aunque ya existen ciertas normas relativas a la llamada firma digital⁸⁰, lo cual viene a complementarse con la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), de 12 de julio de 2002, donde se aconsejan modificaciones técnicas a muchas de sus normas.⁸¹

La Unión Europea ha tenido un papel destacado en la instauración y desarrollo del comercio electrónico, hacia 1994 inicia su participación con el informe de Bangemann sobre la Sociedad de la Información. Asimismo, en 1995 estuvo presente en la Conferencia Ministerial del G7 y fue también tema central en el Consejo de Ministros de 1997.⁸²

⁷⁹ Suñe Llinás, Emilio, *Tratado de Derecho Informático Volumen I, Introducción y protección de datos personales*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 7.

⁸⁰ Suñe Llinás, Emilio, *Op. Cit.* p. 10.

⁸¹ *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)*, Ley 34/2002, 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

⁸² Briz, Julián y Laso, Isidro, *Internet y Comercio Electrónico, Op.Cit.* pp. 232-233.

Para el año de 1999, el tema central en el Consejo de Helsinki fue el relativo al comercio electrónico donde se definió una buena parte de la estrategia que debía seguir al respecto la Unión Europea. Por otra parte, la intervención de la comunidad europea ha sido destacada en otras conferencias como la de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) en Ottawa y su presencia en los diferentes organismos gubernamentales como la OMC (Organización Mundial del Comercio) y UNCITRAL (CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y en organismos privados como la TABD, GBD y BIAC, en donde queda patente la importancia que le ha dado a la Economía Digital.

Briz y Laso, consideran que existen tres elementos que le están ayudando a Europa a desarrollar su economía digital, siendo éstos los siguientes: una infraestructura tecnológica convergiendo, el mercado Único y la moneda Única⁸³, en tanto mencionan que las iniciativas de la UE respecto a este tema van en cuatro direcciones: Desarrollo tecnológico; Estructura legal favorable; Mejores prácticas empresariales y Acuerdo global sobre su regulación.⁸⁴

La Unión Europea puso en marcha el 5º. Programa Marco de Investigación y Desarrollo (1998-2002) en el cual Key Action II está dedicada a las tecnologías necesarias para la economía digital, donde se abarca lo relativo a los métodos de trabajo remoto, móviles y flexibles, a los sistemas de gestión de consumidores y proveedores y a las tecnologías de seguridad de la red y de la información.

Es evidente que la Unión Europea aún no tiene el nivel de adelantos tecnológicos que tienen los Estados Unidos, sin embargo, tiene ciertas ventajas en cuanto al medio de acceso a Internet, ya que si bien Estados Unidos tiene un número mayor de personas con computadoras personales, el acceso a la telefonía celular y a la televisión por cable es

⁸³ *Op. Cit.*, p. 233.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 233.

superior en la Unión Europea, además, de que las normas reguladoras son más claras y eficientes respecto al complejo y fragmentado sistema de los Estados Unidos.

Aquí cabe agregar que aparte de las preferencias culturales de cada región, que son en sí mismas puntos de ventaja si se analizan más en detalle, la población europea es mayor y más lo será en un futuro próximo cuando entre en vigor el Tratado de Niza que ya contempla un total de 27 países que paulatinamente podrán adherirse a la Unión y que constituyen actualmente un número total de 481,181 millones de habitantes.⁸⁵

Pero, retomando los antecedentes que tiene la Unión Europea en relación al Internet y al comercio electrónico en especial, es necesario mencionar la difícil postura que guarda una región cuyos acuerdos, producto de las políticas nacionales de cada uno de sus países miembros, nacen de cierta manera de una visión común, de conjunto, donde el legislar, coordinar, promover, asesorar y negociar sobre los problemas que plantea la sociedad de la información son de suyo ya difíciles.

En la década de los años ochenta, con el nacimiento del programa *Esprit*, la Unión Europea comienza a apoyar la investigación y el desarrollo de las nuevas tecnologías de información y las comunicaciones. En el Tratado de Maastrich de 1993 ya se tenía prevista una red transeuropea de transporte, energía y medio ambiente⁸⁶ que de cierta

⁸⁵ Alonso, Ricardo, *Estudio Preliminar del Tratado de Niza*, Ed. Civitas, Madrid 2001, p. XXVI.

La entrada en vigor del Tratado de Niza y la incorporación o adhesión que vayan haciendo los países considerados, que en un total se contemplan 27, va repercutir en la normatividad jurídica común que sobre Internet se tenga en la Unión Europea, ya que de 15 a 27 países hay abismales diferencias, sobre todo si de entre los nuevos países a adherirse existen algunos que no tienen desarrollada su infraestructura tecnológica y mucho menos una regulación jurídica sobre su uso.

Lo anterior no se cumplió a totalidad, puesto que en el año 2004 la ampliación de la Unión Europea se logró no con la adhesión de 12 países más para dar el total de 27, sino que fueron 10 las naciones que se incorporaron para tener en la actualidad un número total de 25 países.

Al finalizar el año de 2004 el número total de países integrantes de la Unión Europea era de 25, tal como sigue en este año de 2005, con un total de 380 millones de ciudadanos, para el año de 2007 se espera la inclusión de otros países para llegar a conformar una población aproximada de 500 millones de ciudadanos. La conformación actual de la Unión Europea de 25 países ha sido una de las ampliaciones más significativas de su historia, pues el número de la población y la dimensión de superficie geográfica comprendida dentro de su circunscripción creció y permitió a nuevas naciones compartir con otras su cultura, su progreso y otras tantas peculiaridades que cada una aporta a esta nueva convivencia.
http://www.eu.int/abc/index_es.htm, 16/02/2005.

⁸⁶ Briz, Julián y Laso, Isidro, *Op. Cit.*, p. 412.

manera centraba más la atención de la Unión Europea en este rubro, más que en los demás sectores.

Al publicar la Comisión Europea el Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo, ya era evidente la presencia de una revolución de la información, pues colocaba en el orden del día la construcción de la sociedad de la información, por lo cual, para el año de 1994, la propia Comisión aprobó un plan de actuación para la UE, en cuyos puntos principales se destacaron cuatro importantes áreas en relación al tema que nos ocupa: Desarrollar un marco normativo y jurídico; Fomentar la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones; Vigilar y analizar las consecuencias sociológicas, sociales y culturales de la sociedad de la información; Promover la sociedad de la información y el Papel de la UE en la esfera internacional.⁸⁷

De los aspectos mencionados, el relativo a desarrollar un marco normativo y jurídico es importante destacarlo porque aparte de ser parte esencial en la elaboración de este trabajo de investigación, el marco jurídico de la UE se concibió en un principio para garantizar que las redes nacionales funcionaran como una sola red de redes, para conectarse entre sí y que los servicios y las aplicaciones de diferentes redes operaran conjuntamente.⁸⁸

El 17 de julio del año 2000 (Diario Oficial No. L178 de 17/07/2000 P. 0001-0016), entró en vigor en la Unión Europea la “Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)⁸⁹, en cuyo artículo primero se describe su objetivo como “...el garantizar la libre circulación de los servicios de la

⁸⁷ *Ibidem*, p. 414 y 415.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 413.

⁸⁹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) <http://europa.eu.int/eur-lex/es>, 12/04/02, 6:23 PM., p. 1 de 23.

sociedad de la información entre los estados miembros de la Unión Europea ...”⁹⁰, y se agrega a esto el aplicar lo que resulte necesario para regular todo lo concerniente al empleo de medios electrónicos relacionados con los establecimientos de los prestadores de servicios, la comunicación comercial, la contratación electrónica y los acuerdos extrajudiciales, entre otras cuestiones importantes.

Dicha Directiva, a la que posteriormente se dedicará un espacio exclusivo para su explicación, presupone entre muchas otras cuestiones la necesidad de “...crear un marco jurídico que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros y no armonizar el campo de la legislación penal en sí”⁹¹, asimismo, hace referencia a importantes temas como la protección de los consumidores, en cuanto a la publicidad, la información o la comunicación comercial que pueden ser tanto deseables como indeseables para los mismos.

Esta Directiva armoniza los requisitos exigibles a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para el inicio de su actividad, así como algunos supuestos que puedan presentarse durante su ejercicio y que tienen relación con cuestiones de contratación y de publicidad, entre otros. Las normas de la directiva en cuestión fijan a nivel comunitario un marco jurídico general relativo al comercio electrónico ante el cual los Estados miembros de la Unión Europea poseen libertad amplia para transponer algunas de sus normas a sus legislaciones nacionales.

Por otra parte, no obstante de ser la Directiva 2000/31/CE el principal instrumento jurídico regulador sobre la materia de comercio electrónico en la Unión Europea, existen otras disposiciones relacionadas con el tema, también en el ámbito comunitario, que coadyuvan a la regulación de tal disciplina. De esta manera existe la Directiva 98/48/CE que modifica la Directiva 98/34/CE por las que se establece un procedimiento de

⁹⁰ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 221.

⁹¹ Directiva 2000/31/CE, *Op. Cit.*, Artículo 8.

información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, y en la cual ya existe una definición de lo que se conoce como *servicios de la sociedad de la información*.

También existe la Directiva 89/48/CE y la 92/51/CE, relativas a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales, donde se definen algunos conceptos como el de *profesión regulada*, *ámbito coordinado* y *destinatario del servicio*, entre otros, que están relacionados con el tema que nos ocupa.⁹²

Resulta pertinente mencionar que la Directiva 2000/31/CE representa para la Unión Europea el inicio de la evolución jurídica en materia de comercio electrónico entre sus Estados miembros, de donde se desprende uno de los temas de mayor impacto en la materia, como lo es “la determinación del régimen jurídico aplicable al comercio electrónico intracomunitario”.⁹³

Las opiniones encontradas que existen respecto a la Directiva en mención versan principalmente sobre su transposición a las legislaciones nacionales, ya que la misma prescribe aspectos que causan desconcierto y disparidad de opiniones. El comentario que hace Pedro de Miguel en su análisis, trata sobre la necesidad que plantea la norma comunitaria respecto a aplicar la ley de origen del prestador de servicios a la actividad comercial intracomunitaria cuando se realiza por Internet. Estas opiniones dispares y contrastantes en relación a la Directiva sobre comercio electrónico, se encuentran patentes en los sistemas legislativos proyectados en “Alemania (Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, de 14 de febrero de 2001), España (Anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la

⁹² Las disposiciones más relevantes de estas Directivas y que tengan relación directa con el tema que se está analizando se explicarán en un apartado posterior y con más detalle. Aquí solamente se mencionan para conocer lo que la Unión Europea ha legislado en materia de comercio electrónico y cómo esta actividad se está desarrollando en su territorio. Como ya se mencionó, la participación de la Unión Europea ha sido destacado en los diferentes foros internacionales donde ha participado, como la OCDE, la OMC y la UNCITRAL donde ha dejado patente el apoyo que le está brindado a todo lo relacionado con la tecnología y la economía digital.

⁹³ De Miguel, Pedro, Directiva sobre comercio electrónico, determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas, en la *Revista de la Contratación Electrónica*. Ed. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales (EDICIP), Cádiz, 2001, p. 4.

información y de comercio electrónico –LSSI-, de 30 de abril de 2001) y Francia (Projet de loi n° 3143 sur la société de l'information, de 14-6-2001)⁹⁴, de los cuales sólo mencionaremos el proyecto español, por ser uno de los temas centrales del presente trabajo y del cual más adelante se comentarán sus características más relevantes.

De momento, puede considerarse que en la Unión Europea se están llevando a cabo los procesos de transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales de cada uno de sus Estados miembros, para tratar de uniformar los diversos regímenes normativos aplicables a las actividades relacionadas con el comercio electrónico.

Sobre los antecedentes de Internet en Europa, existió en 1970 una agencia similar a la de ARPANET en Estados Unidos. Las redes europeas utilizaban en ese tiempo un modelo de comunicaciones abiertas desarrolladas por la Organización Internacional de Normalización (ISO) que se denominaba Open System Interconnection (OSI) cuyo modelo era emplear paquetes de datos transmitidos ordenadamente por un circuito predeterminado, no caótico, desde su origen hasta su destino. Hacia 1989 los proveedores de servicios de Internet europeos crearon Reseaux IP Europeens (RIPE) para administrar las nuevas redes, asimismo se formó la Corporation for Research and Education Networking (CREN) por la unión entre CSNET y BITNET.⁹⁵

En lo que respecta a España, el país europeo de referencia en el contexto del presente trabajo, existen ciertos antecedentes en la configuración de sus plataformas tecnológicas que han servido para desarrollar e implementar una serie de programas informáticos como base de ciertas actividades. En este país es la década de los años ochenta cuando empiezan a manifestarse las necesidades para crear una infraestructura tecnológica que permitiera a los investigadores comunicarse a través de redes nacionales con sus colegas tanto nacionales como internacionales. De esta manera se comienzan a utilizar ciertas redes de alcance internacional como la EUNET para los usuarios de UNIX

⁹⁴ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, p. 5.

⁹⁵ Del Águila, Ana Rosa, *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital*, Ed. Alfaomega-RA-MA, México, 2001, pp. 155 y 156.

(el sistema operativo desarrollado por la Universidad de California (el Berkeley Software Distribution, BSD) mismo que ya tenía incorporado el TCP/IP. La red europea EARN conectada a BINET tenía agrupadas a las instituciones españolas y a partir de la constitución de ésta y otras redes más se empezaron a crear otras mas tanto de carácter local como autonómico.⁹⁶

El hecho que marcó en España la nueva etapa en la evolución de Internet fue en 1985 con la creación de un grupo de trabajo conformado por los miembros de FUNDESCO, de los Centros de Cálculo de las Universidades, organismos de investigación y de la Compañía Telefónica Nacional de España (CTNE) quienes elaboraron el “Informe Técnico sobre el proyecto IRIS”, una especie de inventario informático y propuestas en donde se describían los equipos existentes entre los investigadores españoles y demandaban la creación de redes que proporcionaran servicios de acceso remoto, correo electrónico y transferencia de archivos. El Programa IRIS se creó en 1988 dentro del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, con la idea de crear una red común de comunicaciones informáticas para la población investigadora y bajo este contexto es como se fue desarrollando la red de redes.⁹⁷

Como ocurrió en otros países, el auge y la consolidación de Internet tal como se conoce en la actualidad se dio en la década de los noventa. En esta época el gobierno español a través de la Secretaría General del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico transformó el programa IRIS en una organización de servicios denominada Red IRIS, para uso de investigadores y científicos españoles. Sin embargo, para lograr tener conexión con otros países, España firmó un acuerdo con la National Science Foundation (NSFnet) de Estados Unidos para tener una red conectada, por lo cual para el año de 1990 ya estaba conectada a Internet y para el año de 1992 se creó la primera empresa española en comercializar conexiones a la red, denominada Goya

⁹⁶ Del Águila, Ana Rosa, *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital*, Op. Cit., p. 155.

⁹⁷ Del Águila, Ana Rosa, *Op. Cit.*, p. 156.

Servicios Telemáticos, S.A., en tanto en años posteriores surgieron otras empresas prestadoras de este servicio.⁹⁸

Si bien el servicio de Internet se expandió en España de manera significativa en los años noventa, está marcado el hecho de que la Asociación de Técnicos de Informática (ATI) organizó en el año de 1994 “la primera presentación pública de Internet, orientada a un público no especializado”, porque para ese tiempo ya existía un número elevado de computadoras (ordenadores) y más elevado aún el número de usuarios que disponían de acceso a Internet por lo acuerdos existentes entre las empresas de la época, por decir Goya Servicios Telemáticos, proveedor comercial de Internet, y Cestel, una empresa especialista en servicios de videotext.⁹⁹

La década de los noventa representó para España, como en muchos otros países, el auge, desarrollo y consolidación de Internet. Con la aparición de nuevas empresas proveedoras de servicios, pero también de otras compañías con diversos giros, tales como periodísticas, financieras, telefónicas, entre otras, se fue conformando el universo empresarial en Internet que hoy existe y que cada vez se multiplica más. Durante toda esta década la tecnología que da soporte a las redes de Internet ha presentado una serie de innovaciones en sus servicios que son cada vez más efectivos.

A casi cuatro décadas de la aparición de Internet y de su incesante y frecuente perfeccionamiento que lo han hecho ser un medio de comunicación de fácil acceso a la población de cualquier parte del mundo, quedan todavía algunas reflexiones a considerar sobre su impacto en la sociedad y aún más sobre la efectividad de sus normas reguladoras existentes y también de aquellas normas que aún faltan por crear para hacer frente a todos los cambios que ineludiblemente habrán de presentarse ante el rápido desarrollo de la tecnología.

⁹⁸ *Op. Cit.*, p. 157 a 160.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 159.

III. Internet y Comercio Electrónico en México

En México, el comercio electrónico ha presentado un auge inusitado como en la mayor parte de los países de Europa y en los Estados Unidos, sin embargo, y no obstante de ser su presencia en menor magnitud a la de los países mencionados, la legislación que lo regula es aún insuficiente y tampoco queda muy clara su naturaleza jurídica respecto a las incipientes normas que algunas leyes mencionan respecto al uso de medios informáticos para efectos de la contratación electrónica.

El fenómeno de Internet en todos los sentidos y en cualquier parte del mundo “constituye un parte-aguas jurídico porque ha venido a romper con las formas tradicionales a través de las que se manifiesta el derecho, y para ello han influido cinco características básicas de Internet: 1. Estructura muy descentralizada; 2. Resistencia a la manipulación; 3. Alto grado de automatismo; 4. Alcance mundial; 5. Uso general”¹⁰⁰

El avance tecnológico ha permitido a muchos países desarrollar sus sistemas de Internet e implementar a través de éste las diversas empresas de comercio electrónico, sin embargo, por ser una manera diferente a las tradicionales en cuanto a llevar a cabo las negociaciones y también por tener implícitos una serie de elementos modificadores de los típicos métodos de negociación, como el uso de redes, el intercambio de datos y el procesamiento de variados tipos de información, se genera una nueva información que requiere a su vez ser procesada e interpretada. Como lo señala Miguel Ángel Davara, al referirse al comercio electrónico: “... ha adquirido una dinámica de tratamiento de información que provoca y origina nueva información, lo que permite multiplicar la actividad comercial...”¹⁰¹

¹⁰⁰ Villanueva, Ernesto, *¿Regular o autorregular Internet?*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. ITESM-CECSA, México, 2000, pp. 220-221.

¹⁰¹ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 33.

De esta forma va generando una dinámica propia en el tratamiento de la misma información, donde la manera de expresarse y la competencia se proyectan sobre sistemas informáticos muchas de las veces muy sofisticados. La misma competitividad de las empresas ya no depende tanto de las habilidades para fabricar sus productos, sino de “su capacidad para enlazarse electrónicamente con proveedores y clientes y para aplicar la tecnología de la información a la agilización de sus procesos”.¹⁰² En esta dinámica participan varios elementos que si bien ninguno de ellos es más importante que otro solamente con un trabajo de conjunto entre todos ellos se podrían lograr los mejores resultados, por decir, la implementación de modernos soportes tecnológicos, el efectivo diseño de páginas electrónicas y la mercadotecnia adecuada, entre otros.

El comercio electrónico presenta muchas aristas para su regulación jurídica, por una parte se encuentra su ámbito espacial de validez, el aspecto geográfico que delimita su aplicación, y por otro lado se encuentra su ámbito temporal de validez, es decir, el tiempo en que se determina la aplicación de una norma, sin embargo, a través de la red ha sido difícil delimitar y, por lo tanto, regular dicha materia, no obstante el tiempo que tiene en funciones, el éxito obtenido y la cada vez más común forma de hacer negocios por los medios electrónicos.

De momento, no existe un ordenamiento jurídico en el ámbito federal que regule los contenidos de Internet, sin embargo, en materia de comercio electrónico recientemente se reformaron y adicionaron algunas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, asimismo, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor.

¹⁰² Aldrich, Douglas F., *Dominio del mercado digital. Estrategias para la competitividad en la nueva economía*, Ed. Oxford, México, 2001, p. 7.

Dichas reformas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el día 29 de mayo de 2000 ¹⁰³ y son hasta el momento toda la regulación existente en el apartado de la informática jurídica y que posteriormente se procederá a analizar en cuanto a lo que a cada ley le corresponda regular en lo particular y en relación al comercio electrónico.

México, país inmerso dentro de la dinámica propia de los países latinoamericanos, donde la tecnología no presenta el desarrollo ni los avances de regiones más avanzadas, como la de Estados Unidos y la de la Unión Europea, no ha formado bloques ni alianzas con ningún otro país en donde se regionalicen en una sola las diferentes políticas nacionales que cada uno de ellos tenga en relación con el uso de Internet y en especial sobre el comercio electrónico, tampoco ha incorporado a su normas nacionales las disposiciones de carácter internacional emanadas de organismos internacionales que puedan brindarle un apoyo a su incipiente legislación local. Aunque las normas mexicanas relativa y recientemente reformadas han aportado una nueva visión al derecho en cuanto al uso de las modernas tecnologías de información, quedan aún abiertas otras posibilidades más para reformar y crear otras nuevas disposiciones que hagan frente a los avances tecnológicos que día a día se presentan y que envuelven de manera directa e indirecta diversas formas jurídicas.

En lo que respecta al comercio exterior mexicano, por mencionar un comparativo en cuanto a lo que el comercio más allá de las fronteras puede lograr, éste se realiza en mayor medida con los Estados Unidos, ya sea como consecuencia de la historia, de la inercia, por la cercanía, por las facilidades políticas o por las coincidencias geográficas, entre otros motivos, presenta una reglamentación jurídica acorde con los tiempos actuales, no obstante de que tuvo que pasar mucho tiempo para poder regular dicho comercio, sobre todo con las viejas normas locales y porque México aún no formaba parte

¹⁰³ *Diario Oficial de la Federación*, México, 29 de mayo de 2000.

Después de tener México más de una década de uso generalizado de Internet y de haber desarrollado en los últimos años las operaciones mercantiles realizadas a través de medios electrónicos, surgieron las reformas en el año 2000 a las leyes reguladoras del comercio en donde ya se hace mención a los usos de la informática en las transacciones mercantiles, entre otras cuestiones relativas a dichos medios.

del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), hoy Organización Mundial del Comercio (OMC), sino hasta el año de 1986.

Con la aparición de la Ley de Comercio Exterior en 1993, previa la entrada de México al GATT (hoy OMC) en 1986, es cuando se inician las operaciones comerciales con el exterior de manera más amplia y significativa que las anteriores, mismas que han culminado con la firma de diversos tratados de libre comercio, como el Tratado de Libre Comercio con Norteamérica donde participan México, Estados Unidos y Canadá, entre otros surgidos previa y posteriormente a este Tratado, pero que han traído un nuevo aire a la economía mexicana.

La anterior mención se hace porque en el caso del comercio electrónico ocurre una situación semejante a la que presentó por mucho tiempo el comercio exterior mexicano, en el sentido de que existe un auge en las negociaciones realizadas por medios electrónicos desde hace tiempo, sin embargo, la normatividad reguladora de su marco jurídico es aún prácticamente inexistente, aunado también a la infraestructura elemental que soporta tecnológicamente este tipo de empresas y a la falta de accesos a estos medios por la mayor parte de la población.

México, al igual que países como Brasil y Argentina, son pioneros en Latinoamérica al instaurar una infraestructura tecnológica que les ha permitido desarrollar su comercio electrónico, tanto en sus territorios locales como en ámbitos internacionales, aunque nada comparable, como ya se mencionó, con los países de Europa o de Norteamérica, pero que evidencia una necesaria regulación jurídica. La tecnología no marca o delimita fronteras y la comercialización que se hace por medios electrónicos tiene sus propias dinámicas que van quedando fuera de cualquier norma o reglamento tradicional.

Aunque la idea central del presente trabajo es conocer y analizar el origen y desarrollo del comercio electrónico pero desde un enfoque primordialmente jurídico, no podría quedar al margen la mención de los aspectos técnicos que le han dado sustento,

por ello será menester mencionar aunque sea a grosso modo una parte del origen de Internet en México y derivar de ahí el propio surgimiento del comercio electrónico y su consecuente, aunque aún sea incipiente, regulación jurídica.

Respecto a la génesis de Internet en México será muy difícil precisarlo pues no existen instituciones en donde puedan encontrarse los datos históricos exactos que puedan arrojar una información fidedigna, sin embargo, es patente que su origen si bien no es muy reciente, tampoco lo es como el de los Estados Unidos o Europa. No obstante, si se consideran las fechas más cercanas tanto de su instauración como de su desarrollo habría que señalar que los primeros ensayos de interconexión de equipos de cómputo se dieron en a finales de la década de los setenta.

Si bien en otros países el origen de Internet se dio en gran medida en los contextos educativos, en el caso de México no fue la excepción, pues en el año de 1986 los primeros experimentos se concretizaron en dicho ámbito, siendo indiscutiblemente el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Campus Monterrey, la primera institución en conectarse a una red (BITNET) a través de una línea conmutada a la Universidad de Texas, en San Antonio, cuyas conexiones eran dos veces al día y por un espacio de treinta minutos en promedio cada una. Poco después, en el año de 1987, fue la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) la que logró establecer una conexión con la red BINET, pero por medio del Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey, y posteriormente hizo un enlace satelital de manera independiente a través del satélite "Morelos II".¹⁰⁴

La fecha en la que México logró establecer formalmente su primer enlace con Internet fue en el mes de febrero de 1989, para ese tiempo eran pocos los países en América que contaban con este tipo de servicio, con excepción de Estados Unidos y

¹⁰⁴ Robles Garay, Oscar, *Evolución de Internet en México y en América Latina*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental S.A., México, 2000, p. 4.

Aquí ya queda el precedente y señala al Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Monterrey, como la institución educativa pionera en la instauración y uso de Internet en México.

Canadá, por lo cual es considerado como el primer país latinoamericano en haberse conectado a la red NSF (National Science Foundation)¹⁰⁵, anticipándose de esa manera a países como Alemania, Japón y Reino Unido, entre otros, que habían atrasado un tiempo su acceso a dicho servicio, aunque posteriormente se hayan convertido en potencias en cuanto a los usuarios y los servicios prestados por la red.

Al principio de la década de los noventa aún no existía Internet con fines comerciales, pues las que detentaban su uso y sin fines lucrativos eran principalmente las universidades, no obstante, fue hasta el año de 1994 cuando se establecieron los primeros proveedores comerciales de servicios de Internet en México, siendo las propias universidades, como se ha mencionado, las que impulsaron las conexiones a Internet en la mayor parte de los países de Latinoamérica. A pesar de dicho establecimiento, no es sino hasta 1997 cuando las operaciones comerciales realizadas a través de dicho medio electrónico fueron evidentemente más significativas.¹⁰⁶

Por ser las instituciones educativas las pioneras en el uso de la red y sin tener lucro o ganancia algunos, fueron ellas mismas las que gestionaron ante organizaciones nacionales e internacionales la introducción de Internet a los espacios académicos, siendo el Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey, líder en la conexión del servicio a la red de redes y posteriormente lo hicieron otras universidades o recintos académicos los que también ofrecían el servicio de acceso a Internet como ISP (Internet Service Providers), o Proveedores de Servicios de Internet.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Robles Garay, Oscar, *Evolución de Internet en México y en América Latina*, en *Internet: el medio inteligente*, Op. Cit. P. 5.

¹⁰⁶ Robles Garay, Oscar, *Op. Cit.*, p. 5.

¹⁰⁷ El desempeño que el Tecnológico de Monterrey ha tenido en el uso y desarrollo de la informática comprende diversos y variados rubros dentro de la academia. Las carreras profesionales que ofrece, relacionadas con la computación, son de las mejores que se ofrecen en México, desde los orígenes de los estudios informáticos hasta la fecha.

Por su parte, la creación de la Universidad Virtual del Sistema ITESM ha proporcionado capacitación a un alto número de estudiantes de licenciatura y postgrado, así como de cursos, seminarios y diplomados a profesionistas que lo han requerido. Toda esta capacitación no solamente opera en México, sino que se ha extendido a casi todos los países de Latinoamérica, donde existen sedes de la universidad.

El origen de la Universidad Virtual es muy interesante porque inició sus servicios empleando los sistemas interactivos por satélite, a través de canales de televisión privados donde los alumnos y profesores estaban en ciudades diferentes e interactuaban por medio de una computadora, posteriormente, y estando a la vanguardia, como hasta la fecha, la

El surgimiento de Internet en México lleva necesariamente implícito el nombre del Tecnológico de Monterrey por ser esta institución educativa la primera en ostentar el “*name server*” para el dominio *mx.*, y también por ser esta universidad la que servía de medio, a finales de los años ochenta, para establecer el servicio de Internet a otras escuelas de nivel superior. Por tal motivo las propias universidades promovieron a principios de la década de los noventa la creación de un organismo denominado RED-MEX para que se encargara de los “procedimientos orientados a regular el desarrollo de las redes de comunicación electrónica de datos en México”.¹⁰⁸

La propia Network Information Center Mexico (NIC México), señala en sus documentos que fue el 1° de febrero de 1989 cuando el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Campus Monterrey, estableció conexión directa a Internet, como ya se mencionó, ante lo cual Merit Network Inc. Señala dicha fecha como la primera en que México realizó su conexión a NFSNET (Internet), considerado como el primer dominio *.mx*, con la siguiente nomenclatura: *.mx:dns.mty.itesm.mx* con la dirección 131.178.1.1. Posteriormente, cuatro años después, en 1993, comienzan a crearse los subdominios para el uso de otras dependencias, tales como el *com.mx* y el *gob.mx*, y para el año de 1996 se crea el dominio *edu.mx* para uso exclusivo de instituciones educativas.¹⁰⁹

Si bien el Tecnológico de Monterrey administró los recursos tecnológicos de Internet en México durante un buen tiempo, eso se debió a la moderna infraestructura tecnológica que siempre le ha caracterizado. Era evidente que en los años noventa y con veintinueve campus del sistema ITESM distribuidos a lo largo del territorio mexicano la poderosa red de redes era significativamente fuerte, de ahí que un considerable porcentaje del tráfico de Internet en el país se efectuará a través de sus servidores.

comunicación se hacía por Internet y muchos de los cursos se diseñaron en línea, de tal manera que las interacciones alumno-maestro se hacen por computadora.

¹⁰⁸ slas Carmona, Octavio, *Porvenir de Internet: ¿el entretenimiento, la información o el desarrollo de prácticas comerciales?*, en *Internet: el medio inteligente*, ed. Compañía Editorial Continental S.A., México, 2000, pp. 38 y 39.

¹⁰⁹ Network Information Center Mexico (NIC México), <http://www.nic.mx/es/NicMexico.Historia>

De hecho, fue en el mes de octubre de 1995 cuando oficialmente se designa al Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Campus Monterrey, como Network Information Center (NIC) para México, en base a su desempeño y liderazgo en la materia desde el año de 1989.¹¹⁰

Respecto a la creación de las primeras organizaciones destinadas a proveer servicios de Internet en México, en 1992 surgió MEXnet., ante la poca eficiencia que presentaba la anterior RED-MEX, a la cual se incorporaron la mayoría de las instituciones de educación superior del país, tanto públicas como privadas, entre las cuales destacaban el Instituto Politécnico Nacional (IPN), la Universidad Panamericana (UP), la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Universidad de Guadalajara (U de G), Universidad Iberoamericana (UI), Universidad de las Américas (UDLA) y el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Posteriormente, hacia el año de 1995, el uso de la Red se amplió a otros ámbitos, como el de gobierno y el de la iniciativa privada, iniciando de esa forma una nueva era en el país con el uso masivo de Internet, lo cual trajo también como consecuencia un auge en el uso del dominio *.edu.mx*, para fines educativos y el dominio *.com.mx*, para fines comerciales.¹¹¹

Con la proliferación de redes en el país fue necesaria la creación de organizaciones reguladoras del servicio de Internet o bien que sirvieran de soporte o registro a los prestadores de servicios y usuarios de la Red, de esta manera se creó la Network Information Center-México (NIC-México), organización encargada de administrar los nombres de dominio territorial *.MX* (ccTLD, country code Top Level Domain), traducido como un código de letras asignado a cada país, o más propiamente dicho como “clasificaciones utilizadas para el registro de dominios”, de acuerdo con la norma ISO 3166, cuya función principal es la de proveer los servicios de información y registro para el

¹¹⁰ Network Information Center Mexico (NIC México), *Op. Cit.*

¹¹¹ Islas Carmona, Octavio, *Porvenir de Internet: ¿el entretenimiento, la información o el desarrollo de prácticas comerciales?, en Internet: el medio inteligente, Op. Cit.*, p. 40.

dominio .MX, asimismo, asignar las direcciones IP y mantener las bases de datos de cada recurso.¹¹²

De acuerdo con la información contenida en la propia dirección electrónica de NIC México, en julio de 2003 esta organización se convirtió en el primer country code Top Level Domain (ccTLD) en emplear y desarrollar en sus servidores secundarios el esquema empleado en los Root Servers, denominado Shared Unicast (Anycast), debido a su fortalecida y efectiva infraestructura tecnológica, considerada como una de las más avanzadas del mundo y en su caso la mejor de Latinoamérica por tener uno de los más vanguardistas centros de datos.¹¹³

De acuerdo con la historia del propio Network Information Center - México (NIC-México), para el año de 1996 y con el auge del uso de las páginas Web (WWW) se incrementó el registro de nombres de dominio en donde predominan principalmente aquellos dedicados al comercio, pues para finales del año de 1996 de los 2838 registrados bajo el dominio .mx el 80% eran comerciales. Paulatinamente, esta cifra se fue incrementando y por lo tanto fue necesario adquirir nuevos equipos y con mayor potencia que pudieran soportar las bases de datos actualizadas y en línea para el uso cotidiano de Internet. Para finales de 1998 ya existían más de 10,000 nombres de dominio registrados, en tanto para el año 2000 la cifra ya ascendía a más de 30,000, aunque lo más sorprendente ocurrió el siguiente año, en 2001, con la duplicación de dicha cifra, por lo cual para esa fecha se llegaron a tener más de 60,000 nombres de dominio registrados, para el año 2002 el número se incrementó a 75,000 de los cuales el 93% de los dominios registrados correspondían al .com.mx.¹¹⁴

¹¹² Network Information Center Mexico (NIC México), *Op.Cit.*

Uno de los efectivos y rápidos procedimientos que implementó la organización NIC México fue el de registro de nombres de dominio sin la intervención de persona alguna, es decir, implementó el que al momento del registro cada quien elija libremente el nombre de dominio que quiera emplear y sin la revisión de la propia organización. Es lógico pensar y considerar que más de una persona pudiera en un momento dado elegir y registrar un nombre de dominio previamente registrado, pero para ello tiene una política propia de solución de controversias que se conoce con las siglas LDRP.

¹¹³ Network Information Center Mexico (NIC México), *Op.Cit.*

¹¹⁴ Network Information Center Mexico (NIC México), *Op. Cit.*

Lo anterior se considera el precedente o antecedente del comercio electrónico en México, pues con el auge de los nombres de dominio registrados con la nomenclatura *.com-mx* es cuando empieza a desarrollarse esa nueva forma de hacer negocios en el país. Precisamente, es para el año de 1997 cuando empiezan a destacar las operaciones comerciales a través de Internet, primordialmente en los países de Brasil y México, no obstante de que en Asia y en Europa las transacciones comerciales en línea eran ya más numerosas. En relación con los demás países latinoamericanos, México tuvo grandes ventajas en la instauración de ISP (Internet Service Providers) comerciales, pues la ubicación geográfica del país permitió la conexión directa a los sistemas de Internet establecidos en Estados Unidos y por ende permitirle un mayor número de establecimientos de ISP.¹¹⁵

Como ya se mencionó, con el surgimiento en México de las páginas Web, la World Wide Web (WWW), también a mediados de los noventa, el desarrollo de Internet fue más acelerado, pero esto debido también a la existencia de un número mayor de equipos de cómputo conectados a la Red, cuyos usuarios demandaban también otro tipo de servicios, no solamente los de entretenimiento a los cuales estaban acostumbrados, sino también a desarrollar cuestiones relativas a la comunicación personal, la información y el comercio mismo.

De acuerdo con las últimas estadísticas publicadas en la página electrónica de NIC México, hasta el día 28 de febrero de 2005, el total mensual de nombres de dominio registrados bajo *.mx* en México ascienden a un total de 114,392, distribuidos de la siguiente manera: 103,886 bajo el dominio *.com.mx*; 2,537 con el dominio *.gob.mx*; 505 registrados como *.net.mx*; 2,654 con el dominio *.edu.mx*; 4,654 con el dominio *.org.mx* y 173 con *.mx*. Si se toma en cuenta que para el 28 de febrero del año de 1989 existía solamente un nombre de dominio registrado como *.mx* (el del Tecnológico de Monterrey, por supuesto) el crecimiento en 16 años ha sido importante, pero no tan significativo como en otros países del orbe que rebasan con mucho las cifras mexicanas.

La marcada diferencia que puede apreciarse entre unos y otros nombres de dominio registrados son primordialmente entre el *.com.mx* y todos los demás, pues el sector relativo al comercio es que destaca en con una abrumadora ventaja. Estas estadísticas, así como la mayor parte de la información mencionada en este escrito, en relación con NIC México, están disponibles en la dirección <http://www.nic.mx/es/Estadisticas.Dominio?type=1>, y fueron consultadas el día 4 de marzo de 2005 a las 04:26 p.m.

¹¹⁵ Las estadísticas publicadas en la página electrónica de NIC México muestran el crecimiento anual de los registros de nombres de dominio de acuerdo con el rubro que le corresponda. Para el caso de los dominios *.com.mx* las cifras anuales publicadas por la organización parten del año de 1992, fecha en la cual aparece registrado el primer dominio dedicado al comercio. Aunque durante los dos años posteriores, 1993 y 1994, el registro ascendía a 5 dominios, los años que siguieron fueron multiplicándose rápidamente, logrando llegar a la cifra de la fecha más actual registrada por la propia organización, la del 28 de febrero de 2005, en donde ya se indica el número de 103,886 dominios registrados y dedicados exclusivamente al comercio.
<http://www.nic.mx/es/Estadisticas.Dominio?type=1>, 04/03/2005, 04:26 P.M.

Aunque para esto último, el comercio, existía de parte de los comerciantes la necesidad de superar las limitaciones de sus propias redes privadas, lo cual derivó en "... el nacimiento de Internet como medio conductor a muchos usos comerciales innovadores diseñados para consumidores con acceso a Internet".¹¹⁶

El comercio electrónico es un término por el cual se designan las operaciones en línea hechas por medio de las tiendas virtuales entre personas, empresas, organizaciones y gobiernos. El modelo más empleado es el de negocio a negocio (B2B) que "permite vender y comprar a otro negocio en línea a través de Extranet o Internet".¹¹⁷ En México, este modelo de comercio opera en la industria farmacéutica y química, en el sector automotriz y en la industria del vestido. Existen otros modelos de comercio electrónico que también operan en México, como el de negocio a consumidor (B2C) que comprende las ventas en línea a los consumidores; el de consumidor a negocio (C2B) por el cual los consumidores ofertan productos y servicios en línea a los negocios, como los profesionales independientes; existe también el de consumidor a consumidor (C2C) que permite el intercambio de productos y servicios entre consumidores; está por otra parte el de negocio a gobierno (B2G) por el que se realizan ventas en línea de productos y servicios al gobierno y el de gobierno a consumidor (G2C) que permite al gobierno brindar

¹¹⁶ Fellestein, Craig y Word Ron, *E-commerce*, Ed. Prentice Hall, Buenos Aires, 2000, p. 29.

De acuerdo con la información de NIC México, el número de Host existentes en México hacia finales del año 2002 era de 1,039,447, distribuidos como sigue: 53,506 registrados con el dominio *.com.mx*; 1,441 bajo el dominio *.edu.mx*; 45,280 registrados como *.mx*; 881 con el registro *.gob.mx*; 1,954 con las siglas *.org.mx* y 870,215 con el dominio *.net.mx*, arrojando un total de 973,277. En tanto existen otros host con la terminología *.com* con una cifra de 8,610 registros; con la nomenclatura *.net* existen 56,870; como *.org* hau un total de 124 y como errores y demás se encuentran registrados 566. Considerando todos los host antes señalados da el gran total de 1,039,447 antes mencionado.

La propia organización NIC México aclara que los registros de host solamente hacen referencia a aquellos nombrados y asignados a ISPs en México, pues existen otros host relacionados con México, con el dominio *.mx*, pero en que provienen de Estados Unidos y existen otros más incluso dentro del propio país de México, pero que no son analizados por la organización.

Respecto al significado de la palabra *host*, la propia organización NIC México la define como "todos aquellos equipos conectados a la red. Estos pueden ser servidores, PCs, impresoras, todos ellos con una dirección de IP única. No representa el número de dominios y no hay una relación directa que se aplique a todas las clasificaciones, pero observar su comportamiento en el tiempo es un buen indicador del crecimiento que Internet pueda tener o no en un lugar específico".

La presente información fue tomada de la página oficial de NIC México con fecha 4 de marzo de 2005 a las 4:26 P.M. <http://www.nic.mx/es/Estadisticas.Dominio?type=1>

¹¹⁷ De la Garza, Mario, *Internet y comercio electrónico*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. CECSA, México, 2000, p. 230.

servicios a los ciudadanos, como pueden ser algunos trámites administrativos y la propia recaudación fiscal que ya opera por Internet en el país.

Como se indicó antes, dentro de las operaciones de comercio electrónico, el modelo de negocios B2B es el más utilizado en México, mismo que abarca un 70 por ciento del total de las transacciones que se llevan a cabo, lo cual representa en cierta forma el avance y la modernización que muchos de los negocios mexicanos están presentando. En cifras, existen más de 4,000 negocios que actualmente realizan sus operaciones a través de medios electrónicos y la mayoría utiliza el intercambio electrónico de datos (EDI), lo cual en un futuro próximo seguramente se verá incrementado y será realizado de manera más frecuente por Internet.¹¹⁸

El Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM), dependiente de la Secretaría de Economía (SE) tiene registradas un total de 594,810 empresas mexicanas, cuyos programas están diseñados para la promoción empresarial, algunos de ellos vía Internet. El objetivo del SIEM, según documentos de la SE, es ser "... un instrumento de planeación del Estado; de información, orientación y consulta para el diseño y aplicación de programas enfocados principalmente al establecimiento y operación de las empresas; de referencia para la eliminación de obstáculos al crecimiento del sector productivo y, en general, para el mejor desempeño y promoción de las actividades comerciales e industriales..." De la cifra de empresas antes señaladas, 107,413 corresponden al área metropolitana del Distrito Federal.¹¹⁹

¹¹⁸ Islas Carmona, Octavio, Academia, Internet y Televisión, en Hacia un nuevo derecho de la información, Ed. Fundación Konrad Adenauer y Universidad Iberoamericana, México 2000, p. 158.

Las cifras actualizadas al 28 de febrero de 2005 sobre el total de registro de nombres de dominio bajo la nomenclatura *.com.mx* son de 103,886, por lo tanto la diferencia entre los años de 2000, fecha de la referencia bibliográfica, y 2005 es abismal. De hecho para finales del año de 2000 había registrados 56,769 nombres de dominio dedicados a actividades de comercio. Información contenida en la página electrónica de NIC México, <http://www.nic.mx/es/Estadisticas.Dominio?type=1> consultada el día 4 de marzo de 2005 a las 04:26 p.m.

¹¹⁹ Secretaría de Economía, <http://www.economia.gob.mx>. El Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM), depende de la Secretaría de Economía y sus datos estadísticos pueden ser consultados en la página electrónica oficial cuya dirección es: <http://www.siem.gob.mx>, p. 1 de 1, 15/07/02, 6:20 PM.

Actualmente las empresas registradas en el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM) están distribuidas de la siguiente manera: en la industria están registradas 80,613; en el sector comercio existe un registro de 273,213 negocios, en tanto en el sector servicios se encuentran registradas 150, 565 negocios. Información consultada en la página oficial del SIEM (<http://www.siem.gob.mx/portalsiem/>), el día 4 de marzo de 2005 a las 6:00 p.m.

Respecto al número total de usuarios de Internet en México, éste se estima en 2.5 millones de personas, cifra que interesa conquistar a las empresas dedicadas al comercio a través de los medios electrónicos, por lo cual si realmente se desea cumplir con tal objetivo será necesario ofrecer en los sitios de Internet una serie de artículos que satisfagan las necesidades y requerimientos de las personas. El porcentaje de compras realizadas por medios electrónicos oscila entre 12 y 26% de los 4 millones de visitantes mensuales que tienen los lugares que ofrecen promociones comerciales en Internet.¹²⁰

De todo lo antes expuesto, se desprende que si bien Internet es un medio de comunicación que puede tener una cobertura de millones de personas, las cuestiones socioeconómicas regularmente son las que no permiten que llegue a la mayor parte de la población de un país y que si bien llega los usuarios no utilizan en un alto porcentaje

¹²⁰ De la Garza, Mario, *Internet y comercio electrónico*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. CECSA, México, 2000, pp. 247 y 248.

Respecto a las cifras mencionadas, no sé hasta que grado resulten objetivas o contradictorias, pues si se está mencionando que el número de usuarios de Internet es de 2.5 millones y el número de personas que consultan mensualmente los sitios con promociones comerciales en Internet es de 4 millones, pues es muy contrastante una de otra.

La anterior nota se aclara con la siguiente consideración: La cifra en cuestión, sobre el número de usuarios de Internet se ha incrementado en los últimos cuatro años. Es decir, para el año 2003 la cifra rebasaba ya los 4 millones de suscriptores a los servicios de Internet, de los cuales más de 635,000 son considerados como e-consumidores, lo cual representa un 16% de dicha población. Según la revista mexicana *Líderes Mexicanos* de marzo de 2003.

Respecto a las cifras mencionadas, no sé hasta que grado resulten objetivas o contradictorias, pues si se está mencionando que el número de usuarios de Internet es de 2.5 millones y el número de personas que consultan mensualmente los sitios con promociones comerciales en Internet es de 4 millones, pues es muy contrastante una de otra. Esta nota se aclara con la siguiente consideración: La cifra en cuestión, sobre el número de usuarios de Internet se ha incrementado en los últimos cuatro años. Es decir, para el año 2003 la cifra rebasaba ya los 4 millones de suscriptores a los servicios de Internet, de los cuales más de 635,000 son considerados como e-consumidores, lo cual representa un 16% de dicha población. Según la revista mexicana *Líderes Mexicanos* de marzo de 2003.

Existen cifras más recientes, de septiembre de 2004, proporcionadas por la Asociación Mexicana de Internet (AMIPIC). Los últimos informes respecto al uso de la Red en México se dieron en el marco del IV Encuentro Estratégico de Internet en México 2004, organizado por la Asociación Mexicana de Internet (AMIPIC), celebrado en el mes de septiembre de ese mismo año en el World Trade Center de la ciudad de México. Los datos aportados por la AMPICI señalan que al cierre de 2004 eran 14 millones 901 mil 687 usuarios de Internet en México y que para el año 2005 existe una estimación de 17 mil usuarios más. No obstante de que los portales mexicanos son de diverso contenido, los dedicados al comercio siguen siendo los de mayores accesos por parte de los usuarios, aunque las compras realizadas a través de dichos sitios se distribuye en un 60% para los nacionales el otro 40% es para los portales internacionales. Aún cuando las cifras declaradas por la AMPICI arrojan casi los 15 millones de usuarios de Internet, lo cierto es que la infraestructura tecnológica sigue siendo una limitante para su desarrollo, pues la conexión no llega a todos los usuarios quienes en su mayoría utilizan servicios de Red públicos, pues la penetración para el primer semestre de 2004 apenas comprendía 588,860 usuarios, en tanto se espera llegar a un número de 850,000 para el año 2005, si se toma en cuenta solamente el mercado residencial.

todos los productos y servicios que se brindan en la modalidad del comercio electrónico. Sobre este aspecto podría mencionarse de una falta de cultura tecnológica que se manifiesta con la desconfianza hacia los medios electrónicos y también a un escaso conocimiento de los beneficios que pueden brindar los mismos, lo cual aunado a la falta de un marco legal amplio y efectivo deja todavía más fuera de toda posibilidad su uso constante y reiterado por una porción mayor de la población.¹²¹

Lo anterior implica que el crecimiento y desarrollo del propio comercio electrónico depende indudablemente en gran medida de la existencia de una infraestructura que brinde equipamiento y soporte a la mayor parte de la población y por ende a lo largo y ancho de la geografía del país. Esto último es uno de los grandes problemas que México tiene en cuanto a que virtualmente se encuentra incomunicado en gran parte de su territorio, ya no solamente en cuanto a vías de comunicación tradicionales se refiere tales como carreteras o autopistas sino también a servicios telefónicos y de mensajería, entre otros, sin los cuales tampoco sería viable implementar la red de redes (Internet) para usos comerciales si los productos o servicios a ofrecer no van a poder ser distribuidos ni llegarán de manera personal al usuario. En dicha circunstancia las propias empresas pueden ver coartada la interacción de todos los componentes de su red de valor como lo son los clientes, proveedores y empleados.

Aunado a lo anterior es patente que el deficiente marco regulador es también un lastre para el avance de tan importante forma de hacer negocios pero antes que cualquiera de los problemas mencionados, como lo son la infraestructura y las normas legales, está la poca cultura existente respecto al uso de las modernas tecnologías de información. Por ello, resulta necesario incluir como parte del proceso de mejora el educar al propio mercado en el uso de los medios electrónicos para que tanto los usuarios, proveedores y empresarios utilice la Red de una manera más eficaz y pueda apreciar las ventajas que brindan sus servicios.

¹²¹ Pantoja, Sara, "e-Business en México: ¿Fracaso o retraso?", *Líderes Mexicanos*, México, Marzo de 2003, p. 90.

No obstante del optimismo que continuamente manifiestan las empresas de tecnología en cuanto a que muy pronto en cada casa habrá una computadora, la realidad hace ver dicha expectativa bastante remota ante el avance poco significativo que se ha tenido al respecto, sin embargo, si son notables algunos avances ya no en cuanto a que en cada hogar exista un equipo de cómputo conectado a la Red, pero si el que algunos centros educativos que si bien no son todos tengan al menos un poco más de acceso a los servicios de Internet.

Asimismo, lejano está el hecho de que aún quienes poseen un aparato de esta índole en su casa no aprovechan en su totalidad el potencial de sus herramientas y los servicios que ofrecen, pues la mayoría de sus usuarios ven a la computadora y el Internet como simples medios de información, pero donde podría darse una interacción con otros usuarios y las propias empresas mismas que podrían facilitarles ciertas actividades propias de su vida cotidiana.

CAPÍTULO TERCERO

EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS FUNDAMENTOS

I. Los Contratos Electrónicos

El fenómeno de la globalización ha provocado cambios de forma directa o indirecta en la economía mundial, mismos que a su vez han repercutido en la normatividad jurídica que rige las transacciones comerciales internacionales. Parte de esos cambios han sido consecuencia también de la llamada sociedad de la información en donde su carta principal, la denominada revolución tecnológica, ha propiciado también una modificación significativa en la sociedad en general, en los servicios, en la industria, en el comercio y por supuesto en el derecho. Poco a poco los cambios van dejando en la obsolescencia total las tradicionales normas que ante su inoperancia ya no pueden dar respuesta a los conflictos que se van presentando en esta nueva realidad. Por ello, los juristas expertos en la materia se han dado a la tarea de sugerir y hacer los cambios necesarios para adecuar las normas a la realidad presente y a la realidad que la propia sociedad de la información brinda intempestivamente.

Ante estos acontecimientos, algunas legislaciones se han dado a la tarea de modificar y adecuar sus normas para que tengan una flexibilidad tal que permita a quienes las interpretan, muchas décadas después de su entrada en vigor, la aplicación de dichas normas con los mismos principios que les dieron origen pero sin modificar con leyes especiales lo ya establecido en ellas.¹²²

Lo anterior significa que ese sería el ideal en todas las legislaciones si los propios legisladores tuvieran esas perspectivas o alcances y pudieran prever lo que inminentemente podría suceder, sin embargo la realidad es otra, pues así como falta la adecuación de normas a los nuevos acontecimientos, también falta aún regular los que ya

¹²² Fernández Fernández, Rodolfo, *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2001, p. 15.

ni tan siquiera son tan nuevos, pero que requieren de una atención inmediata por la serie de conflictos que ante la falta de su previsión se están generando.

Resulta claro que la informática, específicamente el uso de los medios electrónicos, ha sido en gran medida uno de los detonantes en alterar el “orden jurídico” que en apariencia se ha tenido en cuanto a la regulación de ciertas materias, entre ellas la de los medios de comunicación electrónicos que por sí mismos están provocando la revisión, creación y adecuación de las normas para poder regular las diversas aristas que apuntan hacia nuevos rumbos, así “... a medida que avanza la informática y penetra en la vida cotidiana de las personas, más atrás se queda el derecho vigente sin dar respuesta a la nueva realidad”.¹²³

La informática por su propia naturaleza tiene también sus propias formas y al momento de celebrarse una contratación por ese medio se requiere especificar los productos que por ella se pactan y la parte de la normativa general que sobre ellos se integra, a eso se denominan útiles conceptuales a los cuales además se le añaden las condiciones generales de la contratación que en conjunto vienen a reforzar las posiciones contractuales, es decir, la contratación informática se conforma por las especificaciones legales necesarias sobre el producto y las condiciones generales de la forma de contratación.¹²⁴

Tradicionalmente el intercambio comercial tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional se ha realizado por medio de actos concretos que jurídicamente se denominan contratos. Estos documentos legales se utilizan también durante el intercambio comercial que se realiza a través de medios electrónicos y tanto la forma tradicional como la electrónica de los contratos, como formas de negociación, van a estar reguladas por las normas emanadas del Derecho Privado, específicamente del Derecho Civil y del Derecho Mercantil.

¹²³ Fernández Fernández, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 17.

¹²⁴ García Amigo, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones y Contratos. Lecciones de Derecho Civil II*, Mc Graw Hill, Madrid 1995, p. 373.

No obstante la determinación lógica de asociar la regulación jurídica de los contratos tradicionales al derecho privado, respecto a los contratos electrónicos se plantean otras cuestiones en cuanto a considerar si en este ámbito también el derecho público forma parte de los mismos en virtud de que ya no se centra la regulación en la mera cuestión contractual de carácter civil y mercantil, sino también en la normatividad relativa al uso de la informática, la prestación de sus servicios, entre otras características, que caen más en áreas del Derecho Público.

Respecto a cómo nace un negocio jurídico contractual será menester hacer algunas definiciones que paulatinamente acerquen el concepto tradicional de contrato al moderno concepto de contratación electrónica y reconocer así las nuevas características que identifican este último concepto. Para ello se tomarán en cuenta algunas definiciones que se utilizan en algunas legislaciones nacionales así como aquellas que han surgido de organismos internacionales y que a su vez han sido adoptadas por países miembros de los mismos.

En relación a las definiciones utilizadas en la legislación mexicana, el artículo 1792 del Código Civil Federal de México, define el concepto de convenio como "... el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"¹²⁵, en tanto el artículo 1793, del mismo código, define la palabra contrato al indicar que: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".¹²⁶

El contrato es considerado como la fuente principal de las obligaciones jurídicas, siendo el consentimiento uno de los elementos esenciales de su configuración. Aunque la definición de contrato es similar en casi todas las legislaciones, similar también resulta que en todas ellas se le considere por antonomasia como el instrumento legal generador de las obligaciones. Así, una definición universal de contrato sería: "un acuerdo de

¹²⁵ Código Civil Federal, artículo 1792, <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/1806.htm> .

¹²⁶ Código Civil Federal, artículo 1793, <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/1807.htm> .

voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*)”.¹²⁷

El contrato es el generador de las obligaciones en el acto de creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales, pero al tratarse de los medios electrónicos aunque éstos no sean el instrumento tradicional sí puede darse el consentimiento a través de ellos y por ende generar las obligaciones jurídicas. En esta circunstancia no se podría debatir si el contrato es o no la fuente primordial de las obligaciones, sino la manera en que éste puede realizarse. La particularidad del contrato electrónico en contraste con el contrato tradicional estriba en el uso de los medios electrónicos para la formación de la voluntad, es decir, el elemento diferenciador es el medio electrónico en sí, informático o telemático.¹²⁸

Una vez definido el concepto clásico de convenio y contrato se habrán de considerar otras cuestiones más relativas al Derecho Privado, por ser el área jurídica de pertenencia al tema que nos atañe, así se hará referencia a ciertas consideraciones que habrán de dar más entendimiento a este interesante tema cuyas peculiaridades varían de acuerdo al ambiente en que se aplica. Así, una contratación local o nacional habrá de tener sus propias características en comparación con una contratación internacional, pero si a esta última le agregamos los medios electrónicos como la forma de manifestarse, habrán de ser los aspectos legales tradicionales los que las partes contratantes habrán de tomar en cuenta para regular el asunto, pero también se habrá de recurrir a nuevas disposiciones jurídicas que normen aquellas variables que las nuevas tecnologías de

¹²⁷ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *DERECHO-e Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, p. 31.

La definición de contrato hecha por el autor es una referencia al concepto que L. Díez-Picazo señala en su texto *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, donde éste autor deduce el concepto jurídico de contrato a partir de dos notas características que presenta el propio contrato, por una parte el que exista consentimiento común de dos o más personas y por otra el que tenga consecuencias la creación de una obligación (objeto inmediato) que tiene fuerza de ley entre las partes.

¹²⁸ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 32.

En esta cita, el autor menciona la opinión que Miguel Ángel Davara Rodríguez hace en relación a lo poco tradicional que resulta la contratación realizada por medios electrónicos y como es el propio soporte electrónico (informático o telemático) el que determina lo especial del proceso u operación, y que no obstante de lo especial que resulte le puedan ser aplicables también las normas comunes de la contratación ordinaria, la que se hace en tiempo real, en papel y con la presencia directa de las partes. Sin embargo, habrán de distinguirse posteriormente los elementos que hacen esa diferencia entre una contratación tradicional y una contratación electrónica y el por qué se requiere adecuar las normas a una nueva realidad.

información han propiciado y que debido a su avance vertiginoso se han dejado de prever algunas de las consecuencias legales que ocurren debido a su uso.

Por muchas razones el Derecho Privado se ha transformado en los últimos años para adaptarse a la apertura de las fronteras y a la abundante cantidad de intercambios comerciales que se realizan entre los países del orbe. Por el propio desarrollo del comercio internacional se han presentando también ciertos avances en los aspectos jurídicos que lo regulan, los cuales están siendo elaborados por los diversos organismos internacionales y cuyo fin es tratar de normar con documentos legales el auge comercial global producto de las diversas transacciones.

Ante dicho auge comercial internacional existe la clara intención de crear "... un derecho privado supranacional, al que se ha llamado derecho mercantil internacional..."¹²⁹, todo esto con el apoyo y los esfuerzos realizados por organizaciones tales como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o UNCITRAL por sus siglas en inglés, entre otras instituciones que han aportado importantes instrumentos jurídicos de regulación en esta importante área del derecho. De este último organismo supranacional, UNCITRAL, surgió la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho Interno del año de 1996, en donde se definen conceptos importantes de esta rama, así como diferentes fases de procedimientos sobre el tema.

Para la celebración de un contrato que tiene carácter internacional se presentan situaciones difíciles para la elección de un derecho sustantivo entre aquellos que tienen vinculación con las complejas relaciones jurídicas derivadas de dicha celebración, pues se requiere de una adecuada y seria selección que "implica el estudio detallado de cada una

¹²⁹ Adame Goddard, Jorge, *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra "contrato" en los principios de UNIDROIT)*, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998, p. 15.

de las legislaciones inmiscuidas”.¹³⁰ Por ello, mención especial requiere la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías que surgió precisamente en consideración al desarrollo del comercio internacional que con base en la igualdad y el beneficio mutuo fomenta las relaciones amistosas entre los Estados. Asimismo, se considera que al adoptar normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en donde se tomen en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos se puede contribuir a suprimir los obstáculos jurídicos que existen en el comercio internacional y promovería a su vez el desarrollo del comercio internacional.¹³¹

Es evidente que en el tema de la contratación internacional, como lo indica Leonel Péreznieto Castro, los principios de UNIDROIT buscan “... una codificación uniforme a que puedan referirse los jueces nacionales como lo hacen con su derecho interno”¹³², por lo tanto, es por ello que la propia formación de un derecho comercial internacional “ya sea por la vía convencional o por la *lex mercatoria*... se constituye en una sólida plataforma para los negocios jurídicos internacionales”.¹³³

Los principios de UNIDROIT contienen disposiciones sobre posibles orientaciones y límites en la formación, interpretación, contenido y cumplimiento de los contratos internacionales “cuyas previsiones se consideran apropiadas para los contratos celebrados en Internet”¹³⁴. Con el carácter transfronterizo de los contratos mercantiles electrónicos, cuyo medio para su formación y ejecución es Internet, no favorece la

¹³⁰ Contreras Vaca, Francisco José, *Resolución del contrato por incumplimiento*, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998, p. 135.

¹³¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), UNCITRAL, por sus siglas en inglés, Preámbulo página 5 de 36, <http://www.uncitral.org/spanish/texts/sales/CISG-s.htm>, 09/02/2005 a.m.

¹³² Péreznieto Castro, Leonel, *Los principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998, p. 209.

¹³³ Péreznieto Castro, Leonel, *Op. Cit.*, p. 209.

¹³⁴ Flores Doña, María de la Sierra, *Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, p.59.

localización del contrato en un determinado ordenamiento, por lo cual los conflictos de intereses relativos a la contratación electrónica o internacional son objeto de mayor atención que en las propias legislaciones nacionales.¹³⁵

Respecto a los denominados contratos electrónicos, considerados como actos jurídicos en sentido estricto, señala Olivier Hance, que “¡Un contrato elaborado por Internet es, ante todo, un contrato!”¹³⁶, esta aseveración no demarca distancia alguna entre lo que es un contrato tradicional en relación con un contrato electrónico, sin embargo, la práctica ha hecho ver sus grandes diferencias y también los riesgos que se corren con estos últimos en su elaboración.

Pero si el contrato elaborado por Internet es considerado un contrato en toda la extensión de la palabra, habría que distinguir al menos lo que en la práctica es un contrato electrónico y lo que es un contrato informático. Este último, el contrato informático, tiene un ámbito material más reducido ya que recae sobre bienes o servicios relacionados con la informática en donde el consumidor adquiere equipos materiales (hardware) o programas informáticos (software) en donde también cabría la posibilidad de incluir la prestación de servicios de mantenimiento del equipo.

Los contratos sobre bienes y servicios informáticos pueden ser: compraventa, arrendamiento, leasing, renting (cuando se contrata el material o un sistema informático), licencias de uso y acuerdos de desarrollo de programas (cuando el objeto es un programa de ordenador) y contratos de servicios (para la prestación de servicios informáticos, telemáticos y de información). Estos contratos poseen todas las características de los contratos tradicionales, como el hecho de ser bilaterales, onerosos, conmutativos, entre otras, pero cuyos productos van regularmente acompañados de materiales necesarios

¹³⁵ De Miguel, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, 3ª. Ed., Madrid 2002, p. 503.

¹³⁶ Hance, Olivier, *Leyes y Negocios en Internet*, Ed. McGraw Hill, México, 1996, 151.

para su funcionamiento, tales como dispositivos, manuales, programas, etc., que en gran medida determinan su funcionamiento.¹³⁷

Existe una gran variedad de contratos informáticos sobre bienes y servicios, pero conforme avanza la tecnología éstos se van adaptando o adecuando a los nuevos requerimientos que demandan las innovaciones mismas. Lo complejo y sofisticado de los componentes informáticos y la evolución propia de las técnicas obligan cada vez más a los consumidores a demandar sistemas de legalidad que garanticen sus operaciones.

En cuanto a los contratos electrónicos, éstos son el resultado de lo que los avances y la eficacia de la tecnología han provocado en los últimos tiempos y que se traducen en grandes transformaciones de costumbres, de lenguajes y de instituciones “sobre todo en las jurídicas puesto que por esos medios se desarrolla mucho de la vida cotidiana de un ser humano que deben estar reguladas apropiadamente”¹³⁸. Es precisamente en ese proceso de regularización como se van presentando algunas contrariedades que el Derecho no puede prever o regular como los avances tecnológicos lo van requiriendo.

Por contratación electrónica, se hace referencia a los contratos que independientemente de su naturaleza jurídica (compraventa, arrendamiento, entre otros,) u objeto (bienes y derechos), “se celebran sustituyendo el “lenguaje oral y escrito”, que preside la contratación privada tradicional, por el “lenguaje electrónico”... esto último esencial para “instrumentar las declaraciones de voluntad contractual”. Todas estas modalidades en las denominadas “tecnologías de la información” han provocado cambios radicales en las relaciones patrimoniales entre las personas dentro de sus actividades comerciales.¹³⁹

¹³⁷ Corripio Gil-Delgado, María Reyes, *Los Contratos Informáticos. El deber de información precontractual*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999, p. 31.

¹³⁸ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 515.

¹³⁹ Flores Doña, María de la Sierra, *Op. Cit.*, p.18.

La contratación electrónica tiene como antecedentes la década de los años setentas, con el denominado intercambio electrónico de fondos entre Entidades financieras (EFT) y con el Sistema de Intercambio Electrónico de Datos (EDI) que se realizaba entre grandes empresas. Esta modalidad se inició en los Estados Unidos hacia los años ochentas, siendo utilizada actualmente a nivel mundial.¹⁴⁰

El hecho de que la contratación electrónica se realice a través de una red de comunicación de acceso libre o restringido, provoca hacer una diferenciación entre la contratación cerrada y la contratación abierta, en donde en la primera se da preferentemente entre empresas, llamada “business to business” (B2B) por realizarse entre empresarios o entre éstos y la Administración Pública (B2PB), donde los “soportes documentales tradicionales, en papel” se sustituyen por el “soporte informático”, cuyos accesos están restringidos con el uso de claves privadas.¹⁴¹

Respecto a la denominada contratación electrónica abierta, ésta se realiza a través de una Red de comunicación pública o de acceso libre conocida internacionalmente como Internet, cuyas funciones se realizan a través de las páginas *web* y dentro de un proceso mencionado ya en líneas anteriores. Este tipo de contratación, directo entre las partes contratantes, se realiza por medio de la computadora, dotadas de un *modem* y un contrato de acceso a Internet proporcionado por un prestador de servicios.

La contratación realizada por medios electrónicos e informáticos ha generado la creación y establecimiento de nuevos marcos jurídicos ante las evidentes posibilidades que existen para contratar, hacer transferencias, realizar pagos y diversos actos de voluntad por medio de los dispositivos electrónicos e informáticos.¹⁴² Estas situaciones, regularmente no previstas por la ley provocan la incertidumbre y la ausencia de protección

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.19.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴² Barriuso Ruiz, Carlos, *Interacción del Derecho y la Informática*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, p. 212.

de las personas que intervienen en las transacciones electrónicas que son cada vez más demandantes de una regulación jurídica en esta materia del derecho.

En relación a los contratos, considerados como la principal fuente de las obligaciones, la legislación prescribe que éstas pueden ser de dar, de hacer o de no hacer, las cuales se traducen en las consecuencias de derecho inmediatas que un acto jurídico puede provocar. De este asunto la jurisprudencia prescribe que todos los actos jurídicos bilaterales o unilaterales constituyen obligaciones, prescripción que interpretada de manera literal indica también “que toda expresión de voluntad surgida de un entorno informático-electrónico, lo constituye también”.¹⁴³

La contratación electrónica supone una transmisión inmaterial por medio de las redes informáticas y que por lo tanto, para su realización, se prescinde de los documentos en papel, sin embargo, el objeto de este tipo de contratos puede recaer sobre bienes materiales cuya entrega física es necesaria para su cumplimiento, ya que solamente “en ocasiones se trata de prestaciones susceptibles de ser ejecutadas por medio de la transmisión a través de la propia red de información digitalizada”.¹⁴⁴

Esta manera de contratar, por medios electrónicos, también genera derechos y obligaciones, pero en una nueva dimensión, que está caracterizada por el uso de dispositivos electrónicos e informáticos cuya ubicación puede estar en un sitio diferente al de los contratantes, donde puede ocurrir la transacción en un tiempo real (*on line*) y con una representación no solamente textual sino también pictórica, multimedia, virtual, tridimensional, entre otras características, que estarían de manera evidente muy alejadas de las presentaciones tradicionales o analógicas, lo cual requiere la presencia de los juristas en materia civil y mercantil para su regulación y la prevención de las consecuencias jurídicas que puedan presentarse.¹⁴⁵

¹⁴³ Barriuso Ruiz, Carlos, *Interacción del Derecho y la Informática*, Op., Cit., p. 212.

¹⁴⁴ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, p. 333.

¹⁴⁵ Barriuso Ruiz, Carlos, *La Contratación Electrónica*, ed. Dykinson, Madrid 1998, p. 33.

La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), sobre comercio electrónico, con la Guía para su incorporación al Derecho Interno 1996, con la adición del artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998, relativa a la formación y validez de los contratos, prescribe en su artículo 11 que: “En la formación de un contrato, de no convenir a las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”.¹⁴⁶

Con la disposición antes citada, de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), se pretende darle un justo valor a la contratación realizada por medios electrónicos y de esta manera no interferir con el régimen relativo a la formación de los contratos, por lo tanto, es una manera de adecuar la realidad a un instrumento jurídico que promueve el comercio en general y que con el uso de la tecnología, la voluntad de las partes pueda ser expresada desde una terminal informática, sin que esa expresión pueda darse en un documento escrito, como lo sería en una contratación tradicional.

Las declaraciones de voluntad en la formación de los contratos celebrados a través de medios electrónicos, donde existe un intercambio de datos entre terminales informáticas, se admiten como parte del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Éste, como otros principios de la contratación tradicional, también están presentes en la contratación electrónica, sólo que ante los conflictos de intereses que genera la expansión de ésta última, se requiere adaptar los ordenamientos jurídicos para que no menoscaben la continuidad en lo sustancial del Derecho privado preexistente.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno 1996, con la adición del Artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998, Artículo 11.
<http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ecomm-s.htm>, p. 7 de 55, 27/08/01 7:39 AM.

¹⁴⁷ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, p. 333.

Sobre la voluntad, elemento esencial de todo contrato, es evidente que su exteriorización marca la pauta o el inicio de todo negocio jurídico, de esta manera todo acto interno ante la manifestación de la voluntad individual va a tener relevancia en el ámbito jurídico. Aquí podría señalarse la existencia de la denominada “libertad contractual” cuyo alcance normativo, subjetivo o vinculante solamente puede estar delimitado por el llamado “efecto relativo del contrato” que se deriva del principio general “*res inter alios acta nec nocet nec potest*” con el cual todo daño que provoque el vicio de una cosa se deberá indemnizar por la vía extracontractual. En la parte relativa a la contratación informática si se emplean condiciones generales se puede tener un desequilibrio técnico que puede poner en desventaja a una de las partes, siendo el cliente la parte más vulnerable.¹⁴⁸

La contratación tradicional realizada por medio de un documento escrito cumple con ciertos fines que bien se pueden resumir de la siguiente manera: dejar una prueba tangible de la existencia y naturaleza de la intención de las partes de comprometerse; alertar a las partes ante la gravedad de las consecuencias de concluir un contrato; proporcionar un documento legible e inalterable donde se puede dejar constancia permanente de la operación, así como facilitar su reproducción de tal manera que cada una de las partes pueda disponer de un ejemplar del mismo texto.

Asimismo, la contratación típica o tradicional posee otros fines también como el permitir la autenticación del documento por medio de una firma; tener un documento susceptible de presentarse ante autoridades públicas y ante los propios tribunales; expresar la intención del autor del escrito y dejar constancia de dicha intención; proporcionar un soporte material para facilitar la conservación de los datos en forma visible; facilitar tareas de control y verificación ulteriores, ya sea para fines contables, fiscales o reglamentarios y por último determinar el nacimiento de un derecho y de una obligación jurídica cuya validez dependa del escrito.¹⁴⁹

¹⁴⁸ García Amigo, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid 1995, pp. 208 y 373.

¹⁴⁹ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *DERECHO-e Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, p. 38.

Lo anterior no significa que los contratos electrónicos no tengan los mismos objetivos de los contratos tradicionales, pues en ambos existe una expresión del consentimiento y una determinación de derechos y obligaciones, entre otros más, sin embargo, es evidente que los documentos electrónicos son intangibles y solamente al estar incorporados a un soporte tecnológico pueden ser tangibles. Los medios electrónicos son formas válidas y eficaces para exteriorizar la voluntad contractual, en otras palabras, a través de ellos se puede manifestar el consentimiento como una condición de todo negocio jurídico, sin olvidar que es precisamente dicha manifestación de voluntad uno de los elementos esenciales del acto jurídico.

La contratación electrónica se realiza a través de medios electrónicos y su resultado es un “contrato electrónico”, cuya modalidad está basada en las nuevas tecnologías de información. Esta acepción no requiere de mayor discusión o análisis sino más bien se requiere definir con mayor precisión si con el uso de los medios electrónicos se pueden cumplir cabalmente los requisitos formales de validez de un contrato.¹⁵⁰

La contratación tradicional se forma por una serie de actos que preceden a su perfección, en tanto la contratación electrónica está caracterizada por la espontaneidad en su formación, esto significa que la propia inmediatez temporal del medio informático facilita la perfección del contrato para que se realice de la manera más rápida posible sin un proceso formativo previo, por ello, si aparece en la Red una serie de productos o servicios, el consumidor los puede adquirir sin necesidad de hacer tratos preliminares.

Esta característica de la inmediatez temporal de la contratación electrónica, aunque no puede ser totalmente generalizada, le da un sentido de compra compulsiva a la facilidad de adquirir los productos o los servicios que se encuentran en la Red con la simple pulsación de una imagen que perfecciona al instante la contratación ante la aceptación del adquirente del producto.¹⁵¹

¹⁵⁰ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 37.

¹⁵¹ Fernández Fernández, Rodolfo, *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2001, p. 32.

Aunque la anterior aseveración no es de aplicación general en cuanto a considerar instantánea la perfección de un contrato realizado a través de medios electrónicos, es prudente mencionar los tres aspectos que el propio autor, Rodolfo Fernández, manifiesta en su texto en relación a la formación y perfección del contrato, así indica que debe existir *la formación del consentimiento entre presentes; la formación del contrato entre ausentes, con especial referencia al consentimiento formado electrónicamente* y por último *el lugar de formación del contrato*.¹⁵²

La contratación electrónica si bien tiene cierto sentido de inmediatez, ante lo cual su perfeccionamiento no siempre estará precedido por un acuerdo previo, tanto el aceptante como el oferente podrían iniciar el proceso de la negociación fuera del medio electrónico, es decir, fuera de la Red, por lo cual podría considerarse como una negociación previa el hecho de que las partes utilicen el Web Site como portal publicitario en donde el proceso de formación del contrato puede correr de manera paralela a Internet.

En otras palabras, en la contratación electrónica podría ofertarse un producto en la Red y perfeccionarse el contrato en ese mismo sitio, no obstante también cabría la opción de que el proceso de formación del contrato se pueda realizar posteriormente a la oferta pero fuera de la Red. En esta situación cabrían entonces dos posibilidades, que el contrato se perfeccione dentro o fuera de la Red, pero en ambos casos serían siempre aplicables los mismos principios para todo el proceso de formación del contrato.¹⁵³

En la legislación mexicana, como ya se explicó en líneas anteriores, el artículo 1803 del Código Civil, reformado en el año 2000, señala que “El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I Será expreso cuando la voluntad se

Esta aseveración no es del todo generalizable, pues el propio autor señala que las conversaciones previas para la conformación de un contrato tradicional se pueden dar también en las negociaciones realizadas a través de los medios electrónicos, pues las partes podrían iniciar un proceso de negociación dentro o fuera de la Red, pero considerando la aplicación del principio de la buena fe de las partes. Para ello quien ofrece productos o servicios en una página Web deberá hacerlos veraces a los ojos de los consumidores y exhibir las cualidades físicas del producto.

¹⁵² Fernández Fernández, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 33.

¹⁵³ *Op. Cit.*, p. 33.

manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.¹⁵⁴ Con este artículo se hace referencia al uso de los medios electrónicos como una forma de manifestación del consentimiento que regular por primera vez uno de los más importantes elementos esenciales de validez del acto jurídico manifestado a través de los medios electrónicos.

El artículo 1805 del mismo Código Civil regula también la oferta realizada a persona presente, al prescribir lo siguiente: “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata”.¹⁵⁵

El artículo 1805, antes citado, coincide con el artículo 27.3 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) española, perteneciente al Título IV, sobre Contratación Electrónica, que indica: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”.¹⁵⁶

No obstante de que la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) española no define directamente el concepto de contratación electrónica, en su Anexo de Definiciones, letra *h*, señala que se entiende por “contrato celebrado por vía electrónica” o “contrato electrónico” a “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por

¹⁵⁴ Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

¹⁵⁵ Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

¹⁵⁶ *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)*, Op. Cit., Art. 27.3.

medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.¹⁵⁷

La propia Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) aunque no menciona literal y directamente sobre lo que es un contrato electrónico, sí promueve el uso de los mismos en su artículo 9.1 que indica “los Estados miembros velarán por que su legislación haga posibles los contratos por vía electrónica”, no obstante de que en el propio artículo 9.2 menciona una lista de contratos que pueden ser excluidos de la forma electrónica por los Estados miembros si éstos lo consideran conveniente.¹⁵⁸

En el sentido de promover la contratación electrónica y a la vez de permitir que los Estados miembros excluyan aquellos contratos que no les resulten convenientes, la Directiva sigue la pauta marcada en la Convención de Viena sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 en cuanto al principio de libertad de forma cuyo artículo 11 indica que “el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. En este y en otros casos más, la Convención de Viena es el referente obligatorio en el plano jurídico de la contratación internacional por ser un documento valioso si se considera también que la compraventa es parte esencial del comercio en general.¹⁵⁹

¹⁵⁷ *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)*, *Ibidem.*, Definiciones, Anexo h.

¹⁵⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), <http://europa.eu.int/eur-lex/es>, 31/05/02, 4:24 PM.

¹⁵⁹ Guisado Moreno, Ángela, *Formación y Perfección del Contrato en Internet*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2004, p. 133.

Si bien la Directiva 2000/31/CE promueve la figura del contrato electrónico, para el caso de España y en relación a su validez se puede apelar a la definición que brinda la LSSI en su Anexo de Definiciones, letra *h*, y a la vez equipararla con la contenida en el artículo 51 del Código Civil español que dice. “serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, la clase a la que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por cualquiera de los medios que el Derecho civil tenga establecidos”. Sobre esto mismo existe una confirmación contenida en el artículo 1.278 del mismo Código civil que indica: “los contratos serán obligatorios cualquiera que se a su forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”, deja patente que en cualquiera de sus formas el contrato tiene validez.¹⁶⁰

En el caso mexicano y en relación a los acuerdos previos a la contratación mencionados con antelación por Rodolfo Fernández, el artículo 1811 del Código Civil, sobre la estipulación previa innecesaria, prescribe que “Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos”.¹⁶¹

Sobre la formalidad en los medios electrónicos, el artículo 1834 bis del mismo Código Civil mexicano indica que: “Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta”.¹⁶²

¹⁶⁰ Guisado Moreno, Ángela, *Formación y Perfección del Contrato en Internet*, Op. Cit., p. 123.

¹⁶¹ Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

¹⁶² Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

Si bien el consentimiento y otras modalidades de la contratación electrónica, dentro de las nuevas tecnologías de información, tienen sus propias características y son materia de particulares análisis, por lo cual si la misma formación del contrato tradicional comprende una serie una serie de actos que preceden a su perfección, en el caso de la contratación electrónica se existe un rasgo peculiar que está caracterizado por lo instantáneo de su formación, que en tal situación se traduce en lo que anteriormente se había mencionado como parte de la inmediatez temporal del medio informático, mismo que facilita la perfección del contrato para que éste se lleve a cabo con mayor rapidez y muchas de las veces sin un proceso formativo previo.

Respecto a la naturaleza jurídica del contrato electrónico celebrado a través de Internet, algunos autores lo consideran como un contrato a distancia, sin embargo, es evidente que no obstante de que la compraventa y en general todo negocio jurídico electrónico se perfecciona a distancia, éste tiene ciertas modalidades, características y condicionantes totalmente novedosas que lo hacen particular y diferente al tradicional contrato a distancia, cuyas modalidades peculiares tienen relación con la expresión del consentimiento, la producción de sus efectos, los medios de comunicación, entre otros rasgos que destacan su diferencia.

Sin embargo, aunque en su naturaleza jurídica al contrato electrónico se le considere como un contrato a distancia y sean referidos ambos como sinónimos, *a priori* podría no ser así porque desde un punto de vista estrictamente jurídico el contrato electrónico puede considerarse como una subespecie del contrato a distancia.¹⁶³ Si se considera a la contratación electrónica como una contratación a distancia, en el caso de la primera estarán los aspectos típicos de la segunda si se contrata en tiempo real, aunque no concurren voz e imagen, no obstante de que las partes contratantes se encuentren conectadas simultáneamente a un mismo sitio de la Red y expresando sus declaraciones de voluntad en línea.

¹⁶³ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 47.

En tales circunstancias, la contratación electrónica puede considerarse una modalidad de la contratación a distancia, pues las ofertas contractuales que se encuentran en la Red esperan a ser aceptadas por la persona que navegue dentro de ella y quiera aceptarlas, pero regularmente en formas de contratos de adhesión o con ciertas condiciones.¹⁶⁴

Aún cuando en la generalidad de las opiniones se considere al contrato electrónico como un contrato a distancia, las particularidades que puede contener el primero de ellos, el contrato electrónico, es que éste utiliza el medio electrónico para la formación de la voluntad o “forma electrónica de consentir” y a través de ese mismo medio se prueba de la existencia del negocio.¹⁶⁵

Los contratos tradicionales, incluso los no tradicionales, precisan del consentimiento de las partes, así como del objeto y el fin económico por el cual se constituyen, no obstante, tratándose de los contratos electrónicos, las dos últimas condiciones no varían tanto en relación con la primera de ellas, es decir en la manera en que los contratantes dan su consentimiento para perfeccionar el negocio. Por ello, a diferencia de la contratación tradicional entre ausentes, cuando hacen la transacción por correspondencia, en la contratación electrónica se trata de una “contratación entre ausentes en tiempo real”, aunque no en términos absolutos, pues para la perfección o conclusión del contrato las partes no están presentes.¹⁶⁶

Aunque en un principio se consideró a los contratos a distancia como una modalidad también de la denominada venta sin establecimiento, entre cuyas modalidades algunos autores citan: la venta por correspondencia, las ventas por catálogo, la venta por

¹⁶⁴ Fernández Fernández, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 35.

¹⁶⁵ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 46.

¹⁶⁶ Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Ibidem*, p. 47.

teléfono y por televisión, la venta domiciliaria y la venta automática , aunque no todas ellas sean netamente consideradas como ventas a distancia.¹⁶⁷

Las razones para calificar a quienes compran fuera de establecimiento, es decir aquellos que en la comodidad de su casa reciben los productos ofrecidos por los vendedores que tocan a su puerta, son principalmente el ahorro de tiempo y de energía para los que viven alejados de lugares comerciales; el surtido de productos; el restarle importancia a los riesgos que puedan tenerse al adquirir los productos y la propia negativa de comprar en sitios físicamente establecidos.¹⁶⁸

La comodidad como valor agregado de cada una de las formas de venta sin establecimiento ha sido de por sí una de las razones de mayor peso en el éxito de su modalidad, por ello, surgieron posteriormente otro tipo de ventas como las realizadas por correo, por catálogo, por teléfono o por correspondencia. Sin embargo, lo que si es un hecho palpable es que independientemente de los medios de comunicación que se empleen para comercializar un producto, lo importante no es el medio *per se* sino la declaración de voluntad que valida la perfección del contrato. Ante las diversas acepciones atribuidas a la naturaleza jurídica de los contratos no tradicionales, es decir, aquellos realizados por medios de comunicación electrónicos, las discusiones se centran en los problemas relativos al momento y lugar de su perfeccionamiento y al fin principal que persiguen las normas que los regulan en cuanto a la protección de los consumidores, quienes son la parte vulnerable de los engaños publicitarios de los oferentes.

Sobre los contratos a distancia, los contratos electrónicos y la protección de los consumidores que hacen uso de estos tipos de contratación, habrán de explicarse algunas de sus características para delimitar mejor sus alcances. Por ello, y a riesgo de ser reiterativo, cabe anotar que el contrato electrónico consiste en realizar transacciones

¹⁶⁷ Paniza Fullana, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores, Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Ed. Comares, Granada 2003, p. 4.

¹⁶⁸ Paniza Sullana, Antonia, *Op. Cit.* P. 5.

comerciales a través de medios electrónicos de datos donde se incluyen texto, imágenes y videos.

Las actividades a desarrollar por este medio comprenden tanto productos como servicios, es decir, se incluyen dos tipos de actividades, por una parte está el denominado comercio electrónico indirecto donde *“el pedido electrónico de bienes materiales que se entregan a través de canales tradicionales como el correo o los servicios de mensajería”*, por la otra parte se encuentra el comercio electrónico directo con la característica de que *“el pedido, el pago y la entrega en línea de bienes y servicios intangibles”*. En ambas formas se trata de *“servicios de la sociedad de la información”*, es decir, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Además, también comprende los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”*.¹⁶⁹

El contrato a distancia es definido en el artículo 2 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, como *“todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”*.¹⁷⁰

Esta misma disposición legal define las demás figuras que están directamente involucradas en este proceso de contratación, tales como el consumidor, el proveedor, la técnica de comunicación a distancia y el operador de técnicas de comunicación. Sobre el medio utilizado para la configuración de los contratos a distancia, la denominada *“técnica*

¹⁶⁹ Paniza Sullana, Antonia, *Ibidem*. p. 21.

¹⁷⁰ *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, Artículo 2, <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/>, p. 2 de 12, 3 de mayo de 2004, 12:17 PM.

de comunicación a distancia”, ésta se define como “todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor”, con esta definición queda patente que independientemente del medio que se utilice la realidad imperante está en la ausencia de la presencia física de las partes. Respecto a la ausencia de las partes es prudente señalar los rasgos a distinguir entre la ausencia en sentido espacial y la ausencia en sentido estrictamente temporal. Respecto al primero de ellos, se refiere al espacio físico donde geográficamente se localizan las partes, evidentemente separadas por la distancia, en tanto el segundo aspecto, el tiempo, se presenta cuando las partes concretan la negociación en tiempos diferidos, asíncronos, en otras palabras, cuando no hay simultaneidad de tiempos. En tales circunstancias, no será la distancia la que marque la pauta en la ausencia o presencia de las partes, sino el propio medio utilizado que califique la contratación a distancia como tal, en donde no habrá presencia física de las partes y cuyo mensaje oferente puede ser transmitido en tiempo real o diferido cuya respuesta podría darse en el acto mismo o bien con posterioridad.

Así, no se perfeccionará contratación alguna de manera simultánea en todo sus tipos, a excepción de la que se realice por medio del teléfono, ya que para ello será necesario el perfeccionamiento simultáneo porque la oferta y la aceptación se hacen telefónicamente entre aceptante y oferente, directamente y de viva voz.¹⁷¹

Independientemente del medio para la realización de los contratos a distancia, existen otras implicaciones a considerar que podrían hacer más discutible su naturaleza jurídica, respecto a la forma de su formalización o conclusión, o bien, sobre su lugar de perfección, entre otros rubros, pero de momento queda aquí este bosquejo para posteriormente comentar en el capítulo relativo a la protección de los consumidores lo pertinente al rubro de la contratación realizada por medios electrónicos.

¹⁷¹ Paniza Sullana, Antonia, *Ibidem*. p. 33.

II. La Firma Digital

El Comercio Electrónico requiere para su implementación y desarrollo una serie de elementos interrelacionados entre sí que puedan brindar seguridad y confianza a los usuarios o consumidores de toda transacción mercantil a realizar. En este sentido, se debe brindar a los usuarios como un valor agregado a las garantías jurídicas mínimas requeridas en las relaciones documentadas en papel, todas aquellas otras garantías tecnológicas que también le brinden la seguridad y la confianza para la realización de sus transacciones en la Red.¹⁷²

Parte de los elementos involucrados en las operaciones de comercio electrónico están representados principalmente por cuestiones relativas a la compra y venta electrónicas de bienes, servicios e información, pero también por cuestiones tecnológicas relativas al uso de la Red como medio ejecutor de la transacción, es decir, se encuentran implícitos elementos de carácter jurídico y elementos de carácter técnico. Así, toda transacción se lleva a cabo a través de una contratación donde previamente existe información, publicidad, oferta y aceptación. Existen también otros aspectos jurídicos reguladores de la operación en donde van implícitas cuestiones relativas a la propiedad intelectual, a la tributación y a la protección de los consumidores. Todo este proceso del ciberc Comercio que lleva implícitas toda esta serie de figuras jurídicas que a su vez requieren cada una de ellas de una normatividad particular y específica constituye el universo de partes que armónicamente deben funcionar para perfeccionar esta importante manera de hacer negocios.

Como un elemento fundamental del comercio electrónico se encuentra la denominada *firma electrónica* que de acuerdo con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional sobre las Firmas Electrónicas de 2001, se entiende como "... los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para

¹⁷² Villar, José Manuel, *Una aproximación a la firma electrónica, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, 1ª. Reimpresión, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 169.

identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”.¹⁷³

Con dicho precepto, la firma electrónica queda configurada como un instrumento equivalente a la firma manuscrita, lo cual le permite superar ciertas dificultades que se presentan en el ámbito contractual, por medio de las transacciones vía Internet, al tener por medio de la firma la representación de la voluntad de las partes para obligarse. En este sentido el principio sobre el cual descansa cualquier regulación jurídica sobre documento digital y firma electrónica es que “el documento firmado digitalmente tiene la misma validez y eficacia que un documento tradicional, en soporte papel, debidamente firmado”.¹⁷⁴

La firma electrónica generada a través de la criptografía asimétrica o de clave pública recibe el nombre de firma digital, misma que se traduce en un tipo de firma electrónica caracterizado por el uso de una determinada tecnología que de cierta manera resulta esencial y es más utilizada entre los firmantes, pues incluso, las propias normas reguladoras hacen referencia a las claves criptográficas privadas, pero solamente a título indicativo. La firma digital es creada por medio de la clave privada del firmante y es susceptible de verificarse con la correspondiente clave pública, de tal forma que puede garantizar la autenticación e integridad del mensaje.¹⁷⁵

En España, el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, publicado en el BOE núm. 224, de 18-IX-1999, en su artículo 2, define la *firma electrónica* como “el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos

¹⁷³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001. <http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ecomm-s.htm> , 17/07/02, 7:20 PM.

¹⁷⁴ Suñé Llinás, Emilio, *Documento digital y firma electrónica*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tercera Época, Año CXLVII, Marzo-Abril 2000, Número 2, Ed. Reus, Madrid 2000, p. 213.

¹⁷⁵ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, p. 392.

electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que las recoge”.¹⁷⁶

En otro apartado del citado artículo 2, la ley en comento define también otro término denominado “*firma electrónica avanzada*” como aquella “que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos”.

Uno de los problemas que se plantean con el uso de las firmas electrónicas es el relativo a la autenticación que nace del hecho de que las personas que intercambian la información certificada no se encuentran presentes físicamente, por lo cual cada una de las partes que intervienen en la negociación de que se trate deben tener la seguridad de que lo que reciben o envían ha sido realizado por alguna de ellas.

La propia Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica en su considerando número 4 señala que “la comunicación y el comercio electrónico requieren firmas y servicios conexos de autenticación de datos” y confirma en el considerando 21 que “Para contribuir a la aceptación general de los métodos de autenticación electrónica, debe garantizarse la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en procedimientos judiciales en todos los Estados miembros”.¹⁷⁷

Esa autenticación de la información tiene por lo tanto dos funciones básicas: una, la de identificar al autor de los mensajes y la otra que dicho autor se obligue legalmente con los mismos. Es decir, si en un intercambio de mensajes tradicionales, en papel y por correo regular, se puede comprobar su origen y una vez abiertos y examinados se verifican las firmas de quien o quienes los envían, esto dará autenticidad a los

¹⁷⁶ Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE núm. 224, de 18-IX-1999), <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°21.htm>, 26/06/02 12:10 PM.

¹⁷⁷ Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13/12 de 19 de enero de 2000). <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°41.htm>

documentos, lo cual no es sencillo de detectar cuando se emplean los medios electrónicos, por lo tanto los medios de autenticación a utilizar, para dichos documentos, serán diferentes.

La Directiva 1999/93/CE en comento define en su artículo 2 relativo a Definiciones a la firma electrónica como: “Los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera de lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación”.¹⁷⁸

Otros conceptos esenciales que la Directiva 1999/93/CE define en su mencionado artículo 2 y que brindan una mejor comprensión de lo que significa la firma electrónica son los siguientes: *firmante*: la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona física o jurídica a la que representa; *datos de creación de firma*: los datos únicos, tales como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica; *dispositivo de creación de firma*: un programa informático configurado o un aparato informático configurado que sirve para aplicar los datos de creación de firma; *dispositivo seguro de creación de firma*: un dispositivo de creación de firma que cumple los requisitos enumerados en el anexo III; *datos de verificación de firma*: los datos, tales como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica; *dispositivo de verificación de firma*: un programa informático configurado o un aparato informático configurado, que sirve para aplicar los datos de verificación de firma.¹⁷⁹

Las definiciones anteriores tienen relación estrecha con los soportes técnicos necesarios que ayudan a crear y verificar la firma electrónica, pero también existen otros conceptos que explican sobre los resultados obtenidos con el uso de tales dispositivos, así, se hace referencia al *certificado*, definido como la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a una persona y confirma la identidad de ésta;

¹⁷⁸ Directiva 1999/93/CE, *Op. Cit.*, Artículo 2.

¹⁷⁹ Directiva 1999/93/CE, *Op. Cit.*, Artículo 2.

certificado reconocido: el certificado que cumple los requisitos establecidos en el anexo I y es suministrado por un proveedor de servicios de certificación que cumple los requisitos establecidos en el anexo II.¹⁸⁰

En cuanto a los demás aspectos relativos a la firma y regulados por la Directiva en cuestión mismos que en conjunto constituyen los elementos necesarios para su configuración son: *proveedor de servicios de certificación*: la entidad o persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios en relación con la firma electrónica; *producto de firma electrónica*: el programa informático o el material informático, o sus componentes específicos que se destinan a ser utilizados por el proveedor de servicios de certificación para la prestación de servicios de firma electrónica o que se destinan a ser utilizados para la creación o la verificación de firmas electrónicas; *acreditación voluntaria*: todo permiso que establezca derechos y obligaciones específicas para la prestación de servicios de certificación, que se concedería, a petición del proveedor de servicios de certificación interesado, por el organismo público o privado encargado del establecimiento y supervisión del cumplimiento de dichos derechos y obligaciones, cuando el proveedor de servicios de certificación no esté habilitado para ejercer los derechos derivados del permiso hasta que haya recaído la decisión positiva de dicho organismo.¹⁸¹

Los conceptos definidos son los elementos técnicos y humanos que coadyuvan a configurar la firma electrónica, sin embargo, un aspecto importante a considerar es el de los efectos jurídicos que ésta produce. En este sentido la Directiva en cita menciona que los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma tenga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica, como lo tiene una firma manuscrita en relación con los datos en papel. Asimismo, sugiere que sea admisible como prueba en procedimientos judiciales.¹⁸²

¹⁸⁰ *Op. Cit.*, Artículo 2.

¹⁸¹ *Ibidem.*, Artículo 2.

¹⁸² *Ibidem.*, Artículo 5.

Los preceptos contenidos en la Directiva 1999/93/CE sobre la firma electrónica conminan, en general, a los Estados miembros a hacer cumplir en la medida de sus atribuciones tales disposiciones que van desde la implementación de la prestación de servicios sin traba alguna hasta garantizar la responsabilidad de los proveedores de servicios de certificación para que expidan al público un certificado reconocido. En este mismo sentido se consideran los aspectos internacionales para que los certificados que sean expedidos por un tercer país sean reconocidos como jurídicamente equivalentes en otro país de la Comunidad, pero siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 7 de la Directiva. Es parte importante también de este documento legal el que los Estados miembros garanticen la protección de las personas físicas en lo relativo a sus datos personales y a la libre circulación de éstos, conforme a la Directiva 95/46/CE.

Es evidente que las promulgaciones de leyes relativas a la firma electrónica en los Estados miembros de la Unión Europea han tomado como referente obligado la presente Directiva porque así lo determina su propio artículo 13. Tal es el caso de la Ley sobre Firmas Electrónicas (RDLFE) que en su parte introductoria menciona el respeto a la posición común respecto a la Directiva en cuestión y define también sus mismos conceptos clave sobre las partes que intervienen en su configuración, pero agrega otros más que le hacen tener sus propias peculiaridades, por decir, define a la figura del *signatario* como “la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa”, asimismo, define al *prestador de servicios de certificación* como “la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica”.¹⁸³

¹⁸³ Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE núm. 224, de 18-IX-1999), <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon%21.htm>, 26/06/02 12:10 PM.

Existen otras definiciones importantes en el RDLFE, pero cuya terminología es más técnica, por ejemplo los datos de creación de firma, los dispositivos de creación, de seguro y de verificación de firma, así como de certificado.¹⁸⁴ Sobre este último concepto, *certificado*, tanto la Ley española como la Directiva europea lo definen como “la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y confirma su identidad”.¹⁸⁵

La ley en cuestión (RDLFE), como se mencionó, está basada en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L13/12 de 19 de enero de 2000), no obstante que al considerar las fechas se aprecia que la primera se adoptó de manera previa a la aprobación definitiva de la segunda, lo cual hicieron también otros países de la Unión Europea al promulgar sus propias leyes antes de la acreditación de la Directiva.

El desfase de fechas que tuvieron ambas normas, por la evidente urgencia de promulgar las leyes nacionales, ha generado algunas inconformidades y discusiones al seno de cada país al considerarla como “un riesgo de descoordinación comunitaria”,¹⁸⁶ pues algunos Estados miembros, como Alemania e Italia, reglamentaron la firma digital dos años antes que la fecha de la Directiva.

En relación a lo anterior, la propia Directiva 1999/93/CE plantea la problemática que puede presentarse ante la diversidad de normas legislativas de los estados miembros, al indicar en su considerando 4 lo siguiente: “...La heterogeneidad normativa

¹⁸⁴ Para ver la definición de los conceptos señalados, remitirse al artículo 2 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE núm. 224, de 18-IX-1999). <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°21.htm>

¹⁸⁵ Artículo 2 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE núm. 224, de 18-IX-1999). <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°21.htm>

Artículo 2 de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13/12 de 19 de enero de 2000). <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°41.htm>

¹⁸⁶ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.* p. 389.

en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y acreditación de los proveedores de servicios de certificación entre los Estados miembros puede entorpecer gravemente el uso de las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico”.¹⁸⁷

No obstante lo antes mencionado, la misma Directiva 1999/93/CE a manera de aclaración, en su considerando número 17, señala que la misma “... no pretende armonizar las legislaciones nacionales sobre contratos, en particular por lo que respecta al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contractual relativas a la firma; por dicho motivo, las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos, ni para las normas que determinan el lugar en que se considera celebrado el contrato”.¹⁸⁸

Al respecto, subraya también el citado ordenamiento comunitario, en el considerando número 20 que “Unos criterios armonizados en relación con la eficacia jurídica de la firma electrónica mantendrán un marco jurídico coherente con toda la Comunidad. Las legislaciones nacionales establecen requisitos divergentes con respecto a la validez jurídica de las firmas manuscritas; se pueden utilizar certificados para confirmar la identidad de la persona que firma electrónicamente; las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido pretenden lograr un mayor nivel de seguridad.

Las firmas electrónicas avanzadas relacionadas con un certificado reconocido y creadas mediante un dispositivo seguro de creación de firma únicamente pueden considerarse jurídicamente equivalentes a las firmas manuscritas si se cumplen los requisitos aplicables a las firmas manuscritas”.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Considerando 4 de la Directiva 1999/93/CE , *Op. Cit.*, p 1 de 11.

¹⁸⁸ Considerando 17 de la Directiva 1999/93/CE , *Op. Cit.*, p. 3 de 11.

¹⁸⁹ Considerando 20 de la Directiva 1999/93/CE, *Op. Cit.*, p. 3 de 11.

En referencia, nuevamente, al Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (RDLFE) se comenta que éste no ha satisfecho los motivos que sirvieron de base para su adopción, cuyos objetivos eran el establecer una regulación clara del uso de la firma electrónica, al atribuirle eficacia jurídica y previendo el régimen aplicable a los prestadores de servicios de certificación. A esta ley se le atribuyen algunas carencias como los obstáculos disuasorios para el desarrollo de la actividad de los prestadores de servicios de certificación, “con una fuerte intervención administrativa y un gravoso régimen de responsabilidad y garantías”.¹⁹⁰

El Real Decreto-Ley 14/1999 (RDLFE), como se comenta, tiene una finalidad básica que es la regulación del uso de la firma electrónica, con la atribución de efectos jurídicos y la consideración de libre competencia a los prestadores de servicios de certificación a quienes también les impone ciertas obligaciones en el cumplimiento de su deber que versan más que nada en poner a disposición de los signatarios los dispositivos de creación y verificación de firma electrónica, no almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que hayan prestado sus servicios, excepto cuando ésta así lo solicite. Es también parte de sus obligaciones solicitar la inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación.¹⁹¹

Son muchas más las obligaciones que los prestadores de servicios de certificación tienen, mismas que son inspeccionadas y controladas por el Ministerio de Fomento a través de la Secretaría General de Comunicaciones la cual actuará de oficio a petición razonada por parte del Ministerio de Justicia. Pero, al igual que en toda actividad existen infracciones y sanciones para quienes infrinjan las normas reguladoras de la firma electrónica y los servicios de certificación que se clasifican en leves, graves y muy graves y que evidentemente se aplicarán en una gran variedad de supuestos que versan primordialmente en la calidad del servicio ante obligaciones de hacer o no hacer.¹⁹²

¹⁹⁰ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.* p. 391.

¹⁹¹ Artículo 11 del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE núm. 224, de 18-IX-1999). Capítulo III relativo a las Condiciones exigibles a los prestadores de servicios de certificación. <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°21.htm>

¹⁹² *Op. Cit.* Artículos 24 y 25.

En cuanto a la efectividad o deficiencia de las legislaciones reguladoras de la firma electrónica, como sería el caso de la de España, es menester considerar que cada país tiene sus propias dinámicas que en ciertos momentos pueden obstaculizar o no el desarrollo de toda figura jurídica, al dejar al margen algunos aspectos sin regular o atender concretamente. También, es importante destacar que las continuas innovaciones en el terreno de la tecnología conllevan a su vez una traba o un proceso de regulación más lento en este campo del derecho.

Por otra parte, el ordenamiento relativo al comercio electrónico que vale la pena mencionar porque ha servido de guía a otros países en la regulación de tal figura y que trata de cierta manera algunos aspectos relacionados con la firma electrónica, es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno de 1996 y que contiene la adición del Artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998.

Esta Ley Modelo, contempla en su artículo 7 la figura de la firma , por lo cual el precepto indica que: “1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.”¹⁹³

Por otra parte, la misma CNUDMI (UNCITRAL) aprobó la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno, en su 85ª sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001. En la resolución de dicha ley la Comisión

¹⁹³ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno 1996, con la adición del Artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998.*
<http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ecomm-s.htm> , 27/08/01 7:39 AM.

recomienda a todos los Estados tomar en cuenta esta disposición jurídica en la elaboración de sus propias leyes, en virtud de la necesidad que existe de uniformar y aplicar el derecho a los métodos de comunicación, almacenamiento y autenticación de la información sustitutivos de los que utilizan papel.¹⁹⁴

Para tener una idea general de lo que la Ley Modelo en comento refiere, será menester definir algunos términos sobre el tema de la firma electrónica; en líneas anteriores se definió el concepto de firma electrónica que maneja dicha norma emanada de UNCITRAL, pero existe también otro concepto cuya definición es muy semejante a la que hace la ley española de 1999 y que ya fue explicado en un apartado anterior, respecto a lo que se entiende como *certificado*, al cual define como “todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma”.¹⁹⁵

En otros temas regulados por la Ley Modelo, se especifica en el artículo 6.1 que “cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que...sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje”.¹⁹⁶

En otros preceptos, se regula sobre los datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, y los requisitos que deberá cumplir cada firmante para considerarlo (Artículo 8). Asimismo, se explica sobre el proceder del prestador de servicios de certificación para apoyar una firma electrónica con efectos jurídicos (Artículo 9). La fiabilidad que debe tener un prestador de servicios de certificación está reglamentada en el artículo 10, en tanto, en los artículos 11 y 12 se regula lo relacionado

¹⁹⁴ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001.* <http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ecomm-s.htm> , 17/07/02 7:20 PM.

¹⁹⁵ *Ibidem*, Artículo 2.b.

¹⁹⁶ *Ibidem*, Artículo 6.1.

con el proceder de la parte que confía en el certificado y sobre el reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras, respectivamente.

No será menester de este trabajo hacer un análisis exhaustivo de esta importante figura del derecho privado que se realiza a través de los medios electrónicos de comunicación, sino dejar en claro ciertos puntos dignos de analizar a detalle en otro momento y en otro espacio donde se expresen y analicen cada una de sus características. Al respecto cabe destacar y mencionar que será un asunto particular de cada una de las legislaciones nacionales el acordar sobre los aspectos más relevantes que merezcan la pena ser considerados e incorporados a sus normas reguladoras sobre la firma electrónica. También será necesario estar al pendiente de las continuas innovaciones de la tecnología para lograr consolidar un documento jurídico que brinde seguridad y certeza a todo asunto que se realice por medios electrónicos y que requieran el empleo de la firma electrónica.

Respecto a lo que a cada legislación nacional le compete regular, el caso de México es particular porque no cuenta con una abundante y copiosa legislación en materia de comercio electrónico, con excepción de aquellos temas que habrán de considerarse en los capítulos correspondientes a este trabajo respecto a la regulación mexicana en ciertas áreas de esta materia. Pero, en lo que respecta a la firma en general no existe una teoría propia de la misma dentro del Derecho Mercantil, a lo sumo quizá existan las referencias obligadas en el ámbito del Derecho Notarial. Actualmente ni los notarios ni los corredores públicos pueden ser ajenos ni antagónicos a los procesos de digitalización puesto que tanto la Fe Pública Notarial como la Mercantil son parte importante dentro del ámbito del comercio electrónico.¹⁹⁷

Aunque la regulación de la firma en el Derecho mexicano se circunscribe más al ámbito notarial, con las reformas hechas al Código de Comercio, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, se destacan otros aspectos en cuanto a

¹⁹⁷ Montagud Castelló, Enrique, *Eficacia jurídica de la firma electrónica, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 265.

que se certificarán los medios de identificación utilizados por personas autorizadas para firmar electrónicamente la información relacionada con el Registro Público de Comercio y también de los demás usuarios y se ejercerá control sobre tales medios para salvaguardar la confidencialidad de la información que se emita por este medio.¹⁹⁸

En este caso, sobre las reformas hechas a las diferentes leyes mexicanas mediante el Decreto del año 2000 se aprecia que al igual que otros países México adoptó ciertos principios de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tomados en cuenta para adecuar ciertas actividades, que de manera tradicional se venían realizando, a esta nueva realidad que sigue las pautas de los modernos sistemas de comunicación. Si no se contravienen las normas nacionales y se pueden armonizar las diferencias con el sistema jurídico existente la adopción de leyes modelo como la mencionada resulta enriquecedor para la normativa del país que se trate.

En México, la regulación en materia de comercio electrónico que surgió a partir del Decreto de reformas del año 2000 hechas al Código Civil (CC), al Código de Procedimientos Civiles (CPC), al Código de Comercio (CC) y a la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC), tiene a partir de fechas más recientes, el año 2005, la implementación de la Firma Electrónica Avanzada (FEA) con la que se pretende tener seguridad y reconocimiento de legalidad en ciertas operaciones, así como autenticidad y confidencialidad para quienes intervengan en ellas.

Para emplear la Firma Electrónica Avanzada (FEA) el contribuyente requiere darse de alta en el Servicio de Administración Tributaria (SAT) órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) ante el cual y por medio de un sistema electrónico llevarán su contabilidad misma que deberá comprobar ingresos superiores a un millón setecientos cincuenta mil pesos, si se trata de actividades empresariales. Para el caso de personas que presten servicios profesionales, renten inmuebles o perciban ingresos de cualquier otro tipo, la comprobación de ingresos deberá ser superior a los

¹⁹⁸ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México 2000, p. 554.

trescientos mil pesos. Otro documento implementado en fecha reciente es la Factura Electrónica (FE) con la cual se tendrá un documento jurídico sobre transferencias legales de bienes y servicios que avalan la propiedad y la tenencia de quien la posea, además de que garantizará a las autoridades fiscales el pago de los impuestos con mayor rapidez y garantía.

La firma y la factura electrónicas son dos figuras prácticamente nuevas dentro del ambiente tributario mexicano y por ser optativas su efectividad es aún cuestionable si se considera que el uso de la Red no forma parte de la cotidianidad de la mayor parte de los contribuyentes, incluso, existe reticencia y desconfianza al uso de los medios electrónicos y cierta renuencia a los cambios.

Aunque la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) ha declarado un crecimiento en el uso de la firma y la factura electrónicas, señala que también existe “cierta confusión e inseguridad entre las empresas mexicanas para adoptarlas”.¹⁹⁹ No obstante de que la adopción de una u otra figura es optativa, pues las normas fiscales no obligan a las empresas ni a los particulares, y de que existe un auge en el uso de los medios electrónicos, hay apatía por parte de los usuarios, aunque la actual economía de mercado poco a poco demostrará a las empresas las ventajas que presenta su empleo. De hecho la factura electrónica es un esquema de facturación que con el uso de tecnología digital puede generar y preservar comprobantes fiscales con opción de emitirlos a las personas físicas y morales cuya contabilidad se lleve en los medios electrónicos. La misma AMIPCI señala que la Firma Electrónica Avanzada (FEA) tiene grandes ventajas para aquellas personas que dictaminan sus estados financieros como contadores públicos o quienes se dedican exclusivamente al comercio. Asimismo, considera que si las empresas imponen como requisito fiscal a sus proveedores el uso de la firma y factura electrónicas se hará un uso masivo de las mismas.²⁰⁰

¹⁹⁹ Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), El Universal Online, <http://www.eluniversalonline.com>, 15/03/2005, 10:30 a.m.

²⁰⁰ Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), El Universal Online, *Op. Cit.*

III. La Comunicación Comercial

El uso de Internet no significa solamente celebrar actos jurídicos que impliquen derechos y obligaciones tanto para el que ofrece el servicio como para quien lo recibe, ni tampoco quiere decir que todo lo que aparezca tenga un mero fin comercial. No obstante, es un hecho de que en los ofrecimientos que se manifiestan por medio de la Red también existen actos y negocios con marcados intereses mercantiles, por lo cual se deben diferenciar ciertos aspectos para dejar en claro lo que en realidad se pretende con los diversos tipos de comunicación que brindan algunas empresas o particulares a través de las modernas tecnologías de información y a la vez considerar las implicaciones jurídicas que pueden resultar con su empleo.

La comunicación electrónica *per se* tiene un alto potencial que facilita de diversas maneras la vida personal y profesional de los individuos y permite, entre otras cosas: “...realizar una comunicación más eficiente y ofrece nuevas posibilidades de interacción, en especial reduce las limitaciones de otras formas de comunicación llegando a alterar la estructura del proceso de comunicación, eliminando o reduciendo las limitaciones espaciales, temporales y sociales, ya que conecta a usuarios ubicados en distintas localizaciones”.²⁰¹ Las bondades que proporciona la comunicación electrónica son en definitiva eficientes, pero en el caso de la comunicación comercial y las implicaciones legales que se derivan de los actos jurídicos, como la denominada contratación electrónica, generan también contratiempos, obligaciones y responsabilidades, muchas de las veces no previstas para quienes intervienen en ella.

En Derecho, existe la división entre los considerados hechos y actos jurídicos, en donde los primeros son definidos como: “hechos o estados de hecho independientes de la actividad humana, o en acciones humanas voluntarias o involuntarias”²⁰², en tanto los

²⁰¹ Del Águila, Ana Rosa, *Op. Cit.*, p. 26.

²⁰² García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1978, p. 183.

segundos se definen como la acciones “de un sujeto son lícitas y su finalidad es la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos”.²⁰³

En ambos conceptos existen diferencias y semejanzas y la diferencia fundamental es que los hechos jurídicos son acciones independientes del hombre o bien acciones voluntarias o involuntarias del mismo, en tanto los actos jurídicos son acciones exclusivamente del hombre realizadas de manera voluntaria, pero la semejanza o coincidencia entre ellos es que los dos provocan consecuencias jurídicas como lo son la creación, la transmisión, la modificación y la extinción de derechos y obligaciones.

La comunicación electrónica, derivada de la tecnología y propiamente del uso de Internet resulta ser un negocio jurídico propiamente dicho que aunque no siempre posee la tipicidad de un acto jurídico si genera las consecuencias jurídicas antes mencionadas. En cuestiones mercantiles, este tipo de comunicación “...interactiva, posibilitada por las nuevas tecnologías de la información, está potenciando el comercio electrónico, tanto la contratación como el pago por vía telemática”.²⁰⁴

El concepto de comunicación electrónica se define como “la disciplina que trata del uso de los medios electrónicos en las actividades de las empresas y de las organizaciones”.²⁰⁵ Este tipo de comunicación resulta ser en esencia una comunicación tradicional a la cual la electrónica le ha incorporado elementos que la hacen ser más rápida, más efectiva y más interactiva independientemente del lugar y del tiempo en que ocurra.

Los denominados medios electrónicos, definidos como “el conjunto de medios de comunicación destinados a poner en relación a un individuo con una organización o con otro individuo con el objeto de difundir o intercambiar mensajes, utilizando para ello los

²⁰³ *Op. Cit.*, p. 183.

²⁰⁴ Oliver Cuello, Rafael, *Tributación del Comercio Electrónico*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 13.

²⁰⁵ *Op. Cit.*, p. 26.

recursos de la informática y las telecomunicaciones”²⁰⁶, amplían el concepto tradicional de comunicación al aportar nuevos elementos que permiten el contacto más rápido e inmediato de los interlocutores entre sí.

Las modalidades que se presentan en todo proceso de comunicación versan sobre la existencia o la inexistencia de la interacción entre emisor y receptor, pero en el caso de la comunicación electrónica se presentan otras variables a considerar como lo sería la comunicación asíncrona y la comunicación síncrona. La primera se presenta cuando el emisor y receptor no interactúan en el mismo momento temporal, por lo cual la retroalimentación no se produce de manera instantánea; en tanto, en la comunicación síncrona la interacción entre el emisor y el receptor se produce en el mismo momento temporal.²⁰⁷

Existen diferentes medios para comunicarse y uno de ellos, utilizado de manera cada vez más frecuente, es el de Internet como “recurso de enlace entre emisores y receptores literalmente vinculados en el mundo de los virtual”.²⁰⁸ Esta manera de comunicarse que no tiene más límites que los que la propia tecnología le marca, al generar cada día nuevos y mejores ambientes para la navegación, tiene también otros límites que pueden polarizar las propias relaciones entre las personas que tienen un fuerte rezago tecnológico de aquellas que tienen el acceso, los beneficios y las ventajas de la comunicación que se brinda por los medios electrónicos.²⁰⁹

Sobre la definición del concepto de comunicación comercial algunos autores lo asocian al de publicidad, al señalar que esta última es todo tipo de comunicación electrónica. La propia Ley General de Publicidad, de España, define en su artículo 2 a la publicidad como “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica,

²⁰⁶ Del Águila, Ana Rosa, *Op. Cit.*, p. 26.

²⁰⁷ *Op. Cit.*, p. 29 y 30.

²⁰⁸ Nosnik Ostrowiak, Abraham et al, *Productividad de la comunicación en la era de Internet*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental, (CECSA), México, 2000, p. 145.

²⁰⁹ *Op. Cit.*, p. 146.

pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.²¹⁰

La definición anterior proviene textualmente del artículo 2 inciso 1 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que señala tal cual la definición y agrega también lo que se considera como publicidad engañosa y la define como: “Toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.²¹¹

La propia Directiva 84/450/CEE en su artículo 3 determina que para que una publicidad se considere como engañosa se deberán tomar en cuenta ciertas características que puedan así considerarla, tales como las características de los bienes o servicios en cuanto a su disponibilidad, naturaleza, composición, fecha de fabricación, su origen, entre otros, asimismo se debe tomar en cuenta el precio o su modo de fijación y su naturaleza, características, derechos del anunciante en cuanto a su identidad, su patrimonio, derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual y también sobre sus premios o distinciones recibidas que avalen los productos o servicios que ofrezca.²¹²

Otros aspectos importantes contenidos en la Ley General de Publicidad española, son aquellos relativos a considerar ciertos tipos de publicidad, englobados todos ellos en su Título II, De la publicidad ilícita, en donde en su artículo 3, inciso a) define a la

²¹⁰ Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15-11-1988), <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Lgp.htm>, 04/08/2005, 10:16 a.m.

²¹¹ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, <http://www.reicaz.es/textos/le/ue/directiv/19840450/19840450.pdf>, 04/08/2005, 10:16 a.m.

²¹² Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, *Op. Cit.* Artículo 3.

publicidad ilícita como “La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren los artículos 18 y 20, apartado 4.”²¹³

La publicidad engañosa se define en el artículo 4 como aquella “publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor... también lo es aquella que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.²¹⁴

En el artículo 6 de la Ley de referencia se define la denominada publicidad desleal como aquella que “provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos... la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas... o la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones...”.²¹⁵

Otros dos tipos de publicidad ilícita son la publicidad comparativa, aquella que alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él, y la publicidad subliminal, la que se realiza por medio de técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas y que pueda ser recibida por los destinatarios sin que éstos la perciban de manera conciente. Si bien, la publicidad es comunicación y esta presenta diversas características en cuanto a si

²¹³ Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad, *Op. Cit.*, Artículo 3.

Los artículos de la Constitución española de referencia en el artículo 3 de la Ley en cita garantizan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, asimismo, el secreto de las comunicaciones, entre otros aspectos inherentes a los derechos y libertades de los seres humanos.

²¹⁴ Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15-11-1988), <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Lgp.htm>, 04/08/2005, 10:16 a.m.

²¹⁵ Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad, *Op. Cit.*, Artículo 6.

se realiza de manera lícita o lícita o a través de ciertos medios, como en el caso de los electrónicos, lo cierto es que los destinatarios son quienes al final de cuentas tienen el derecho de evitarla y, en todo caso, también los emisores tienen el derecho de enviarla, aunque con los elementos y características de una legal y permitida información.

En referencia a lo anterior y no obstante de la similitud existente en las definiciones de algunos conceptos sobre publicidad, tanto de la Ley como de la Directiva en comento, y de contener tres elementos esenciales en cuanto a que la publicidad es comunicación, se realiza en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y responde a una finalidad específica de promover la contratación, se detectan diferencias en cuanto a las personas que realizan la publicidad, pues mientras la Ley General de Publicidad indica que puede ser una persona física o jurídica, pública o privada y que el fin de la promoción es la contratación de bienes y servicios, no al suministro de bienes o a la prestación de servicios, la Directiva 84/450/CEE especifica lo contrario, pues sí incluye lo anterior. Sin embargo independientemente de las divergencias que puedan presentarse entre ambos ordenamientos, su elemento fundamental y motivo de esta explicación es que publicidad constituye comunicación.²¹⁶

Por otra parte, la comunicación comercial que transmite, difunde, distribuye y usa la información con el fin de dar a conocer los productos que a su vez comercializará, es el primer paso de lo que posteriormente se tipificará como una transacción comercial, cuando el interesado acceda y acepte lo que dicha comunicación le está ofreciendo. De aquí surge una relación jurídica entre el sujeto que produce la información y el destinatario de la misma, es decir, "... la información es producida por quien le da forma o expresión y, por ello, puede establecerse entre el autor de la información y la información misma una relación de poseedor/posesión, en términos de un derecho real".²¹⁷

²¹⁶ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Régimen Jurídico de la Publicidad Transfronteriza*, Ed. Iustel, Madrid 2005, p. 34 y 35.

²¹⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Manual de informática y derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 19.

De acuerdo con el Anexo, sobre definiciones, de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), la *Comunicación Comercial* se define como “toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”. Sin embargo, la propia Ley señala que para sus efectos, no se considerarán como una comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, así como las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.²¹⁸

La información proporcionada a través de los medios electrónicos tiene su propia regulación jurídica. En el caso de Internet, medio global que ha venido a revolucionar el ámbito de las comunicaciones, sus normas reguladoras son aún incipientes en algunos países que han visto rebasados sus sistemas legales en relación con el avance de la tecnología en materia de comunicaciones, donde, según los estudiosos de la materia, esta “nueva realidad tecnológica y económica no sólo no está cambiando el mundo de los negocios y del dinero, sino que afecta también, y de manera fundamental, a las formas y los contenidos de la comunicación”²¹⁹, llámese a esto educación, cultura, información, sociedad, Estado o economía. Estos cambios en el ámbito económico y tecnológico, reflejados directamente en el Derecho a través de las reformas, las adiciones y las actualizaciones de sus normas, resultan ser el único medio capaz de regular tan dinámica disciplina, sin embargo, y desafortunadamente, no todos los cambios legislativos tienen una permanencia que los haga estar vigentes a la par de los avances de la tecnología.

La revolución tecnológica, en sus diversas variables, es un fenómeno mundial que ha propiciado cambios en las organizaciones sociales, políticas y económicas. Esta revolución científico-técnica y comunicacional, como la define José Coderch Planas, ha

²¹⁸ Méndez, Rosa M. y Vilalta, A. Esther, *Comunicaciones comerciales y contratación por vía electrónica*, Ed. Bosch, Barcelona 2003, p. 15.

²¹⁹ González Encinar, José Juan, *Derecho de la Comunicación*,^{2ª} Ed. Ariel, Barcelona, 2001, p. 11.

provocado también “procesos acelerados de dependencia económica, política y cultural”²²⁰, asimismo, la desaparición de las fronteras nacionales ante la incontenible presencia de las comunicaciones y el comercio global.

Estas cuestiones tecnológicas, transformadoras de la sociedad y generadoras por ende del propio auge de la comunicación electrónica, no están aisladas del contexto legal o jurídico donde ocurren, ya que éste se ve afectado y rebasado con las implicaciones tecnológicas que afectan por igual y en mayor o menor medida a todos los países donde se presentan. El derecho que se ejerce en ámbitos espaciales y temporales diferentes, pero con jurisdicciones, normas de aplicación y órganos de resolución determinados, se ha visto transformado con el avance tecnológico, lo cual se traduce en que el “Internet ha modificado la tradicional forma de hacer leyes y su aplicación en los territorios físicos.

El funcionamiento descentralizado de la red hace imposible hoy en día aplicar y regular las acciones humanas que por la red se expresan”²²¹. Ante estos acontecimientos, se plantea la idea de reconsiderar la vigencia de las normas para demostrar su eficacia en las diversas formas de acceso y uso de la tecnología, en virtud de que “La ciencia jurídica es parte activa de este fenómeno mundial que se registra en el mundo de las comunicaciones”²²².

²²⁰ Fernández de Casadevante, Carlos y Quel, Francisco Javier (Coordinadores), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, p. 15.

José Coderch Planas, analiza en su artículo “Cambios en la sociedad internacional y su reflejo en Naciones Unidas” las profundas mutaciones que el sistema mundial presenta dentro de tensiones y conflictos que exigen cada día “nuevas formas jurídico-internacionales y nuevas políticas para hacer frente a los retos de la sociedad internacional”.

En referencia a ese nuevo sistema internacional, el autor señala que éste ya no es interestatal y estatocéntrico, sino multicéntrico, a nivel de actores, y más imprevisible e inestable a nivel de estructuras.

Este sistema mundial en constante cambio requiere generar nuevos conceptos, ideas, modelos y normas para poder interpretar y regular esa realidad emergente, consecuencia de la revolución científico-técnica y comunicacional, entre otros factores, dentro de los cuales evidentemente se encuentra los cambios radicales que la tecnología y la propia sociedad de la información están provocando.

²²¹ Martínez Fazzalari, Raúl, *Régimen Público de Internet*, Ed. AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 15.

²²² *Op. Cit.*, p. 15.

La comunicación en Internet tiene características muy especiales y diferencias muy marcadas respecto a la publicidad que se realiza por ese medio. El ofrecimiento de bienes y su comercialización condicionan la aplicación de las disposiciones normativas en cada país o región donde se realice. El control jurídico de las comunicaciones electrónicas queda repentinamente rebasado por el propio avance de la tecnología. La configuración de páginas Web, sus actualizaciones, sus propuestas u ofertas, el diálogo interactivo entre el vendedor y el comprador, los ofrecimientos gratuitos de ciertos bienes y la publicidad actualizada o caduca, son elementos que regularmente quedan fuera del alcance de las normas reguladoras.

La comunicación comercial, tema que compete explicar en este apartado, tiene muchas aristas y bastante información para explicar su naturaleza, desarrollo y expectativas, sin embargo, no es materia de este trabajo analizar en detalle todas sus características, por lo cual se mencionan más que nada ciertas disposiciones jurídicas que tratan y regulan esta disciplina, que está de cierta manera como contexto en el marco del comercio electrónico.

Tanto la Constitución española como la Constitución mexicana reconocen como derecho fundamental la expresión y la difusión de las ideas y de opiniones, pero en el caso del primer ordenamiento éste lo hace extensivo a el comunicar o el recibir información por cualquier medio de difusión.²²³ Esto en parte puede ser contradictorio en tanto si se considera que “la publicidad no es equiparable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información debido a que responde a una actividad comercial o profesional encaminada a lograr un beneficio patrimonial”.²²⁴

²²³ *Constitución española*, Ed. Tecnos, 13ª, edición, Madrid, 2004.

El artículo 20 de la Constitución española menciona “Se reconocen y protegen los derechos 1.a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción...d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”.

²²⁴ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Régimen Jurídico de la Publicidad Transfronteriza*, Op. Cit., p. 113.

En el caso de México no hay mayor explicación si se toma en cuenta la ausencia de reglas que así lo determinen, no obstante de que en el artículo 7 de la Constitución Política se regula como derecho fundamental la libertad de escribir y publicar escritos.²²⁵ Sin embargo, con el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de febrero de 2004, se exponen cuestiones importantes en relación con la publicidad enviada por medios electrónicos en cuanto a que los consumidores tienen el derecho de exigir el nombre, domicilio, teléfono y dirección electrónica del proveedor o de la empresa que le envíe la publicidad, asimismo, pueden reclamar a los proveedores específicos y a empresas que utilicen su información con fines mercadotécnicos o publicitarios a no ser molestados en su domicilio, lugar de trabajo, dirección electrónica o cualquier otro medio con el ofrecimiento de bienes, productos o servicios o envío de publicidad.

Para el caso de que los consumidores permitan a las empresas o proveedores que utilicen su información para fines publicitarios podrán exigir que la misma no sea cedida o transmitida a terceros, a no ser que esto sea determinado por una autoridad judicial.²²⁶

Otro aspecto regulado en la Ley Federal de Protección al Consumidor es aquel en donde la Procuraduría Federal del Consumidor puede llevar un registro de consumidores que no deseen que su información se utilice para fines mercadotécnicos o publicitarios, para lo cual serán los propios consumidores quienes por escrito o por correo electrónico a la Procuraduría hagan su solicitud de inscripción a dicho registro, mismo que es completamente gratuito. En este mismo sentido, el adicionado artículo 18 BIS a la misma

²²⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ediciones Luciana, México, 2004

El artículo 7 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe que “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública”.

²²⁶ *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor*, Diario Oficial de la Federación de miércoles 4 de febrero de 2004, Segunda Sección, Artículos 17 y 18, p. 3. <http://www.profeco.gob.mx> .

Ley, prohíbe a las empresas y proveedores que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios el utilizar tal información con fines diferentes.²²⁷

Para el caso de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que la publicidad está comprendida en el derecho a la libertad de expresión establecido en el artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1959.²²⁸

Sobre la publicidad en los servicios de la sociedad de la información es evidente que los costos y riesgos derivados de las actividades empresariales desarrolladas en el comercio electrónico presentan otras variables pero que poco difieren de aquellas celebradas de manera tradicional. En este rubro, existe un ordenamiento jurídico importante que menciona cuestiones relacionadas con la regulación jurídica de la comunicación comercial, siendo éste la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).²²⁹

En la Sección 2 de la citada Directiva, sobre comunicaciones comerciales, el artículo 6 señala que las mismas deben contener ciertos requisitos, como el que estén claramente identificables como tales y que las personas físicas o morales a nombre de las cuales se hagan las comunicaciones comerciales también lo estén. Otro punto interesante mencionado por este mismo artículo es que las ofertas promocionales como los descuentos, premios y regalos, cuando estén permitidos en el Estado miembro de

²²⁷ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, Diario Oficial de la Federación de miércoles 4 de febrero de 2004, Segunda Sección, Artículo 18BIS, p. 3. <http://www.profeco.gob.mx>.

²²⁸ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Op. Cit.*, p. 114.

Las discrepancias que puedan existir en cuanto a considerar o no la actividad publicitaria como parte de la libertad de expresión y el derecho a difundir informaciones quedan disipadas si se toman en consideración los diversos ordenamientos legales existentes en la Unión Europea que así la tienen contemplada.

²²⁹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, <http://europa.eu.int/eur-lex/es>, del 12 de abril de 2002, 6:23 pm.

establecimiento del prestador de servicios, deberán ser identificables como tales y fácilmente accesibles, lo cual se hace extensivo a la vez a los concursos o juegos promocionales.

La Directiva en comento somete a las comunicaciones comerciales ciertas condiciones de transparencia para reforzar la confianza de los consumidores y garantizar la lealtad en las prácticas comerciales. Por lo tanto, la directiva impone a dicho tipo de comunicación que la misma sea identificada con claridad y en la promoción de sus productos se identifique también claramente en sus mensajes publicitarios.²³⁰

Otros aspectos tratados por la Directiva mencionada y relacionados con la comunicación comercial son aquellos relativos a la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico, para efectos de que la misma sea clara e inequívoca al momento de su recepción, así como el respeto a las listas de exclusión voluntaria (*“opt-out”*), esta disposición está contenida en el artículo 7.²³¹

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España (LSSI) establece en su artículo 21 la prohibición de envío de comunicaciones publicitarias o promociones por correo electrónico si éstas no han sido solicitadas o autorizadas por los destinatarios de las mismas. Esta disposición establece el sistema de listas de inclusión (*“opt-in”*) de manera estricta, al exigir la autorización expresa en contraste con la posibilidad de manifestar el consentimiento de forma tácita o implícita. Sobre este aspecto, se indica que esta norma está redactada antes de que se resuelva la controversia sobre esta cuestión en la revisión de la Directiva 97/76/CE, en la que el Parlamento ha declarado dejar a los Estados miembros libertad entre los sistemas de

²³⁰ Thibault Verbiest, Maitre, *La Directive européenne sur le comerce électronique*, <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20000615.htm>, p. 2 de 6, 14/06/02, 4:32 PM.

“La Directive soumet les communications commerciales á certaines conditions de transparence pour renforcer la confiance du consommateur et garantir des pratiques commerciales loyales. Ainsi, la Directive impose que les communications commerciales soient clairement identifiables comme telles et que la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite soit clairement identifiable. Sur le Web, cela devrait impliquer que les sites qui font la promotion de produits indiquent clairement qu’il s’agit de messages publicitaires”.

²³¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, <http://europa.eu.int/eur-lex/es>, del 12 de abril de 2002, 6:23 pm.

listas de inclusión y exclusión, en tanto que la Comisión favorece la imposición de la primera, misma que adopta la LSSI.²³²

Como una manera de prevenir el envío de comunicación comercial, el artículo 22 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) indica que si durante el proceso de contratación el prestador de servicios pretende obtener una dirección de correo electrónico para utilizarla posteriormente para el envío de comunicaciones comerciales, deberá hacerlo del conocimiento del cliente y solicitarle al mismo dicha intención antes de terminar el procedimiento de contratación para que con su consentimiento pueda recibir la información, pudiendo revocar en cualquier momento el consentimiento con la simple notificación de la voluntad del remitente, para lo cual los prestadores de servicios deberán poner en servicio los trámites sencillos y gratuitos para realizar dicho desistimiento.²³³

En relación a este tema sobre las comunicaciones comerciales, el artículo 30 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), de España, limita los datos de carácter personal que pueden ser utilizados por quienes se dediquen a actividades como la publicidad o la venta a distancia para los que figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados, por lo cual atribuye a estos últimos el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos, pudiendo cancelarse toda información que sobre ellos figure.

Por su parte, el artículo 31 de la propia LOPD prescribe que a quienes se dediquen a las actividades de publicidad o ventas a distancia pueden recibir de la Administración una copia del censo promocional en el que se encuentran los datos, nombre, apellidos y domicilio del censo electoral, con exclusión de los datos de quienes así lo soliciten, por lo cual los interesados pueden solicitar no aparecer en el censo promocional. Existen otras disposiciones en la LOPD que reglamentan el uso de las

²³² De Miguel Asensio, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, Madrid 2002, p. 174.

²³³ *Op. Cit.*, Art. 22.

direcciones de correo electrónico con datos de carácter personal de manera ilegítima o que atenten contra los derechos fundamentales de las personas, pero esta ya sería una acepción mucho más amplia de lo que compete en exclusiva a los temas relativos a la comunicación comercial y propiamente al comercio electrónico.

Sobre la comunicación comercial, tema del presente apartado, es importante citar algunos conceptos regulados por la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre comercio electrónico, de 1996. Uno de esos conceptos es el relativo al denominado *mensaje de datos*, en cuyo artículo 2 inciso *a* lo define como “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.²³⁴ En el mismo artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI, pero del inciso *b*, se define *intercambio electrónico de datos* (EDI) como “la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”.²³⁵ El primero de estos conceptos no se limita a la simple comunicación, sino que también engloba cualquier tipo de información que se encuentre en algún soporte informático y que no esté destinada a comunicarse, es decir, que esté solamente consignada.

En la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico, el Principio II, sobre la equidad en las prácticas empresariales publicitarias y de mercadotecnia, se indica respecto a la comunicación, que “Las empresas involucradas en el comercio electrónico deben respetar los derechos de los consumidores y actuar de acuerdo a prácticas equitativas en el ejercicio de sus actividades empresariales, publicitarias y de mercadotecnia”, por lo cual, confirma que:

²³⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno, 1996, Artículo 2.a. <http://www.uncitral.org>

²³⁵ *Op., Cit.*, Artículo 2.b.

“Cuando los consumidores manifiesten que no desean recibir mensajes comerciales por correo electrónico, tal decisión debe ser respetada”.²³⁶

Este mismo ordenamiento contiene otras disposiciones o principios relacionados con la comunicación de la información sobre la empresa, los bienes o servicios y aquella relativa a la transacción, con los cuales pretende alertar a los consumidores sobre la claridad de los ofrecimientos, términos y condiciones que las empresas deben ofrecerles para evitar cualquier conducta comercial fraudulenta, engañosa y desleal.

La comunicación comercial que se utiliza a través de los medios electrónicos presenta diversas características que cada una de las empresas dedicadas a diseminarla u ofrecerla lo hacen de acuerdo a sus políticas e intereses, sin embargo, son el consumidor o el destinatario quienes tienen la facultad de aceptarla o rechazarla, no obstante, por tener los servicios de la sociedad de la información una serie de implicaciones jurídicas, serán las legislaciones nacionales las que regularán su uso, ya sea trasponiendo leyes, como el caso de las Directivas al marco jurídico local de los países integrantes de la Unión Europea o creando nuevas normas que solucionen los supuestos o hechos que se vayan generando o bien tomando como apoyo las disposiciones legales que los organismos supranacionales están generando en apoyo a este importante fenómeno global.

²³⁶ *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, Principio II, <http://www.oecd.org>*

CAPÍTULO CUARTO

SEGURIDAD Y PROTECCIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

I. La Seguridad Informática y la Seguridad Jurídica

La vulnerabilidad de los datos utilizados en los medios informáticos es una de las principales preocupaciones de las personas que los emplean, por lo cual las compañías proveedoras de servicios de Internet y las mismas compañías o empresas dedicadas a comercializar por dicho medio han solicitado, propuesto y desarrollado una serie de medidas de seguridad jurídicas y técnicas tendientes a evitar daños y perjuicios en sus sistemas de seguridad. No son pocos los casos en donde se han vulnerado los sistemas de seguridad de la Red. El acceso indebido a información y la introducción de virus informáticos son apenas dos casos comunes dentro de los servicios de la sociedad de la información. Ante los altos costos que significaba reparar los daños causados a las vulneradas fuentes de información electrónica, a finales de la década de los ochentas el Gobierno Federal de los Estados Unidos de América creó el Computer Emergency Response Team (CERT) como respuesta a la amenaza constante de la intromisión y los consecuentes daños a los sistemas informáticos.²³⁷

La creación del CERT, en 1988, se hizo desde un principio con el objeto de monitorear todos los intentos de romper con la seguridad de los sistemas electrónicos y para coordinar las acciones que los expertos en la materia pusieran en práctica para resolver los problemas que se presentaran. Todo esto debido también al creciente potencial de Internet en sus aspectos militares y comerciales. Aunque este organismo tiene más de una década de formación y dedicación a la preservación de la seguridad en los medios electrónicos, lo cierto es que el problema persiste y se ha ido acrecentando conforme crece el número de usuarios y el grado de sofisticación y complejidad de los propios medios.²³⁸

²³⁷ Font, Andrés, *Seguridad y Certificación en el Comercio Electrónico*, Ed. Fundación Retevisión, Madrid, 2000, p. 21.

²³⁸ Font, Andrés, *Seguridad y Certificación en el Comercio Electrónico*, Op. Cit., p. 22.

Así como el CERT otros organismos nacionales e internacionales han creado una serie de normas tendientes a preservar la seguridad en los medios de comunicación electrónicos por ser esta una de las mayores preocupaciones de los usuarios de Internet, especialmente de las empresas dedicadas al comercio electrónico y de todas aquellas organizaciones que por razones de privacidad requieren preservar información y datos relacionados con la intimidad de las personas, entre otros. Por ello tales normas versan de variados tópicos que aún cuando sean en diferentes modalidades tienen en común la preservación de la seguridad. En este sentido, como posteriormente se explicará, la protección comprende tanto los aspectos técnicos como de operaciones empleados en los sistemas de información electrónicos.

Los riesgos comunes en el uso de Internet son principalmente aquellos relacionados con la protección de la información que en los ordenadores existe que va desde su conservación propiamente dicha hasta el evitar su alteración o desaparición en un momento dado por causas ajenas al usuario o propietario de la misma. Son tres aspectos que podrían considerarse como prioritarios para garantizar la seguridad de las comunicaciones realizadas a través de medios electrónicos, en primer lugar está el que la información debe mantenerse confiable hacia quienes la utilizan para que ésta no presente alteraciones o pueda ser destruida; en segundo lugar, está la actividad traducida como la disponibilidad que deben los servicios de Internet para quienes lo requieran a todas horas del día; por último, se encuentra el acceso, en cuanto a la necesidad de controlar los accesos a la información confidencial de que se trate para que solamente puedan hacerlo quienes tengan autorización para ello.²³⁹

Por lo anterior, son diversos los medios de seguridad jurídicos que existen para proteger las operaciones de comercio electrónico y a las personas que intervienen en las diversas transacciones realizadas por este medio. En principio, existe la protección jurídica de datos, la protección jurídica del software y la protección jurídica de las bases de datos. La protección jurídica de datos se refiere en esencia a las garantías que

²³⁹Op. Cit., p. 24.

proporciona el derecho a las personas para proteger su intimidad en relación al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de los mismos.

La legislación mexicana carece de normas sobre la “protección de datos”, no obstante, como ya se mencionó, está en el Congreso de la Unión una propuesta de iniciativa de ley relativa a la Ley Federal de Protección de Datos Personales de fecha 14 de febrero de 2001 y una propuesta de reformas al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de protección de datos personales. Ambas propuestas en caso de ser aprobadas serían a corto, mediano o largo plazo los primeros ordenamientos jurídicos que sobre tal materia existan en el país.

Las cuestiones de seguridad y protección de datos es una materia ya tratada y regulada en los ordenamientos jurídicos de otros países, como el caso de España, por lo cual es interesante mencionar lo que este país ha realizado en el campo de esta disciplina. En un primer momento y como base principal de la temática en cuestión, la Constitución española prescribe en su artículo 18.4 que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.²⁴⁰

En este mismo tenor existe el Convenio 108 del cual se hará una explicación más detallada en el apartado correspondiente de este trabajo, sobre la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en cuyo artículo 1º señala que: “El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona”.²⁴¹

²⁴⁰ Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon%5.htm> , p. 2 de 9, 2/05/02, 12:15 PM.

²⁴¹ Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Estrasburgo, 28 de enero de 1981.
<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon%293.htm> , p. 1 de 11, 2/05/02, 12:40 PM.

Por otra parte, existe también la Directiva 95/46/CE²⁴², del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, de 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Este ordenamiento menciona que la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales lleva consigo la propia circulación y el intercambio de datos personales entre los estados miembros, por lo cual se considera importante que la seguridad de estos datos se realice desde una perspectiva similar a la de las personas titulares de los datos y un tratamiento equivalente de la protección de la intimidad en los mismos países miembros. Esta Directiva enfatiza mucho en el respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente en su intimidad, ante el notable aumento de los flujos transfronterizos de datos personales.

Posteriormente, surgió la Directiva 97/66/CE²⁴³ del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, que al igual que la anterior busca proteger a las personas físicas en cuanto al tratamiento de los datos personales y su libre circulación, ante las nuevas redes digitales públicas avanzadas de telecomunicaciones que crean necesidades específicas para su protección. En otro apartado de este trabajo de investigación se harán también referencias a la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, que vino a sustituir a la 97/66/CE antes mencionada. De ambas se harán los comentarios respectivos en dicho apartado por ser éste dedicado al tema sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

Este convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de fecha 28 de enero de 1981, fue firmado en Estrasburgo por el Plenipotenciario de España el 28 de enero de 1982 y publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 274, de 15 de noviembre de 1985.

²⁴² Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°33.htm>, p. 1 de 27, 2/05/02, 5:40 PM.

²⁴³ Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°80.htm>, p. 1 de 11, 2/05/02, 12:43 PM.

España tenía en vigor la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), de 29 de octubre de 1992, que defendía el llamado derecho a la intimidad y que jurídicamente protegía los derechos de las personas ante una inminente intromisión informática a su vida personal. En su artículo 1 la citada ley marcaba como objetivo el "...limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos".²⁴⁴

Ahora, está en vigor la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), publicada en el BOE número 298 del martes 14 de diciembre de 1999, en cuyo artículo 1 marca como objetivo "...el garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".²⁴⁵

Respecto a la protección jurídica del software, ésta surge ante el uso de los equipos y materiales informáticos, entre otras cosas, porque los ordenadores o computadoras poseen diversos programas para su funcionamiento y es a través de ellos como se puede acceder a otros sistemas o sitios y poder agredir con o sin intención a otros programas o servicios ajenos. La tutela del software, como lo cita Antonio Pérez Luño²⁴⁶, a través de diferentes instrumentos tradicionales de garantía jurídica, provoca una disyuntiva insatisfactoria ya que o se distorsionan dichos instrumentos para adaptarlos a un objeto nuevo, que no estuvo pensado al momento de crearse su normatividad correspondiente o se acepta un régimen de protección precario o insuficiente.

²⁴⁴ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, conocida como LORTAD, (BOE. 262 del 31 de octubre de 1992), <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°87.htm>, p. 5 de 24, 2/05/02, 12:33 PM.

²⁴⁵ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, conocida como LOPD, (BOE número 298 del martes 14 de diciembre de 1999), <http://www.informatica-juridica.com/./anexos/anexon°22.htm>, p. 1 de 24, 17/06/02 PM.

²⁴⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Ensayos de Informática Jurídica*, Ed. Fontamara, México, 1996, p. 32.

Ante tales cuestiones, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) promulgó en 1978 las denominadas “Disposiciones-tipo para la protección del software”, las cuales son un modelo obligado de referencia para las legislaciones nacionales, en relación a este tema.

Dentro de las disposiciones de la OMPI distinguen tres grandes apartados respecto a la protección del software; en primer lugar, está la delimitación del objeto de la tutela, donde se distinguen el “*programa del ordenador*”, la “*descripción del programa*” y la “*documentación auxiliar*”; en segundo lugar está el ámbito de protección, es decir, los derechos del propietario para impedir la copia, uso o comercialización del software; y, por último, en tercer lugar, se encuentran los instrumentos de tutela de los programas, donde se encuentra la posibilidad de que el propietario del software pueda ejercitar una acción judicial civil para defender sus derechos.²⁴⁷

Por lo anterior, la protección jurídica abarca tanto al aparato informático, computadora u ordenador, como a los programas que les permiten realizar algunas de sus funciones. El hardware (componente físico) y el software (soporte lógico) proporcionan los servicios y, el uso y la protección jurídica que cada uno tiene dependen de quien lo vende y quien lo compra. En este sentido, se pueden distinguir dos elementos: el técnico y el económico²⁴⁸, que están presentes en el problema sobre la protección de los programas informáticos.

Sobre la cuestión técnica, en los programas de cómputo existen los llamados programas fuente o sistemas operativos ligados al funcionamiento de la máquina, y los programas objeto que se hacen para satisfacer los gustos y necesidades de los usuarios. Respecto al elemento económico, es evidente que la industria de la computación es cada vez más demandante en la creación de nuevos y variados programas cuya elaboración y venta genera altos ingresos a quienes se dedican a esto. Uno de los instrumentos

²⁴⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Op. Cit.*, pp. 32 a 34.

²⁴⁸ Téllez Valdés, Julio, *Derecho Informático*, Ed. McGraw-Hill, 2ª. Ed., México, 2001, pp. 85 y 86.

creados para dotar de seguridad a la transmisión y almacenamiento de los datos por medio de las redes informáticas, es la criptografía que consiste en transformar los datos para ocultarlos y evitar su alteración y uso no autorizado. Dicha transformación se conoce como cifrado y se realiza por medio de algoritmos. Para recuperar los datos de manera legible se hace un proceso de cifrado inverso para lo cual se sugiere una clave.²⁴⁹

La criptografía se puede definir como “el estudio y desarrollo de medios que hagan una información indescifrable para todo el que no sea destinatario legítimo de la misma”.²⁵⁰ En otras palabras, permite que todos los procesos de comunicación y transacciones llevadas a cabo por la Red se hagan de manera segura por medio de los algoritmos criptográficos empleados que son ecuaciones matemáticas con una secuencia variable de bits a la que se le conoce como clave.

La criptografía se puede presentar de manera asimétrica o de clave pública que permite intercambiar información cifrada sin que las personas deban compartir una clave secreta común fijada previamente, sino que se emplean pares de claves relacionadas matemáticamente: una pública, que puede conocerse por todos los usuarios y se usa para cifrar mensajes y verificar firmas digitales y otra privada que solamente conoce el titular y que es necesaria para descifrar mensajes cifrados con la clave pública correspondiente que sirve también para crear firmas digitales que serán verificadas con la respectiva clave pública. La seguridad que brinda la criptografía, aún cuando se le considere como un dispositivo sofisticado, no está exenta de ser bloqueada o destruida por personas ajenas a la actividad que se trate.

El régimen jurídico aplicable a las acciones derivadas de los problemas relativos a la protección de los programas informáticos posee diversas figuras. Dentro de las actividades realizadas por medio de esta tecnología se encuentran asuntos materia del derecho civil, como la elaboración de los contratos, donde se introducen o pueden

²⁴⁹ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, p. 383.

²⁵⁰ Font, Andrés, *Seguridad y Certificación en el Comercio Electrónico*, Ed. Fundación Retevisión, Madrid, 2000, p. 53.

pactarse cláusulas relacionadas con la seguridad del programa; también, se consideran cuestiones sobre los derechos de propiedad industrial, específicamente en la figura de las patentes.

Los derechos de autor son otra figura importante dentro de la protección de los programas informáticos, como lo son también los derechos a la propiedad literaria y artística, y es aquí precisamente donde se presentan problemas que el derecho aún no ha podido regular. La protección de los trabajos divulgados o diseminados por Internet opera como derechos de propiedad intelectual de quien es, aunque no siempre, el autor de los mismos, sin embargo, también le competen ciertos derechos a los servidores que brindan el servicio, por ser éstos los que publican los trabajos de los autores en un sitio determinado.

Si un servidor está violando la ley un autor puede demandar por daños la violación de sus derechos, por lo cual aquí se presenta un conflicto muy serio que puede afectar tanto al autor como a los usuarios, si no existe un verdadero equilibrio de los derechos de los dos, así, en la búsqueda de ese balance se ha querido colocar la base de la legislación de los derechos de propiedad intelectual, pero que con el uso de Internet y la serie de cuestionamientos legales que éste conlleva se ha dado una nueva dimensión al problema.²⁵¹

El término *copyright* utilizado en los países anglosajones y el término *droit d'auteur* se utiliza para expresar los derechos de propiedad intelectual, definidos como “los que tiene el autor de un trabajo para autorizar o prohibir su uso”.²⁵²

²⁵¹ Hance, Olivier, *Leyes y Negocios en Internet*, Ed. McGraw Hill, México, 1996, p. 79.

Olivier Hance, en un apartado de su texto manifiesta una serie de supuestos relativos a la protección de los derechos de propiedad intelectual, sin embargo, y como es patente en el presente trabajo de investigación, no se pretende en ningún apartado del mismo profundizar o explicar con mayor detenimiento cada uno de los temas expuestos, como lo sería éste, sin embargo, considero pertinente aclarar que este asunto relativo a los derechos de autor es en gran parte uno de los aspectos que más han centrado la atención de los expertos e interesados en este campo de la informática jurídica.

²⁵² *Op. Cit.* p. 81.

Los denominados derechos de autor o derechos de propiedad intelectual, tienen un marco legal diferente en cada país o región, sin embargo, en el caso de la protección de esos derechos con el uso de Internet, su normatividad deja de ser local para convertirse en una legislación de carácter internacional, pues la tecnología ha venido a facilitar más y mejor el acceso

El Internet es un medio que de muchas maneras ha modificado o alterado las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual, pues ahora es más fácil acceder a un sinnúmero de textos escritos, grabaciones de sonidos e imágenes, entre otros productos, que pueden ser plagiados directamente por las personas a las que les interese y todo con el simple uso de algún programa informático o tomado directamente de la Red.

Los trabajos protegidos en Internet, con los derechos de propiedad intelectual, deben reunir ciertos requisitos que las legislaciones de los diferentes países condicionan para poder hacerlos efectivos. Las condiciones comunes en la mayor parte de los países versan sobre la originalidad que debe tener un trabajo, es decir, resultado de la creación y talento del autor, además, que debe estar publicado o expuesto en un medio tangible. Una excepción a la protección, podrían ser ciertos trabajos cortos o simples que no sean producto, quizá, de una gran creatividad o sean de una sencillez extrema y común.

En materia de propiedad intelectual existen importantes regulaciones jurídicas relativas a los trabajos diseminados o publicados en medios tecnológicos, dentro de la llamada sociedad de la información. Algunas de las más avanzadas legislaciones a nivel internacional están representadas por la *Digital Millenium Copyright Act* de 28 de octubre de 1998, de los Estados Unidos, y la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

La Directiva 2001/29/CE es uno de los documentos legales más importantes que se han adoptado en la Unión Europea, por los Estados miembros, con el fin de llevar a cabo una armonización comunitaria en materia de propiedad intelectual, para adaptar dichas normas a ciertas innovaciones tecnológicas que van condicionando poco a poco la propia evolución jurídica de cada uno de los países integrantes de la Unión. Esta Directiva

de todos los usuarios de la Red a un ilimitado campo de obras intelectuales, no sujetas a un espacio y a un tiempo, que con el uso de diversos programas informáticos son susceptibles de plagio o piratería.

“trata de la protección jurídica de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en el mercado interior, con particular atención a la sociedad de la información” (Artículo 1.1), y no afecta de modo alguno otras disposiciones comunitarias vigentes relacionadas con “la protección jurídica de los programas de ordenador”, “el derecho de alquiler, el derecho de préstamo y determinados derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual”, “los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicables a la radiodifusión de programas vía satélite y la retransmisión por cable”, “la duración de la protección de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor” y a “ la protección jurídica de las bases de datos”.²⁵³

Buena parte de este trabajo sobre propiedad intelectual es resultado de la labor iniciada con el “Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: problemas de derecho de autor que requieren una acción inmediata”, de 1988, trabajo desarrollado por la idea de que “la tutela de la propiedad intelectual es un elemento esencial en el marco de la llamada sociedad de la información”.²⁵⁴

Otras acciones derivadas de los problemas relacionados con la seguridad y protección de los programas informáticos se encuentran en asuntos materia del derecho penal como lo son los denominados delitos informáticos, sin embargo, por no considerarse materia de este trabajo de investigación las cuestiones penales, no se hará mención en detalle sobre los mismos.

Por su parte, con la protección jurídica de las bases de datos se pretende cuidar los grandes volúmenes de información que se manejan en actividades desarrolladas por los profesionistas, por las instituciones públicas y privadas y por los mismos particulares usuarios de la red. Gran parte de esas actividades conllevan a guardar o almacenar

²⁵³ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, Artículo 1, pp. 10 y 11 de 19, <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga> , 20/06/02, 3:49 PM.

²⁵⁴ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, pp. 223 y 224.

diversos tipos de información por parte de los interesados, pero cuyo resguardo no es siempre seguro y confiable.

En la creación de las bases de datos interviene un grupo de personas de diversa índole; por un lado, se encuentra el creador de la base de datos (es quien con un fondo documental adecuado la genera), por otro lado, está el distribuidor de la base (dispone de un soporte técnico y comercial, crea y proporciona el servicio) y, por último, está quien usa la base de datos.²⁵⁵

Las bases de datos, como entidad propia, se consideran bienes jurídicos protegidos que generan sus propias relaciones jurídicas entre las personas implicadas en su proceso de creación y distribución de servicio. En la Unión Europea existe la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos. En este documento se indica que: “tendrán la consideración de “base de datos” las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”.²⁵⁶

La Directiva 96/9/CE se aplica a cuestiones relativas a la protección jurídica de los programas de ordenador; el derecho de arrendamiento y de préstamo y a determinados derechos afines al derecho de autor en el ámbito de la propiedad intelectual y a la

²⁵⁵ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 31.

El propio Davara señala que en las relaciones contractuales que se establecen entre las personas que intervienen en la industria de las bases de datos y en la misma protección jurídica que surge del contenido de ellas, tales como los derechos de propiedad intelectual e industrial, hacen que la problemática que se genere quede englobada dentro de lo que el mismo llama como “Derecho Informático”.

Esta disciplina jurídica encargada de estudiar diversos fenómenos legales surgidos de este y otros problemas más, evidentemente derivados por el uso de la tecnología, es una materia que aún no engloba la mayor parte de los supuestos jurídicos que en la cotidianidad de la labor jurídica se presenta.

Esta sería una muestra de lo que la ciencia jurídica hace de manera continua y sistemática para regular los problemas que ya surgieron y prever otros que con toda certeza se presentarán y que quizá las normas ya hechas no alcancen tampoco a regular, por la misma rapidez que el avance tecnológico tiene día a día.

²⁵⁶ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos. <http://www.europa.eu.int/search/s97.vts> , Art. 1.2., 3/05/02, 5:05 PM.

duración de la protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.²⁵⁷ Esta disposición jurídica es amplia en la regulación de importantes temas relacionados con el uso de Internet y constituye por lo tanto un apreciable acervo normativo para ser considerado en las trasposiciones a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

El tema de la seguridad en la comunicación es muy amplio, si bien, existen disposiciones jurídicas que regulan o protegen tanto al software como a las bases de datos, que implican a los programas computacionales o del ordenador y a la información que en los mismos se almacena, respectivamente, es importante considerar que son las personas físicas y morales las que pueden resultar afectadas con algún ilícito informático, o también pueden ser éstas mismas quienes puedan causar a su vez un daño o perjuicio a otros usuarios del servicio.

Con la abundante normatividad que existe en unos países la incipiente reglamentación que hay en otros podría ser enriquecida y armonizada para que a través de sus leyes se regulara y brindara seguridad al uso de todos los instrumentos que la sociedad de la información pone a disposición de los usuarios. Parte de los esfuerzos que se realizan para mejorar los sistemas de seguridad de la comunicación en los servicios de la sociedad de la información, tanto en lo técnico como en lo jurídico, están polarizados a la protección de las transacciones realizadas por medios electrónicos, específicamente en lo relativo al comercio electrónico.

Aunque el uso generalizado de Internet representa un logro en el terreno de las comunicaciones, su carácter abierto y generalizado lo convierte en una plataforma para desarrollar cualquier tipo de actividad donde se incluye en alto porcentaje la actividad económica, específicamente el comercio electrónico. Por tal razón y ante la vulnerabilidad de los sistemas informáticos se requiere un nivel adecuado de seguridad que garantice

²⁵⁷ *Op. Cit.*, Art. 2.

las transacciones realizadas por la Red y que a su vez genere la confianza necesaria para poder explotar el potencial comercial latente que por ese medio existe.²⁵⁸

La confianza puede ser considerada como la base de toda relación mercantil, representa en todo caso un factor importante para la toma de decisiones y proporciona la seguridad necesaria para llevar a buen término la operación de que se trate.²⁵⁹ Sin embargo, cuando las operaciones de comercio se llevan a cabo por Internet el primer sentimiento que invade a las partes es el de la desconfianza aunque no por ello este mismo no pueda sentirse en las transacciones tradicionales realizadas en papel. Es por ello que la seguridad de la comunicación es parte básica de todo proceso llevado a cabo en la nueva sociedad de la información y aunque algunos autores debatan y digan que la seguridad absoluta no existe lo cierto es que las medidas adoptadas a esta momento si bien no han sido suficientes ni amplias para regular tal aspecto al menos han retomado fuerza e importancia dentro de los organismos públicos y privados que buscan las formas de implementar mejores medidas de seguridad cada día.

II. La Protección de Datos Personales

En Europa, la protección de los Datos Personales en el sector de las telecomunicaciones electrónicas ha estado representada por ciertos ordenamientos jurídicos que a su vez han sido adaptados a las legislaciones nacionales de los países miembros de la Unión Europea. La evolución de las normas reguladoras en la Unión Europea, a través de la promulgación de directivas a las que posteriormente se hará alusión, han traído como consecuencia la adecuación de dichas normas a la normatividad local de las naciones que la conforman, por lo cual la proliferación de normas reguladoras de tan importante fenómeno como lo es el de las comunicaciones electrónicas, han propiciado, respecto a la protección de datos y a la intimidad de las

²⁵⁸ Font, Andrés, *Seguridad y Certificación en el Comercio Electrónico*, Ed. Fundación Retevisión, Madrid, 2000, p. 45.

²⁵⁹ Del Peso Navarro, Emilio, *Servicios de la Sociedad de la Información (Comercio electrónico y protección de datos)*, Ed. Díaz de Santos, Informáticos Europeos Expertos, Madrid, 2003, p. 24.

personas, su regulación jurídica en la mayor parte de las naciones que forman parte de dicha Unión.

Los ordenamientos jurídicos relativos a la protección de los datos personales si bien han comprendido un amplio sector dentro de las telecomunicaciones, específicamente en las relativas a la transmisión de información por medios electrónicos, hay aspectos que aún faltan por considerar y consecuentemente regular en materia de comercio electrónico. Aunque las normas que a continuación se expondrán versan en buena parte sobre la protección de datos personales y a su libre circulación en general, se hará una breve referencia a algunos documentos que sobre protección de datos personales se han hecho en lo relacionado con el comercio electrónico, tan breves como escasos son por cierto.

Uno de los primeros documentos que vino a regular el tema de referencia, está representado por la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, de 24 de octubre, sobre la protección de las personas físicas en relación al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos, donde se hacía hincapié en las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas en cuanto a su intimidad ante el cada vez mayor flujo transfronterizo de datos personales que circulan por los medios electrónicos.

Con fecha posterior, el 15 de diciembre de 1997, surgió la Directiva 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, sin embargo, como toda norma que al aplicarse y ver rebasados los alcances de sus lineamientos, ésta ha sido sustituida por la actual Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, denominada también como: "*la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas*".²⁶⁰

²⁶⁰ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*, Ed. Universidad Pontificia Comillas y Fundación Vodafone, Madrid 2003, p. 11.

Es evidente que la sustitución de la Directiva 97/66/CE de 15 de diciembre por la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio se debió a que en la práctica se ha demostrado que los cambios experimentados en la oferta de servicios de Internet han generado una nueva cultura en los usuarios pero también se ha propiciado un ilimitado riesgo contra su intimidad y sus datos personales en particular mismos que circulan por los medios electrónicos.

En España se tenía vigente la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), de 29 de octubre de 1992, que protegía el derecho a la intimidad y los derechos de las personas ante una inminente intromisión informática a su vida personal, sin embargo, dicha ley se sustituyó por la que actualmente se encuentra en vigor, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), publicada en el BOE número 298 del martes 14 de diciembre de 1999, cuyo artículo primero señala como objetivo "...el garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".²⁶¹

En México, como se anotó en páginas anteriores, no existe aún regulación jurídica alguna relacionada con la protección de los datos de carácter personal, sin embargo, está en trámite ante el Congreso de la Unión una propuesta de iniciativa de ley y una propuesta de reforma, relativas a la protección de datos personales. La propuesta de iniciativa es sobre la Ley Federal de Protección de Datos Personales de fecha 14 de febrero de 2001 y la propuesta de reformas es relativa al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de protección de datos personales. Estas propuestas se encuentran aún en su fase de aprobación.

²⁶¹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, conocida como LOPD, (BOE número 298 del martes 14 de diciembre de 1999), <http://www.informatica-juridica.com/./anexos/anexon°22.htm>, p. 1 de 24, 17/06/02 PM.

No obstante de que en México no existen aún leyes de protección a los datos personales de sus ciudadanos, al menos existen las Garantías Individuales establecidas en la Constitución Política de 1917, en cuyos primeros artículos, del 1 al 29, se contemplan aquellos derechos fundamentales de que goza todo mexicano. Estas garantías que no pueden restringirse ni suspenderse, según lo indica el artículo 1, prescriben los derechos de libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad a que toda persona le corresponden como ciudadano.

Dentro de las Garantías Individuales contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra el artículo 16 que prescribe una importante garantía de legalidad sobre lo que se denomina Derecho a la intimidad. Este artículo señala que: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.²⁶²

El artículo 16 constitucional regula aquellas actuaciones de la autoridad que provoquen una molestia al ciudadano, en su persona, familia, posesiones o papeles. Este precepto “... regula específicamente casos de invasión a esferas íntimas como pueden ser la práctica de cateos u otras visitas domiciliarias, la exhibición de documentos y papeles personales y la circulación de correspondencia en forma inviolada”.²⁶³

En el caso de una violación al artículo 16, como garantía constitucional, esto conlleva la responsabilidad de una autoridad pública que como tal debe resarcir el daño causado al ciudadano ofendido. Sin embargo, aquí habrían de plantearse algunas dudas respecto hasta donde llega el alcance de la ofensa y hasta donde la responsabilidad de la propia autoridad, es decir, reconsiderar lo que se hizo y lo que provocó tal acción, pues la Constitución le garantiza al ciudadano que nadie le molestará en su persona, papeles o posesiones sin causa legal, pero el concepto queda aún muy vago respecto a la información personal del ciudadano que la propia autoridad puede propagar o utilizar sin

²⁶² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 16.

²⁶³ Méjan, Luis Manuel, *El derecho a la intimidad y la informática*, 2ª. Ed. Porrúa, México 1996, p. 109.

su consentimiento, pues la práctica refleja que el ciudadano solamente apela a la violación de sus garantías cuando se siente amenazado de un daño inminente a su persona que implique una acción de daño o despojo a sus bienes, pero no sobre algo que implique la revelación de información sobre su vida íntima o privada, no obstante de que en la práctica no solamente las autoridades públicas hacen un mal uso de la información privada de las personas, sino que ésta también puede ser indebidamente rebelada o empleada por instituciones privadas, aunque aquí no se tipifica la violación de una garantía, pero si estuviera regulado adquiriría la figura de un delito.

A lo sumo, el artículo 16 de la Constitución mexicana menciona que las comunicaciones privadas son inviolables y por lo tanto la Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y la privacidad de las mismas, pero aún no establece criterios en donde puedan diferenciarse las comunicaciones privadas tradicionales y las comunicaciones privadas que circulen a través de los medios electrónicos, ni tampoco declara la protección de los datos personales o privados como parte de las garantías de confidencialidad y privacidad de las personas.

Pero, retomando el estudio y análisis de las Directivas de la Unión Europea, normas pioneras en este ámbito de lo jurídico, emitidas por el Parlamento Europeo y del Consejo respecto al tema particular sobre la protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas es prudente considerar ciertos aspectos para conocer sus dimensiones y alcances.

La privacidad en el ámbito de las comunicaciones electrónicas es un tema fundamental que ha venido a incorporarse a los viejos temas tratados desde mucho tiempo atrás sobre los derechos fundamentales de que goza cada individuo como ciudadano y habitante de un territorio político determinado. En este caso, es hasta la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando se ha estado tratando de garantizar de manera más formal, por medio de disposiciones jurídicas de carácter nacional e internacional, los derechos y las libertades fundamentales que en condiciones de igualdad

y por derecho propio le corresponden a cada individuo como parte de su dignidad y valor humanos.

No tan alejados de la realidad actual aunque si de la época y fecha en la cual fue escrito el artículo “*The Right to Privacy*”, en la Harvard Law Review 193, de 1890, Samuel D. Warren y Louis Brandeis, sus autores, ya explicaban y justificaban la necesidad de regular el derecho a la privacidad, “*The Right to Privacy*”²⁶⁴, denominado también como “*The right to be let alone*”, traducido literalmente como “el derecho a ser dejado solo”, concepto incorporado al Black’s Law Dictionary como “*The right to be let alone, the right of a person to be free from unwarranted publicity*”, es decir, el derecho de una persona a quedar libre de publicidad no justificada.²⁶⁵

El tema relativo al derecho a la privacidad, como puede observarse con la anterior descripción, no es un tema de reciente aparición si se considera al año de 1890 como fecha de su aparición con la publicación del escrito de Warren y Brandeis, sin embargo, el tratamiento jurídico que se le ha dado a tan importante tema ha estado postergado o

²⁶⁴ Warren, Samuel and Brandeis, Louis, “*The Right to Privacy*” (Warren and Brandeis) Harvard Law Review, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5.
http://www.lawrence.edu/fac/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html

²⁶⁵ Méjan, Luis Manuel, *Op. Cit.*, p. 70.

En otro apartado de este mismo texto, *El derecho a la intimidad y la informática*, el autor señala una serie de supuestos a considerar como problemáticos que el Derecho debe considerar para poder regular de mejor forma este rubro. Así, respecto al manejo de la información considera algunas áreas problemáticas como el recoger ésta con autorización del interesado, por la ley o por la autoridad, o bien, recoger la información sin autorización de su dueño ya sea a propósito o de manera accidentada. Asimismo, indica otra área problema como lo es la conservación de la información en sitios seguros, su uso con la finalidad para la que se obtuvo o también si se utiliza para otros propósitos. Menciona la comunicación de la información, así como la destrucción y modificación de registros.

En sí cada uno de estos problemas se han tratado de regular en diversos instrumentos legales, para lo cual habrá de ser necesario mencionar los principales documentos existentes y a la vez citar algunas de sus más importantes disposiciones.

El *Black’s Law Dictionary*, de Bryan A. Garner (Editor-in-Chief), Ed. West Group, United States of America 1996, define el concepto de *Right of Privacy* como: 1. The right to personal autonomy; the U.S. Constitution does not explicitly provide for a right of privacy, but the Supreme Court has repeatedly ruled that this right is implied in the “zones of privacy” created by specific constitutional guarantees. 2. The right of a person and his or her property to be free from unwarranted public scrutiny or exposure”.

El *Dictionary of Legal Terms*, de Steven H. Gifis, Ed. Barron’s, Third Edition, United States of America 1998, define el término *Privacy* como: “a general right to be left alone. Although not a right specifically protected by the federal Constitution, zones of privacy have been implied from the general thrust of the Bill of Rights and include the right to protection from governmental interference in areas of intimate personal relationships and freedoms of the individual to make fundamental choices involving himself or herself, his or her family, and relationships with others.

relegado de muchas mesas de discusión legislativa. Por ello, la evidente disparidad que existe a nivel mundial sobre la regulación de los datos personales ha generado una serie de conflictos que se han venido a acrecentar con el avance de la tecnología y de los medios electrónicos específicamente. Por ello, habrá de ser menester ocupar en las siguientes páginas algunas de las disposiciones legales que en esta materia existen en ciertas regiones del orbe.

Los datos de carácter personal, documentación sensible por el grado de cuidados que se requieren para su resguardo y por todo lo que puede desencadenar su mal uso, se conforman de la información que en mayor o menor medida las personas proporcionan a las empresas, las Administraciones Públicas u otro tipo de instituciones que así lo requieren y para fines específicos, son algo ya común desde hace tiempo, sin embargo la recopilación de dichos datos cuya finalidad queda establecida previamente y que son almacenados en ficheros pueden ser fácilmente transmitidos por medio de infraestructuras de comunicaciones dentro de una localidad, provincia, región o de manera global, es decir, más allá de cualquier frontera. Por ello, quienes ostentan la titularidad de los ficheros, que regularmente se encuentran incorporados en la memoria de los sistemas informáticos, son las propias instituciones que solicitan los datos, así, se convierten en una fuente de información para quienes les conciernen, pero también para aquellos que no les competen.

Los datos personales contenidos en los ficheros soportados por un medio electrónico configuran una “*perfecta radiografía*” de la gente, con la información que han proporcionado a los titulares de esos ficheros y a la cual pueden acceder otras personas sin que el afectado lo desee o conozca.²⁶⁶ Con ello se propicia una pérdida de control sobre los datos y por ende una violación a los derechos fundamentales de las personas, protegidos en la propia Constitución española de 1978, en cuyo artículo 18.4 señala que:

²⁶⁶ Velásquez Bautista, Rafael, *Derecho de tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C.)*, Ed. COLEX, Madrid 2001, p. 27.

*“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*²⁶⁷

En consideración al precepto constitucional antes mencionado surgió en España la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal (LORTAD), norma de carácter general que regula los tratamientos de datos en el sector público y privado. Esta ley fue derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) que actualmente está en vigor, sin embargo, esta misma ley mantiene vigentes las normas reglamentarias que desarrollaron a la primera ley, de acuerdo a lo señalado en la Disposición transitoria tercera que dice: “hasta tanto se lleven a efectos las previsiones de la disposición final primera de esta Ley, continuarán en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias existentes y, en especial, los Reales Decretos 428/1993, de 26 de marzo; 1332/1994, de 20 de junio y 994/1999, de 11 de junio, en cuanto no se opongan a la presente Ley”.²⁶⁸

La propia LOPD en su artículo 1 menciona su finalidad que es: “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”. Aquí se mencionan “las libertades públicas” como objeto a proteger.²⁶⁹

Los derechos fundamentales y las “*libertades públicas*” que durante años y con mucho esfuerzo se han tratado de garantizar en las personas que habitan territorios y áreas geográficas determinadas, han sido difíciles de consolidar y respetar en las diversas sociedades. Ahora, con la inexistencia de las fronteras físicas o geográficas provocada por el propio desarrollo de las tecnologías de información, específicamente en el sector de

²⁶⁷ *Constitución Española*, artículo 18.4, 8ª. Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

²⁶⁸ Velásquez Bautista, Rafael, *Op. Cit.*, p. 28.

²⁶⁹ *Op. Cit.*, p. 29.

las comunicaciones electrónicas, se abren nuevos retos para la regulación jurídica de este fenómeno, porque prácticamente se rebasan límites fronterizos y el derecho de las personas respecto a su identidad, datos personales, intimidad y privacidad es susceptible de ser vulnerado a través del uso de la Red.

Sobre los ordenamientos jurídicos que las Directivas de la Unión Europea han promulgado para garantizar el derecho a la privacidad de las personas, resulta conveniente citar en primer lugar la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, misma que vino a llenar un hueco legal respecto a los cambios que el uso de la Red estaba generando en el ámbito privado de las personas.

La Directiva 97/66/CE tuvo una vigencia prácticamente breve de casi cinco años cuya transposición se reflejó en el ordenamiento jurídico español por medio del Real Decreto 1736/1998 denominado como Reglamento del Servicio Universal (RSU) que se encuentra ante una inminente modificación.²⁷⁰ Esta Directiva tuvo como objetivo armonizar "... las disposiciones de los Estados miembros para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad".²⁷¹

La Directiva 97/66/CE contenía entre otras interesantes disposiciones un amplio concepto sobre lo denominado como *servicios de comunicaciones electrónicas y redes de comunicaciones electrónicas* que sustituyen en gran medida los viejos conceptos de *servicios de telecomunicaciones y redes de telecomunicaciones*, mismos que no fueron sustituidos sino que expresan con mayor amplitud el aspecto de la realidad social que se está viviendo en la actualidad en la mayor parte de los países del orbe y que de manera

²⁷⁰ Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, p. 12.

²⁷¹ *Op. Cit.*, p. 12.

más precisa se ajusta a los nuevos retos y consecuencias derivadas del propio desarrollo que han generado las denominadas modernas tecnologías de la información.²⁷²

Sin embargo, es menester tratar de tener un acercamiento a lo que el concepto de protección de datos se refiere mismo que podría definirse como el derecho que toda persona posee en relación al tratamiento de sus datos de carácter personal, mismo que es oponible a terceros ante una susceptible utilización de los mismos sin autorización de su titular. En este caso, se considerará una indebida utilización de los datos de carácter personal de una persona cuando se cause un daño al entorno personal, social, laboral o profesional de un individuo cuando se rebasen los límites de su intimidad. En tal situación se estará ante una situación que afecta un derecho fundamental que como persona todos los seres humanos poseen.

Un concepto de protección de datos lleva implícito el derecho que todo individuo tiene respecto a su privacidad y derecho a la intimidad en cuanto a toda aquella información que le pueda identificar algún aspecto de su vida. Por ello, se estará ante una extensa variedad de formas y métodos para registrar, disponer y salvaguardar cada uno de los datos que revelen aspectos peculiares de cada persona. Los datos personales, como lo indican literalmente estos vocablos, están asociados a un individuo en lo particular, por lo cual su tratamiento, uso y disponibilidad no es un derecho que le corresponda a quienes los tratan, cuidan o resguardan por diferentes motivos. El ser identificado por medio de los datos personales resguardados en los medios electrónicos son derechos de información que pertenecen al titular de dichos datos y solamente éste titular podrá disponer de ellos y tener una libre autodeterminación para decidir que hacer con ellos.

Lo que cada individuo revela en los diferentes contextos a que se encuentra expuesto en el ámbito de las comunicaciones electrónicas es variable en cuanto que cada quien puede tener un mínimo o máximo de datos registrados, pero independientemente del mayor o menor grado de información o datos de carácter

²⁷² *Ibidem*, p. 12.

personal que circulen en los medios electrónicos, es un derecho que tiene el ciudadano común a que los mismos sean preservados por los responsables de su propio tratamiento y resguardo. Ante ello habrá que desarrollarse una cultura que al igual como se cuidan y respetan los derechos fundamentales de las personas, conocidos en México como garantías individuales, se incluyan dentro de los mismos el elemental derecho al tratamiento de datos de carácter personal.

Sobre las normas reguladoras de esta importante temática que se está comentando en este apartado es pertinente mencionar lo que la Unión Europea promulgó en un principio y que denominó como Convenio 108 emitido por el Consejo de Europa el 28 de enero de 1981, sobre *“la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”*. Con ello, al tener dichas normas un claro objetivo como lo es el proteger los datos de carácter personal, el propio Miguel Ángel Davara hace referencia a ello como el nacimiento de una *“conciencia europea sobre protección de datos”* donde enfatiza la necesidad de formar una cultura que tienda a ejercer el principio de autodeterminación informativa donde se evidencia que los datos nunca serán propiedad de quien los posea o maneje.²⁷³

Dicho Convenio señala en su artículo primero que el objetivo es “garantizar en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su

²⁷³ El autor de referencia hace mucho hincapié en la necesidad de crear una cultura que permita tanto a los propietarios de los datos como a quienes cuidan o hacen uso de ellos, el garantizar su tratamiento cuando la información se encuentre en algún medio electrónico.

Si bien, en años anteriores el manejo de la información sobre datos de personas se conservaban en archivos o documentos reales, es decir, papeles cuya consulta podría ser más lenta e incluso mucha de ella estar traspapelada o extraviada, ahora con el avance de la tecnología cualquier volumen de datos por más extenso que éste sea es muy sencillo de consultarse, revisarse, copiarse y reenviarse de una manera rápida y segura y aún a un sinnúmero de destinatarios con el simple roce de un botón de la computadora u ordenador.

Es evidente el conocimiento que tiene el autor sobre el tema y algo que resulta también propicio mencionar es que la Unión Europea ha sido muy sensible a la problemática y consecuencias que acarrea el uso de la tecnología, por lo cual ha estado a la expectativa y al pendiente de cualquier acción que a través de los medios electrónicos pueda atentar contra los derechos elementales de sus ciudadanos y que en este caso es el relativo a la intimidad de las personas.

derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona”.²⁷⁴

El Convenio 108, en su artículo segundo, define algunos conceptos que evidentemente en las nuevas disposiciones jurídicas, llámese Directivas, han sido modificados en cuanto sus características, pero no por ello su significado inicial. Por decir, el Convenio en cita definía “*Datos de carácter personal*” a cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable; como “*fichero automatizado*” señalaba que era *cualquier conjunto de informaciones que sea objeto de un tratamiento automatizado*, en tanto a esto último “*tratamiento automatizado*” se refiere a las operaciones efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados. También contenía el concepto de “*controladora de fichero*” cuyo significado se refiere a la autoridad que se encarga del mismo, quien puede ser una persona física o jurídica, la autoridad pública, el servicio o cualquier otro organismo que sea competente con arreglo a la ley nacional para decidir cuál será la finalidad del fichero automatizado, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y cuáles operaciones se les aplicarán.²⁷⁵

Los conceptos antes mencionados, contenidos en el precursor Convenio 108, tuvieron algunas modificaciones e incluso se incluyeron otros más, en las posteriores Directivas que se publicaron y tuvieron cierto tiempo en vigencia, como lo son la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, hasta llegar a la que actualmente se encuentra en vigor, como lo es la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la

²⁷⁴ Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Estrasburgo, 28 de enero de 1981.
<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°293.htm>

²⁷⁵ Convenio 108, Op. Cit.

intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, conocida también como la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

Entre los conceptos definidos en las nuevas Directivas, a diferencia de las definiciones contenidas en el Convenio 108, merece la pena citar algunos de ellos para conocer como tanto una regulación jurídica como la definición de nuevos vocablos en el argot de las telecomunicaciones y de la privacidad, tienen que ver con el desarrollo tecnológico que cada vez rebasa de una manera más rápida tanto las normas establecidas como los vocablos en boga en un momento determinado.

Por ello, basta señalar las palabras que se incluyen en la Directiva 95/46/CE en cuyo artículo segundo se incluyen ocho definiciones, a diferencia de las cuatro contenidas en el Convenio 108 ya antes indicadas, pero ahora más amplios y con mayor alcance. Así, en esta Directiva se define el concepto de “*datos personales*” como toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado) y considera identificable a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.²⁷⁶ Este concepto más amplio que el del Convenio 108 incluye más rasgos con que pueda identificarse a una persona física, no es tan general y escueto como el concepto anterior.

El concepto de “*tratamiento de datos personales*”, la propia directiva 95/46/CE, lo define como cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción. Este concepto es también más amplio porque ya no solamente menciona a

²⁷⁶ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°33.htm>

grandes rasgos lo que representa un procedimiento automatizado, sino que ya incluso señala sobre una susceptible interconexión.

Respecto al concepto de *“fichero de datos personales”*, destaca en la Directiva citada que los datos personales puedan estar centralizados, descentralizados o repartidos de forma funcional o geográfica, lo cual denota en cierta manera la inexistencia o delimitación de fronteras con el empleo de medios electrónicos. Respecto al término *“responsable del tratamiento”*, equivalente a la autoridad *“controladora del fichero”*, del Convenio 108, la Directiva en cuestión lo define como a la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario. En este nuevo concepto se incluyen las disposiciones de carácter comunitario, pues en el anterior ordenamiento solamente se hacía mención a un arreglo conforme a la ley nacional para decidir la finalidad del fichero automatizado.

Las nuevas definiciones que incluye la Directiva 95/46/CE son *“encargado del tratamiento”*, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento; *“tercero”*, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento; *“destinatario”*, la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero y, en el caso de que las autoridades que reciban una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no se considerarán como destinatarios.

Por último, entre las definiciones de la citada Directiva, se incluye el concepto de “*consentimiento del interesado*”, el cual se define como toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.²⁷⁷

Sobre las definiciones contenidas en la Directiva 97/66/CE, misma que fue sustituida por la Directiva 2002/58/CE, se incluyen solamente cuatro que a diferencia de las ocho contenidas en la norma anterior exponían ahora conceptos más acordes con la realidad que se estaba viviendo en su tiempo. De esta forma, aparecen los vocablos “*abonado*”, la persona física o jurídica que sea parte en un contrato con el proveedor en un servicio público de telecomunicaciones para la prestación de tales servicios; “*usuario*”, la persona que utiliza un servicio público de telecomunicación con fines privados o comerciales, aunque no haya contratado dicho servicio; “*red pública de telecomunicación*”, con este concepto se refiere a los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y otros recursos que permiten la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos por cable, por medios radioeléctricos, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos que se utilizan, total o parcialmente, para la prestación de servicios públicos de telecomunicación. Al final, se define el concepto de “*servicio de telecomunicación*” como un servicio cuya prestación consiste total o parcialmente en la transmisión y el envío de señales a través de redes de telecomunicación, excepción hecha de la radiodifusión sonora y de la televisión.

Los conceptos antes definidos, contenidos en la derogada Directiva 97/66/CE, plasmaban una realidad que se ha vivido en durante los últimos años y que a su vez la propia tecnología y los medios electrónicos habían provocado. El mencionar palabras tales como telecomunicación, red, servicios públicos de telecomunicación, entre otros, dan un margen de interpretación más amplio sobre los servicios que ahora se proporcionan y que permiten tener un mayor acceso a todo tipo de datos personales y por lo tanto demandan un mayor rigor en su custodia y regulación.

²⁷⁷ Directiva 95/46/CE, Op. Cit., Artículo 2.

Bien, antes de hacer más comentarios relacionados a la regulación jurídica de los llamados datos de carácter personal y hacer comentarios en relación a la Directiva 2002/58/CE, misma que se encuentra en vigor, y analizar también otras leyes complementarias, es importante subrayar que dichos datos son aquellos que de cierta manera se proporcionan a determinadas entidades públicas o privadas, mismas que pueden estar representadas, entre otras instituciones, ya sea por una dependencia de la Administración Pública, federal o local, o alguna empresa ante la cual una persona tenga una relación de carácter laboral o de comercio, es decir, que se trate de un trabajador o cliente, o bien sean otro tipo de organizaciones que por razones de su política de admisión de individuos éstos tengan la necesidad de brindar información íntima o personal, como podría ser su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, ingresos que percibe, nivel educativo, nacionalidad, origen, raza, religión, etc., mismos que constituyen datos de estricta pertenencia a su ámbito íntimo y personal y que quienes estén encargados de salvaguardarlos dispongan de ellos como si fueran propios.

Esa información muchas veces requerida en la simple utilización de los servicios públicos puede traer grandes consecuencias jurídicas. Las acciones comunes a las que se ve expuesta una persona para proporcionar sus datos particulares varían, y éstos podrían ser tan sencillos como cuando se registra el ingreso a un hospital solicitando servicios médicos, cuando se recurre ante un instituto de gobierno para registrarse como ciudadano con la capacidad legal requerida para votar en un determinado proceso electoral y por ende recibir el documento oficial que a sí lo acredite, o bien cuando se trate de hacer pagos de contribuciones al fisco o brindar los datos personales a una institución financiera para la apertura de alguna cuenta bancaria o la solicitud de un préstamo o crédito hipotecario o con el simple hecho de emplear la Red para la compra de algún producto ofrecido por ese medio electrónico.

No es necesario hacer una descripción detallada de cada uno de los documentos que en materia de protección de datos personales se han elaborado en la Unión Europea, sino solamente tomar en consideración aquellos que han servido de base o modelo a los ordenamientos jurídicos que actualmente están vigentes y que en gran medida son más

completos y regulan otros aspectos que anteriormente no habían sido considerados. Por este motivo, tal como se mencionó en páginas anteriores sobre el Convenio 108 resulta pertinente señalar otros aspectos relacionados con el mismo por haber sido pionero en este ámbito, como documento predecesor de las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE y la propia Directiva 2002/58/CE, y hacer mención también a otras normas relacionadas con el tema en comento.

Bien, el Convenio 108, como se mencionó con anterioridad, tenía como objetivo garantizar un derecho a la vida privada en relación con el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, pero tenía a la vez una referencia importante no sólo en cuanto a su manejo sino también en lo relativo a la pérdida o destrucción accidental de la información e incluso a su modificación. En otras palabras, el manejo de los datos personales no solamente requiere protección en relación a su divulgación sin autorización de sus titulares, sino también en cuanto a que los mismos podrían ser susceptibles de alteración y complicar aún más un problema que a todas luces es por demás delicado de tratar y regular.

En este mismo sentido resulta aplicable el principio de autodeterminación informativa pero también otros principios que nacieron al amparo del Convenio en mención como el establecer *“garantías complementarias para la persona”* en cuanto a tener el derecho a conocer los ficheros donde se guarda su información, el lugar donde éstos se encuentren, los nombres de los responsables de resguardar la información o bien cuando la misma sea borrada por así requerirse, entre otros muchos otros supuestos.

En relación a la Directiva 2002/58/CE, los conceptos que expone en su artículo número dos proporciona también ciertas definiciones respecto a los datos personales, sin embargo, éstas varían significativamente en cuanto a su número y alcances pues ya no menciona los tradicionales términos sino que incluye otros más novedosos. Esta Directiva emplea aún el término *“usuario”* como en la Directiva anterior, la 97/66/CE, pero de una manera más amplia al señalar que es *“una persona física que utiliza con fines privados o*

comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio”, en sí el concepto sigue como el de la anterior Directiva, sin embargo cambia el concepto de telecomunicaciones por el de comunicaciones electrónicas, lo cual refleja con mayor amplitud una realidad que está palpable en dicho sector.²⁷⁸

Las otras definiciones contenidas en la Directiva 2002/58/CE son “*datos de tráfico*”, cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma; “*datos de localización*”, cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público; el término “*comunicación*” es ahora más extenso pues comprende otras características que las anteriores Directivas no habían considerado, y que textualmente lo define como “ cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. No se incluye en esta definición la información conducida, como parte de un servicio de radiodifusión al público, a través de una red de comunicaciones electrónicas, excepto en la medida en que la información pueda relacionarse con el abonado o usuario identificable que reciba la información”.²⁷⁹

Las otras cuatro definiciones que contiene el artículo dos de la Directiva que tratamos son lo que se denomina “*llamada*”, una conexión establecida por medio de un servicio telefónico disponible para el público que permita la comunicación bidireccional en tiempo real”; la definición a “*consentimiento*” se refiere al “de un usuario o abonado: el consentimiento del interesado, con arreglo a la definición de la Directiva 95/46/CE; en tanto “*servicio con valor añadido*” se refiere a “todo servicio que requiere el tratamiento de

²⁷⁸ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), Artículo 2, Diario Oficial de las Comunidades Europeas. http://europa.eu.int/eur-lex/es/archive/2002/l_20120020731es.html

²⁷⁹ Directiva 2002/58/CE, Op. Cit., Artículo 2.

datos de tráfico o datos de localización distintos de los de tráfico que vayan más allá de lo necesario para la transmisión de una comunicación o su facturación”. Sobre esta última definición el considerando 17 de la Directiva 2002/58/CE señala algunos ejemplos sobre lo que puede entenderse como servicios con valor añadido y cita las recomendaciones sobre las tarifas menos costosas, orientación vial, información sobre tráfico, previsiones meteorológicas o información turística; por último, otro concepto definido y que resulta por demás interesante, en virtud de lo común que resulta ser ahora su uso, es el de “*correo electrónico*” como “todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”.²⁸⁰

De las definiciones contenidas en la Directiva 2002/58/CE existen ciertas similitudes con la anterior, la Directiva 97/66/CE, en cuanto a los conceptos relativos a usuario, servicio y comunicación, pero es evidente que en este último documento legal sus definiciones son más amplias y cercanas a la realidad que se está viviendo en la actualidad, pues ya se mencionan conceptos tales como comunicaciones electrónicas, red, equipo terminal, posición geográfica, servicio telefónico, consentimiento, datos de tráfico y correo electrónico. Sin embargo, es pertinente aclarar, como lo señala el considerando 4 de la Directiva 2002/58/CE en cuanto a que la Directiva 97/66/CE tradujo los principios de la Directiva 95/46/CE en normas concretas para el sector de las telecomunicaciones, por lo cual debía “ser adaptada al desarrollo de los mercados y de las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas para que el nivel de protección de los datos personales de la intimidad ofrecido a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público sea el mismo, con independencia de las tecnologías utilizadas”, por ello, menciona dicho considerando que la Directiva 97/66/CE debía derogarse y sustituirse por la 2002/58/CE.

²⁸⁰ *Op. Cit.*, Artículo 2.

No obstante, la propia Directiva 2002/58/CE es enfática en varios de sus considerandos al subrayar que la Directiva 95/46/CE es complementaria de la misma, resulta importante mencionar algunas de las normas que contienen tal aseveración. En este caso, el considerando 10 señala que en el sector de las comunicaciones electrónicas será de aplicación la Directiva 95/46/CE en las cuestiones relacionadas a la protección de los derechos y las libertades fundamentales que no están cubiertas de forma específica por las disposiciones de la Directiva en cuestión y enfatiza que también será aplicable a los servicios de comunicaciones electrónicas que no sean de carácter público. Por su parte, el considerando 12 de la Directiva 2002/58/CE indica que “Al complementar la Directiva 95/46/CE, la presente Directiva pretende proteger los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la intimidad, así como los intereses legítimos de las personas jurídicas”, pero esta disposición exceptúa los intereses que ya están garantizados por la legislación comunitaria y nacional.

Algunos temas fundamentales relativos al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas son regulados por la Directiva 2002/58/CE en tanto otros temas son regulados por la Directiva 95/46/CE. Por ello, resulta interesante mencionar como el primero de estos documentos delimita algunos de sus alcances como parte de su marco regulador, en tanto remite otros alcances al segundo de ellos. Así, los temas relativos a la seguridad mencionados en el considerando 21 de la Directiva 2002/58/CE, ésta los remite a la regulación que sobre este tema valora el artículo 17 de la Directiva 95/46/CE. Asimismo, la Directiva 2002/58/CE, en su considerando 23 señala que la confidencialidad de las comunicaciones debe garantizarse también en el curso de las prácticas comerciales lícitas y que cuando sea necesario y esté legalmente autorizado dichas comunicaciones podrán grabarse con el objeto de proporcionar la prueba de una transacción comercial, para lo cual será la Directiva 95/46/CE la que se aplique a este tipo de tratamiento.

Todos los términos mencionados en la Directiva 2002/58/CE se emplean en el argot tecnológico y cibernético, lo utilizan, lo entienden y lo comparten entre sí los millones de usuarios de la red, de Internet, del correo electrónico y los mismos

prestadores de dichos servicios, así como los técnicos y creadores de programas de cómputo, entre muchas otras personas que han hecho del uso de los medios de comunicación electrónicos una parte importante de su vida personal y profesional.

Es por todo este auge en el uso de tales medios el por qué surgió la necesidad de regular jurídicamente este fenómeno que avanza y evoluciona de una manera tan sorprendente que resulta a veces muy difícil prever los acontecimientos o bien regular aquellos que ya existen. En el ámbito de la privacidad, de la protección a la intimidad y de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas existen ciertas cuestiones que guardan estrecha relación con el tema relativo al comercio electrónico, tema central de la presente investigación, por ser éste una actividad que emplea la tecnología para la realización de innumerables operaciones de carácter mercantil a distancia mismas que a su vez conllevan una serie de datos de carácter personal de quienes están involucrados en tales operaciones.

La interdependencia existente entre el comercio electrónico y los medios informáticos ha resultado una exitosa mancuerna cuyos beneficios son evidentes para las compañías que han visto multiplicar sus bonos al momento en que la magia de la tecnología traspasa las fronteras y coloca sus bienes o servicios en cualquier parte del mundo con el simple pincho de una tecla de ordenador. El avance tecnológico si bien ha provocado el auge del comercio electrónico, lo cierto es que aún con todo ese adelanto y sus aparentes ventajas resulta patente la vulnerabilidad física y jurídica en las transacciones comerciales electrónicas por la falta de seguridad en los medios o soportes informáticos que hacen vulnerable también la información que por esos medios circula.

Los datos e información de las empresas y de las personas que intervienen en las operaciones mercantiles electrónicas desarrolladas en el ciberespacio son vulnerables tanto en su seguridad física como jurídica. Los errores y las malas intenciones son parte de los elementos más comunes que propician el extravío de la información o bien el ilegal acceso a la misma. Sin embargo, para ellos habrán de emplearse una serie de claves,

protocolos y medios criptográficos que aún con las mejores tecnologías de información no dejan de ser susceptibles de piratería.

El comercio electrónico por definición se desarrolla en un ámbito transnacional por lo cual las normas reguladoras de protección de datos son tan diversas que pueden propiciar una serie de dificultades en los intercambios comerciales. Por ello se habrá de atender a las leyes y disposiciones que los organismos internacionales y las legislaciones nacionales en el ámbito de sus respectivas atribuciones logren hacer.

En relación con la protección de datos personales en el ámbito del comercio, con fecha 21 de julio de 2000 el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América publicó los denominados Principios de Puerto Seguro para la Protección de la Vida Privada, mismos que fueron adoptados por la Unión Europea mediante Decisión de la Comisión de fecha 26 de julio de 2000 (2000/520/CE) y con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 24 de octubre, sobre la protección de las personas físicas en relación al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos.²⁸¹

Dentro de las consideraciones tomadas en cuenta para expedir la Decisión de la Comisión de referencia destaca la número cinco que textualmente señala que “El nivel adecuado de protección de la transferencia de datos desde la Comunidad a Estados Unidos de América, reconocido por la presente Decisión, debe alcanzarse si las entidades cumplen los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada, con objeto de proteger los datos personales transferidos de un Estado miembro a Estados Unidos de América (en lo sucesivo denominados “los principios”), así las preguntas más frecuentes (en lo sucesivo denominadas “FAQ”), en las que se proporciona orientación para aplicar los principios”.²⁸²

²⁸¹ Del Peso Navarro, Emilio, *Servicios de la Sociedad de la Información*, Ed. Díaz de Santos, S.A., Madrid 2003, p. 81.

²⁸² *Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE* de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), L215 de 25 de agosto de 2000, Considerando 5, p.7.

En las demás consideraciones contenidas en la Decisión de referencia se destaca que debido a la existencia de diferentes enfoques en la protección de datos en los terceros países se recomienda que tanto la evaluación del nivel de protección como la ejecución de cualquier decisión basada en la Directiva 95/46/CE, apartado 6 del artículo 25, se deberán hacer de una manera que no resulte en una “discriminación arbitraria o injustificada frente a o entre terceros países, si prevalecen en ellos condiciones similares, y no constituya una restricción comercial disimulada habida cuenta de los compromisos internacionales adquiridos por la Comunidad”.²⁸³

Los Principios de Puerto Seguro o Acuerdos de Puerto Seguro, como también se les conoce, poseen una serie de lineamientos que pretenden más que nada proteger la vida privada de las personas, sin embargo, tanto estos principios como la Decisión de la Comisión de la Unión Europea solamente se aplican a los sectores bajo la competencia y jurisdicción del Departamento de Comercio de los Estados Unidos y su Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Comision*) y del Departamento de Transporte de los Estados Unidos de América.

Los Acuerdos de Puerto Seguro entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea tienen como objetivo “proteger los datos personales transferidos de un Estado miembro a Estados Unidos de América (en lo sucesivo denominados “los principios”)”, por lo cual solamente podrán cumplirse “si las entidades cumplen los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada”.²⁸⁴

Dichos Acuerdos, conocidos en inglés como *Safe Harbor Practices*, son fruto de una negociación que dio como resultado unos lineamientos donde se combinan normas legales de autorregulación que permiten a entidades de los Estados Unidos adherirse a estos acuerdos de protección de datos personales con un reconocimiento de protección.

²⁸³ Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, *Op. Cit.*, Considerando 4, p. 11.

²⁸⁴ Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, *Op. Cit.*, p. 11.

Los principios de puerto en comento son: Notificación, Opción, Transferencia Ulterior, Seguridad, Integridad de los Datos, Acceso y Aplicación.

Sobre el primer principio, relativo a la notificación, se indica que las entidades informarán a los particulares de los fines por los que se recoge la información y su utilización, la manera de contactar para preguntas o quejas, sobre los terceros a los que se revela la información y los medios para limitar su uso y divulgación. En cuanto al principio de opción, éste se refiere al derecho que tienen los particulares ante las entidades para que decida si la información puede ser divulgada a un tercero o usarse para un fin no compatible con el inicial. En este mismo sentido se debe brindar a los particulares las formas en que puedan ejercer su derecho de opción, sobre todo cuando se trata de datos relacionados con estado de salud, origen racial, opiniones políticas, creencias religiosas, vida sexual, entre otras.²⁸⁵

Respecto al principio de transferencia ulterior se indica que se podrá revelar información a terceros pero se deben aplicar los principios de notificación y opción, es decir, si una entidad transfiere los datos a un tercero que actúe como agente; si es objeto de una resolución sobre su adecuación con arreglo a la Directiva u otra disposición o si las partes firman un convenio por escrito que ofrezca el nivel de protección de la vida privada, como mínimo y conforme a estos principios.²⁸⁶

El principio de seguridad es muy laxo al describir con simpleza que “Las entidades que creen, mantengan, utilicen o difundan información personal tomarán precauciones razonables para evitar su pérdida, su mal uso y consulta no autorizada, su divulgación, su modificación y destrucción”.²⁸⁷ Esto significa a grandes rasgos que se deberá evitar en la mayor medida posible cualquier tipo de infiltración indebida de la información que una

²⁸⁵ Del Peso Navarro, Emilio, *Servicios de la Sociedad de la Información*, Op.Cit., pp. 82 y 83.

²⁸⁶ *Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE* de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), L215 de 25 de agosto de 2000.

²⁸⁷ *Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE* de 26 de julio de 2000, Op. Cit., p. 12.

persona confíe a sus agentes. En el principio de integridad de los datos se indica que debe existir la pertinencia de la información para los fines con que se utilice. En este caso habrá compatibilidad entre su contenido y finalidad, por lo cual es obligación de los agentes el adoptar medidas razonables para tener un contenido fiable, exacto, completo y actual.²⁸⁸

Los principios de acceso y de aplicación son pertinentes en cuanto a que el primero de ellos permite que los particulares tengan acceso a su información personal que esté en poder de las entidades para corregirla, modificarla o bien suprimirla, con excepción de dos casos: cuando permitir el acceso suponga una carga en relación con los riesgos que el asunto conlleve para la vida privada de la persona y cuando se puedan vulnerar los derechos de otras personas. Por su parte, con el principio de aplicación se incluyen mecanismos para garantizar la conformidad con los mismos principios. En este caso se propone incluir una vía de recurso independiente para atender las denuncias y litigios de los particulares y asignar daños o perjuicios según determinen las legislaciones aplicables, asimismo, se sugiere incluir procedimientos de seguimiento para corroborar que los certificados y declaraciones de las empresas en relación a sus prácticas en materia de vida privada se ajusten a la verdad y, por último, que exista la obligación de subsanar los problemas derivados del incumplimiento de los principios para aquellas entidades adheridas a estos principios y sus correspondientes sanciones rigurosas que garanticen su cumplimiento.²⁸⁹

Aunque los principios mencionados comprenden cuestiones importantes respecto a la protección de la vida privada de las personas en lo relativo a sus datos personales, éstos aún no logran resolver todos y cada uno de los supuestos que pueden presentarse en las operaciones específicas de comercio electrónico, pues faltan muchas cuestiones por prever. Por esta razón tanto los Principios de Puerto Seguro como la Decisión de la Comisión de la Unión Europea contienen las denominadas FAQ (Preguntas Más

²⁸⁸ Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, *Op. Cit.*, p. 12.

²⁸⁹ Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, *Op. Cit.*, p. 12.

Frecuentes) que complementan sus disposiciones y ayudan a resolver ciertas situaciones no consideradas en éstos, pues proporcionan orientación para su aplicación. No obstante la protección de la vida privada al amparo de la Decisión en mención comprende aspectos diversos sobre información personal de los usuarios, es dentro de las preguntas más frecuentes (FAQ) en donde se encuentran respuestas más específicas como la FAQ n°5, sobre la función de las autoridades de protección de datos, que cuestiona: ¿Qué forma adoptarán y cómo se aplicarán los compromisos de colaboración de las empresas con las autoridades de protección de datos (APD) de la Unión Europea?, cuya respuesta prescribe el compromiso que deben tener las entidades estadounidenses que reciban datos personales procedentes de la Unión Europea al emplear mecanismos eficaces para cumplir con los principios de puerto seguro.²⁹⁰

Por su parte, la FAQ n° 8, sobre Acceso, que deriva en otras preguntas, cuestiona en la segunda de ellas un asunto relativo al comercio donde la pregunta es la siguiente: ¿Qué es la información comercial confidencial? , asimismo, si ¿Pueden las entidades denegar el acceso para protegerla? La respuesta queda manifiesta al señalarse que la “información comercial confidencial (“*confidential commercial information*”) son los datos que una entidad ha considerado que debe proteger contra la divulgación, dado que su conocimiento ayudaría a un competidor en el mercado. Un programa informático utilizado por la entidad, por ejemplo, un programa de modelización, o los detalles de dicho programa pueden ser información confidencial”.²⁹¹

Un punto interesante tratado en la respuesta a la pregunta número dos de la FAQ No. 8 es que cuando se puede separar fácilmente la información comercial confidencial del resto de información sujeta a una petición de acceso, la entidad debería de guardar la primera de ellas y facilitar la segunda, es decir, conservar la información comercial confidencial y facilitar la información no confidencial. En otras situaciones, si la información comercial confidencial está sujeta a una obligación contractual de

²⁹⁰ Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, *Op. Cit.*, FAQ No. 5, p. 12.

²⁹¹ Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, *Op. Cit.*, FAQ No. 8, Pregunta No. 2, p. 17.

confidencialidad las entidades podrán denegar o limitar el acceso para no revelar su propia información comercial confidencial, en la petición de acceso antes indicada, o la de otra entidad, en circunstancias en las que normalmente se cumpliría o se impondría tal obligación.²⁹²

En relación a la adhesión a los Principios o Acuerdos de Puerto Seguro en cuestión para su aplicación correspondiente, las entidades lo pueden hacer a través de una carta renovable cada año por la que se obligan a garantizar los medios de protección. Para comprobar tal medida se llevan a cabo autoevaluaciones o verificaciones por terceras personas en donde se les informa a los interesados sobre la manera de interponer una queja. La carta de adhesión se complementa con Cláusulas Contractuales Tipo para permitir la transferencia internacional de datos entre entidades de los países que se trate. Entre las principales condiciones requeridas en la contratación están la calidad de los datos, la limitación de objetivos, la seguridad, los derechos de acceso, restricciones, los fines, los plazos límite de la conservación de los datos, entre otras cuestiones que brinden la seguridad requerida.

Sobre la adhesión a los Principios es importante destacar la existencia de la FAQ No. 10, relativa a Contratos del artículo 17, cuya interrogante versa si cuando se transfieren datos de la Unión Europea a Estados Unidos de América exclusivamente para tratamiento, ¿es necesario un contrato, participe o no el encargado del tratamiento en el puerto seguro?. En este caso la respuesta es afirmativa, pues “Los responsables del tratamiento en Europa tienen siempre que celebrar un contrato al realizar una transferencia para el simple tratamiento de los datos, con independencia de que la operación tenga lugar dentro o fuera de la Unión Europea”.²⁹³

²⁹² *Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, Op. Cit., FAQ No. 8, Pregunta No. 2, p. 18.*

²⁹³ *Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2000/520/CE de 26 de julio de 2000, Op. Cit., FAQ No. 10, Pregunta No. 2, p. 21.*

En todo contrato se estipula el tipo de tratamiento a realizar así como las medidas a tomar para garantizar la seguridad de los datos, por lo tanto, la contratación es a la vez un medio para proteger los intereses del responsable del tratamiento quien es el que determina los fines y los medios del mismo. En estas circunstancias la figura del contrato sigue siendo por antonomasia la principal fuente de las obligaciones y el medio por el cual se acuerdan voluntades para generar consecuencias jurídicas. Respecto al comercio electrónico y los datos que en relación a este circulan tienen sus elementos característicos y también una problemática propia, pero lo cierto es que por desarrollarse en un ámbito transnacional la protección de los datos que por la red transitan e inherentes a la misma operación comercial de que se trate requieren de una normativa específica que ayude a preservar con seguridad la información contenida en tales datos. Así, la figura del contrato es importante como parte de la normativa elemental en cualquier tipo de transacción (tradicional o electrónica) por lo cual la contratación electrónica no deja de ser el núcleo de formalización jurídica de lo que desde el punto de vista económico se conoce como “comercio electrónico” y como tal habrá de considerarse.

La protección de datos personales relacionados con el comercio electrónico es un problema complejo que requiere de soluciones prácticas porque aún cuando exista una normatividad específica en las legislaciones locales de los países, bueno, desgraciadamente no en todos, y que los organismos internacionales hayan expedido preceptos dentro del contexto internacional, faltan aún reglas para tener un marco legal sólido que prevea los supuestos de toda circunstancia.

III. La Protección del Consumidor

En lo referente a la protección de los consumidores que realizan operaciones mercantiles dentro del comercio electrónico, algunos países tienen ciertas disposiciones de carácter legal que regulan tales actividades en sus ámbitos internos y que en gran medida les resuelven las dificultades propias de su comercio nacional. Sin embargo, en el ámbito internacional, materia esencial del presente trabajo, son pocos los países que tienen reglamentada la figura del consumidor en el contexto de las operaciones

mercantiles derivadas del comercio electrónico cuando éste rebasa sus fronteras y se enfrenta a una jurisdicción que no siempre pertenece a las naciones directamente involucradas.

El uso de Internet ha popularizado el comercio electrónico, por lo cual al emplearse la Red en la vida cotidiana se ha propiciado también que sus usuarios o consumidores reciban a través de sus correos electrónicos, una serie de información o anuncios publicitarios relativos a la venta de toda clase productos y servicios. Los propios usuarios de la Red no tienen tiempo suficiente para revisar los mensajes publicitarios que reciben diariamente por lo cual muchos de éstos se eliminan antes de ser leídos, sin embargo, es cierto también que las propias organizaciones que se encargan de distribuirlos han caído en una feroz competencia entre sí que hacen cada día más agresivas las formas de enviar la información para acaparar la atención del consumidor de manera más efectiva y segura, sometiéndolo así al bombardeo indiscriminado de publicidad.²⁹⁴

Las personas interesadas en vender sus productos a través de medios electrónicos comprenden desde el productor, vendedor hasta el propio publicista, por lo cual han sido todos ellos quienes se han encargado de construir toda una infraestructura que no tiene mayor finalidad que la de "... conseguir colocar su producto en el mercado y que éste sea comprado con preferencia al del competidor, para lo cual no han dudado en prometer, regalar y engañar al potencial comprador para lograr sus fines invadiendo su televisor y su buzón, ya sea éste material o virtual".²⁹⁵

El usuario de Internet está expuesto a una serie de propaganda que evidentemente va contra su voluntad, pero el mismo puede caer con mayor facilidad en un círculo engañoso donde la oferta de productos, muchos de ellos ni siquiera necesarios para su consumo, le van a ser exhibidos sin mayor esfuerzo que el acceder a su propio correo electrónico. En este aspecto, considerar que el consumidor se decide a comprar

²⁹⁴ Amutio Castaño, Marisa y Mateu Tortosa, Jorge, *Guía para Consumidores del Comercio Electrónico*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2003, p. 21.

²⁹⁵ Amutio Castaño, Marisa y Mateu Tortosa, Jorge, *Op. Cit.*, p. 22.

un producto por el contenido que ve en el anuncio y por el beneficio que va a obtener del mismo es optimista, pero habría que analizarse a la vez hasta donde puede llegar su fuerza de voluntad ante la insistencia indiscriminada de los anuncios y hasta donde éstos vulneran su derecho a la privacidad con la invasión publicitaria a su intimidad.

La compra y venta electrónica de bienes, servicios e información que se realizan por la Red, ya sea como comercio indirecto (“*off line*” o pedido electrónico de bienes tangibles) o como comercio directo (“*on line*” o entrega en línea de bienes intangibles), han propiciado también un nuevo concepto de consumidor que en el contexto de la sociedad de la información está representado por el usuario o destinatario del servicio, mismo que adquiere otra dimensión y supera por mucho el tradicional concepto que en el comercio ordinario o real se le ha dado.²⁹⁶

El comercio electrónico se desarrolla como una actividad común en la mayor parte de los países del orbe, sin embargo, no siempre sus operaciones alcanzan un rango de carácter internacional, pues la mayor parte de ellas se llevan a cabo de manera local, es decir, dentro de sus propios territorios. Sin embargo, existen otras características del comercio electrónico que lo hacen también diferente en cuanto a los elementos personales que intervienen en su realización, pues es conocido que el comercio en general, real o virtual, se practica entre empresarios, entre empresarios y profesionales, y entre los consumidores entre sí o con empresarios o profesionales.²⁹⁷

Los problemas derivados de Internet y específicamente del comercio electrónico como actividades transfronterizas, en relación con la esfera personal del individuo que interviene en éstas como consumidor, son de diversa índole. Los ámbitos vulnerados por los riesgos de la Red pueden ser aquellos relativos a un mal uso de los datos personales de los consumidores, así como el atentar contra su intimidad, dignidad y honor. Los temas

²⁹⁶ Cendoya Méndez de Vigo, Juan Manuel, *La protección de los consumidores, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 124.

²⁹⁷ Botana García, Gema, *Sujetos contratantes: empresario/consumidor, en Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001, p.203.

agrupados o sistematizados de acuerdo a varias cuestiones pueden consistir en las siguientes: garantizar al consumidor del comercio electrónico un nivel equivalente al comercio tradicional; evitar las prácticas desleales en materia de comercio, publicidad y marketing; facilitar la información en línea respecto a las empresas y los productos que ofrecen; mecanismos de pago en línea; reglamentar el derecho y la competencia judicial aplicable; proteger la vida privada y los flujos transfronterizos de carácter personal; educar a los consumidores sobre el comercio en línea y la cooperación internacional a través de iniciativas elaboradas de manera conjunta entre las empresas, consumidores y gobiernos.²⁹⁸

La parte relativa a facilitar a los consumidores la información en línea respecto a las empresas y los productos que ofrecen tiene un contexto amplio si se considera que el deber de información es uno de los principales elementos de toda relación comercial. El derecho a la información es “un elemento de conocimiento que se exige a una de las partes, sin el cual se produciría un claro desequilibrio entre los contratantes y que tiene como finalidad la adecuada formación del consentimiento y la correcta ejecución del contrato”.²⁹⁹

En este apartado, sobre la protección de los consumidores, se tratará la relación más común y vulnerable dentro de las contrataciones realizadas para desarrollar actividades mercantiles a través de medios electrónicos, es decir, como comercio electrónico, tales como las celebradas entre los empresarios que ofrecen bienes y servicios por medios electrónicos y los consumidores que emplean dichos medios para contratarlos. Sin embargo, independientemente del sentido que pueda tener la relación de los consumidores con las empresas mercantiles o con los proveedores de servicios de la sociedad de la información en cuanto a preservar sus datos, privacidad, honor, entre otros, el derecho a la información está implícito como parte de sus garantías. El deber de información está presente en todas las normas que hacen referencia a la protección de

²⁹⁸ Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *Protección Internacional de los Consumidores, Contratos y Comercio Electrónico*. En *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001, pp. 642 a 644.

²⁹⁹ Paniza Sullana, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*, Ed. Comares, Granada 2003, p. 155.

los consumidores, incluida la normativa de los contratos a distancia, en donde se aduce que la misma debe ser veraz, eficaz y suficiente.³⁰⁰

Cuando se trata de establecer normas para la regulación de las relaciones entre vendedores y compradores o dicho en otras palabras entre empresarios y consumidores, quizá existan ciertas diferencias en cuanto a la materia específica a regular y su correspondiente marco legal. Por decir, algunos analistas sostienen que la relación que se establece entre empresarios, de empresario a empresario, no es la misma a la que se establece entre empresarios y consumidores, pues en el caso de la primera se está ante una actividad netamente empresarial que podría estar regulada más que nada por el derecho mercantil, en tanto, la segunda quedaría comprendida dentro de la legislación relativa a la protección de los consumidores, por ser relaciones comerciales exclusivas entre empresarios, profesionales y consumidores.³⁰¹

Las transacciones realizadas por medios electrónicos van más allá de las delimitaciones territoriales o geográficas de los Estados y aún de sus propias soberanías que se ven vulneradas ante la naturaleza transfronteriza de la tecnología. La producción de bienes, el intercambio comercial, la reducción de tiempos, el acortamiento de distancias, la eliminación de fronteras y la propia interdependencia existente entre las naciones son parte de la nueva era global que se está viviendo y que al amparo del empleo de las nuevas tecnologías de información ha provocado nuevas formas de hacer negocios.

³⁰⁰ Paniza Sullana, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*, Op. Cit., p. 157.

En este sentido el término *deber de información*, como garantía de los consumidores en los denominados contratos a distancia, es muy amplio si se considera que la información no solamente versa sobre las características de los bienes o servicios ofrecidos, sino también de la forma de la contratación, la oferta de contrato y otra serie de extremos perfectamente detallados y por escrito, tales como el precio del producto y aquella información pre-contractual y post-contractual necesarias. Así, el uso de las tecnologías de información no quedan limitadas puesto que para el caso de las comunicaciones a distancia no se debe reducir la información facilitada al consumidor.

³⁰¹ Botana García, Gema, *Op. Cit.*, p.204.

La estrecha relación existente entre Internet y comercio electrónico si bien han creado grandes ventajas para los usuarios también han propiciado ciertos problemas que a la vista han resultado ser inconvenientes para los propios usuarios, sean éstos consumidores o empresarios. Las ventajas para quienes hacen negocios por medios electrónicos son evidentes y éstas pueden considerarse desde la fácil adquisición de bienes y servicios desde cualquier parte del mundo, sin contar con las restricciones geográficas propias del comercio tradicional hasta la comodidad que plantea el sencillo acceso a la información del producto de que se trate a cualquier hora o momento y también la significativa reducción de costos para su adquisición.

Por otro lado, las desventajas son parte también de esta manera de hacer negocios, mismas que comprenden aspectos muy delicados que pueden en un momento dado eliminar la emoción y la intención más sana que un consumidor pueda tener para adquirir de la forma más simple y sencilla un artículo a través de Internet. Estas complejidades están representadas primordialmente por la falta de seguridad en los medios electrónicos y en la protección de los datos personales.

Otro problema lo representa el no poder identificar a veces al empresario que ofrece un producto ni tampoco el conocer con certeza las condiciones de calidad que éste pueda tener. Sin embargo, hay otros inconvenientes que por la propia naturaleza de las transacciones no permite aún el desarrollo de esta forma de hacer negocios por medios electrónicos como lo es el hecho de que los recursos tecnológicos no estén disponibles para todos los consumidores, como lo sería el no poder adquirir una computadora ni tampoco el servicio de Internet, sin descartar los desperfectos o fallas técnicas que puedan presentarse de manera eventual en su utilización.

El regular todos los aspectos legales relacionados con esta disciplina, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones a lo largo de este escrito, es una tarea que requiere de tiempo y dedicación por parte de todos los interesados y expertos en tal materia, desde los tratadistas hasta los legisladores. En las cuestiones relativas a la protección de los consumidores cada Estado tiene su propia legislación nacional que protege a los clientes

tanto reales como virtuales de alguna violación a sus derechos como tales. Sin embargo, para el caso de las operaciones comerciales realizadas a través de medios electrónicos, es decir, a las que son consideradas como parte de un comercio electrónico, pero donde intervienen dos o más países cuya jurisdicción escapa de la norma nacional, se deben hacer varias consideraciones sobre la legislación internacional que existe al respecto.

La protección del consumidor que celebra contratos de consumo por vía electrónica cuya empresa oferente está fuera de su territorio o jurisdicción es una cuestión que debe regularse por las normas del derecho internacional privado. Para ello se considerarán aspectos importantes como el principio del reconocimiento mutuo y la regla del país de origen; la dimensión de la competencia judicial internacional; el régimen especial de los contratos de consumo; el régimen conflictual especial para los contratos con consumidores y la incidencia en sus soluciones de otros instrumentos legales relacionados con la protección de los consumidores.³⁰²

Los derechos de los consumidores, dentro de los servicios ofrecidos por la sociedad de la información, tienen especiales características respecto a los que se realizan por medios tradicionales, pero quizá los intereses sean comunes en ambos, mismos que se pueden traducir principalmente en que todos los consumidores tienen el interés en recibir comunicaciones comerciales precisas y completas sobre los productos y los servicios ofrecidos en la red, asimismo, el interés en recibir el producto o el servicio pedido en las condiciones ofrecidas o estipuladas en el contrato y el obtener una protección legal adecuada contra productos defectuosos y eventualmente peligrosos.³⁰³

Con base en lo anterior, la propia autora de referencia traduce como protección jurídica del consumidor el que éste tenga derechos tales como el recibir una comunicación que sea identificada o identificable, fidedigna, clara y concreta, asimismo, el que pueda entablar recursos o acciones legales en contra de comunicaciones no deseadas o

³⁰² Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico, en Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001, p. 655.

³⁰³ Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *Op. Cit.*, p. 656.

equivocas y el que pueda entablar acciones o recursos legales y eficaces para el caso de que la mercancía que se le venda o el servicio que se le preste no corresponda con lo ofrecido o solicitado.³⁰⁴

Ante toda esa diversidad de supuestos existentes alrededor del consumidor que emplea los medios electrónicos para la adquisición de un producto han surgido normas de organismos internacionales y de las propias legislaciones locales de ciertos países para regular tan importante figura. Una de las más reconocidas instituciones en el ámbito internacional que ha creado un documento normativo para la protección del consumidor, lo es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) misma que elaboró en 1999 los Lineamientos para la Protección del Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico, con el objeto de garantizar a los consumidores un nivel de protección al momento de adquirir productos o servicios en línea, tal y como lo hacen en algún establecimiento comercial de manera presencial.³⁰⁵

Asimismo, este organismo creó en junio de 2003 los Lineamientos para Proteger a los Consumidores de Prácticas Comerciales Fraudulentas y Engañosas a través de las Fronteras, con el fin de que los países, sean miembros o no, adoptarán recomendación del Consejo de la OCDE para combatir las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas en las transacciones transfronterizas entre las empresas y los consumidores (Business to Consumer, B2C).³⁰⁶

Aunque estas dos importantes disposiciones de la OCDE son parte del contenido del capítulo sexto de este trabajo, relativo a la normativa transnacional del comercio electrónico, conviene destacar ciertas referencias concernientes al tema. Por decir, la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, aprobada con fecha 9 de diciembre

³⁰⁴ *Op. Cit.*, p. 656.

³⁰⁵ González Martín, Nuria, Un acercamiento al comercio electrónico y a la protección del consumidor en México, <http://juridicas.unam.mx/inst/direc/dapter.htm?p=nuria>, 26/08/2005, 12:50 PM.

³⁰⁶ González Martín, Nuria, Un acercamiento al comercio electrónico y a la protección del consumidor en México, *Op. Cit.* <http://juridicas.unam.mx/inst/direc/dapter.htm?p=nuria>, 26/08/2005, 12:50 PM.

de 1999 justifica que la existencia de normas reguladoras puede limitar las prácticas comerciales fraudulentas y también brindar al consumidor la confianza necesaria para la realización de sus transacciones comerciales. En este sentido asume que el contexto internacional de las redes digitales requiere una atención global que proteja al consumidor al brindarle un marco legal uniforme, predecible y transparente.³⁰⁷

La parte medular contenida en los Lineamientos de la OCDE en cita, son los principios en que basa sus recomendaciones con los que busca persuadir a los gobiernos, empresarios y grupos de consumidores para que implementes las normas en materia de consumo en el ámbito del comercio electrónico. Por ejemplo, el primer principio sobre *Protección transparente y efectiva*, promueve que a los consumidores usuarios del comercio electrónico se les debe otorgar una protección transparente y efectiva que no sea menor a la de las formas tradicionales del comercio. El tanto el segundo principio denominado *Equidad en las prácticas empresariales, publicitarias y de mercadotecnia*, indica que las empresas involucradas en el comercio electrónico deben respetar los intereses de los consumidores en cuanto a sus actividades empresariales, publicitarias y de mercadotecnia.³⁰⁸

El principio número tres del anexo de los lineamientos en cita se refiere a la *información en línea* y a tres aspectos a saber por todo consumidor: la información sobre la empresa, la información sobre los bienes o servicios y la información relativa a la transacción. En cuanto al cuarto principio, sobre *procedimiento de confirmación*, se insta para evitar ambigüedades en cuanto a la intención del consumidor para realizar una compra antes de que ésta se concrete.

Por otra parte, el principio número cinco, relativo a *pagos*, menciona que a todo consumidor se le debe de dar a conocer los medios de pago seguros y fáciles de utilizar, asimismo el nivel de seguridad que contengan. En cuanto al sexto principio denominado

³⁰⁷ Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, <http://www.oecd.org>, 4 de marzo de 2002, 10:30 am., p. 2 de 10.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 5

solución de controversias y reparación del daño, éste presenta dos variables, una de las cuales es sobre la ley y la jurisdicción aplicables en donde se menciona que las transacciones transfronterizas entre consumidores y empresas hechas por medios electrónicos estarán sujetas al marco legal vigente sobre ley aplicable y competencia jurisdiccional, por lo que se recomienda modificar y adecuar los marcos jurídicos vigentes para aplicarlos al contexto del comercio electrónico, por lo cual los respectivos gobiernos deberán asegurar la equidad entre los consumidores y los empresarios, para que puedan los primeros tener un nivel de protección legal no menor al otorgado en las transacciones comerciales tradicionales.³⁰⁹

El séptimo principio, sobre *privacidad*, prescribe que el comercio electrónico entre empresarios y consumidores se debe conducir conforme a los principios de privacidad establecidos en los Lineamientos que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales de la OCDE de 1980, en consideración a la Declaración Ministerial de la OCDE sobre protección de la Privacidad en redes Globales de 1998 para que los consumidores tengan una protección más efectiva.

En cuanto al último principio de los lineamientos en cuestión, el de *educación y concientización*, sugiere a los gobiernos, empresas y demás involucrados en el comercio electrónico a educar a los consumidores participantes en dicho comercio para que estén bien informados en todo lo relacionado a las actividades desarrolladas en línea. Para se habrán de emplear todos los medios efectivos en donde se incluyan técnicas innovadoras de las redes globales que permitan dar a conocer de manera accesible a los consumidores las normas más relevantes que garanticen la protección de sus derechos.³¹⁰

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 7 y 8.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 9.

La otra disposición creada por la OCDE para regular ciertas prácticas comerciales transfronterizas denominada como *“Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders”* (Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas, Fraudulentas y Engañosas) fue adoptada por el Comité de Políticas del Consumidor, como una Recomendación de la OCDE, con fecha 11 de junio de 2003.

La anterior reglamentación se elaboró en consideración a la Declaración Ministerial para la Protección del Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico de fecha 8 de octubre de 1998 y la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, aprobada el 9 de diciembre de 1999.³¹¹

Las Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas, Fraudulentas y Engañosas buscan que los países que las adopten tengan un referente para crear un sistema legal tendiente a proteger los derechos de los consumidores contra las prácticas comerciales engañosas y fraudulentas pero más allá de sus fronteras y puedan así mantener una coordinación, cooperación e intercambio de información en estos asuntos con otras naciones que presenten la misma situación. Ante las prácticas comerciales engañosas y fraudulentas de los proveedores en contra de los consumidores, se necesita formar un frente común entre todos los países para que les permita anticiparse a este tipo de problemas y de otros más relacionados con el comercio transfronterizo.³¹²

Las directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas están enfocadas a los órganos públicos nacionales, conforme a la determinación que haga cada país, autorizados para aplicar las leyes de protección al consumidor. Dichas prácticas pueden consistir

³¹¹ *OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders*, 11 de junio de 2003, <http://www.oecd.org> .

³¹² *Op. Cit.* p. 7.

principalmente en falsear o tergiversar hechos materiales; no entregar productos o prestar servicios a los consumidores después de que éstos han pagado por ellos o realizar cobros con cargo a las cuentas financieras, telefónicas o de otro tipo de los consumidores, sin su autorización.³¹³

El tema relativo al comercio electrónico es una prioridad dentro de la agenda de la OCDE. Es así como esta organización dentro de sus estudios sobre la materia ha publicado, aparte de las disposiciones antes mencionadas, un informe en donde expone sus análisis y debates para que se pueda construir la confianza necesaria en los usuarios y consumidores que realizan sus operaciones mercantiles a través de los medios electrónicos. También, expone esta organización otras alternativas para crear una mayor y mejor infraestructura y la manera de establecer reglas de procedimiento para regular el comercio electrónico.³¹⁴

En otro contexto y dentro de cuestiones locales, como sería el caso de México, el órgano público nacional autorizado para aplicar las leyes de protección al consumidor es la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO), institución que ha estado aplicando estas disposiciones desde que fue reformada la Ley Federal de Protección al Consumidor por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo de 2000 en donde se reforman y adicionan algunas normas contenidas en el *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*; en el *Código Federal de Procedimientos Civiles*; en el *Código de Comercio* y en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*. Este decreto entró en vigor el día 7 de junio de 2000.³¹⁵

³¹³ *Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas*, 17 de agosto de 2005, <http://www.oecd.org> .

³¹⁴ Policy Brief, *Electronic Commerce*, OECD Observer, OECD 2001, <http://www.oecd.org>

³¹⁵ *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

Las modificaciones realizadas a la *Ley Federal de Protección al Consumidor* a través del Decreto de 2000 son el precedente de ciertos aspectos relacionados con el comercio electrónico mexicano, ya que por vez primera se menciona la protección de los consumidores en las operaciones mercantiles realizadas por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología (Adición de la fracción VIII al Artículo 1º.), asimismo menciona la promoción, la formulación, la difusión y el uso de códigos de ética, por parte de los proveedores, que incorporen los principios previstos por la ley en relación a las transacciones hechas por los consumidores por medio del uso de la tecnología (Adición de la fracción IX bis al Artículo 24).³¹⁶

Otra de las modificaciones hechas a la *Ley Federal de Protección al Consumidor* fue la adición del Capítulo VIII bis cuyo artículo 76 bis, fracciones de la I a la VII, se abordan los derechos de los consumidores; la confidencialidad de la información; los elementos técnicos para seguridad en la información; el domicilio físico del proveedor; las prácticas comerciales engañosas; la condición de los bienes; la cantidad y calidad de los productos y la información clara para los consumidores y grupos vulnerables. El artículo 128 párrafo primero fue reformado respecto a las multas a que se hacen acreedores quienes infrinjan las disposiciones contenidas en este artículo.

Por otra lado y como parte de la revisión continuada a las disposiciones legales reguladoras de las normas relativas a los derechos de los consumidores, con fecha 4 de febrero de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor en donde se reformó el artículo 17 párrafo segundo en donde se indica que “El consumidor podrá exigir directamente a proveedores específicos y a empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios, no ser molestados en su domicilio, lugar de trabajo, dirección electrónica o por cualquier otro medio para ofrecerles bienes, productos o servicios, y que no le envíen publicidad”. Asimismo, esta disposición le brinda al consumidor el derecho de exigir en todo momento

³¹⁶ Ley Federal de Protección al Consumidor, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

a los proveedores y a las empresas que utilicen se información con fines mercadotécnicos o publicitarios a que dicha información no sea cedida o transmitida a terceros, a no ser que sea por medio de una orden judicial.³¹⁷

El artículo 18 fue otra de las disposiciones reformadas por el mencionado Decreto en donde se menciona que la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor podrá llevar un registro público de consumidores que no deseen que su información sea empleada con fines mercadotécnicos o publicitarios. Para aparecer en dicho registro, gratuito por cierto, los consumidores deberán comunicarlo por escrito o por correo electrónico a la Procuraduría. En este mismo sentido, sobre la publicidad y los derechos de los consumidores, se adicionó a la Ley Federal de Protección al Consumidor el artículo 18 BIS en donde se prohíbe a los proveedores y a las empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios y a sus clientes, utilizar la información relativa a los consumidores con fines diferentes a esos, asimismo, se les prohíbe enviar publicidad a los consumidores cuando éstos hayan manifestado su voluntad de no recibirla o estén inscritos en el registro mencionado en el artículo 18. Otra referencia al artículo 18 BIS indica que los proveedores objeto de publicidad son corresponsables del manejo de la información de consumidores si la publicidad se envía por medio de terceros.³¹⁸

Es evidente que las reformas y adiciones hechas a la Ley Federal de Protección al Consumidor, de acuerdo con el Decreto publicado en febrero de 2004, versan primordialmente sobre aspectos relacionados con la publicidad y la mercadotecnia a la que se ven sometidos los consumidores. Este es quizá uno de los aspectos que en un tiempo atrás no se consideraba como prioritario para su regulación si se toma en cuenta que los intereses de las autoridades e incluso de los propios consumidores estaban centrados en la manera en que recibían los bienes o servicios producto de una

³¹⁷ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de febrero de 2004, Artículo 17.
<http://www.profeco.gob.mx> .

³¹⁸ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de febrero de 2004, *Op. Cit.* Artículos 18 y 18BIS.

transacción y de las condiciones en que éstos se encontraban antes que ser molestados en cuestiones de publicidad y manejo de su información personal.

Dentro del marco jurídico internacional de protección a los consumidores en el contexto del comercio electrónico vale la pena mencionar a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), UNCITRAL, por sus siglas en inglés, cuyos principios pretenden, entre otras cuestiones que los usuarios del comercio electrónico encuentren las mejores soluciones contractuales con el fin de superar aquellos obstáculos jurídicos que dificulten su empleo. Las disposiciones de esta Ley se explican con mayor detenimiento en el capítulo sexto de esta investigación, sobre la normativa transnacional del comercio electrónico, pero es evidente que el consumidor es quien en gran medida sale beneficiado con sus preceptos. De hecho, la propia Ley de referencia menciona textualmente en su artículo 1, sobre el ámbito de aplicación, que: “La presente Ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales”.³¹⁹

Es evidente que la Ley en cuestión al tener un capítulo que regula la comunicación de los mensajes de datos en donde se hace referencia a la formación y validez de los contratos y el reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, entre otras cuestiones, aborda directamente las relaciones existentes entre empresarios y consumidores, entre oferta y aceptación y entre iniciador y destinatario de un mensaje de datos, lo cual en conjunto denota cómo perfeccionar la figura del contrato tradicional en un

³¹⁹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno*, de 1996, en su Artículo 1, sobre Ámbito de aplicación, explica al pie de página de dicho artículo que: “El término “comercial” deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (“factoring”); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.”

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html
29/08/2005, 12:52 AM.

formato electrónico y cómo generar la confianza y la seguridad necesarias entre las partes.

La Organización de Estados Americanos (OEA) es otro organismo internacional que ha elaborado ciertas normas para regular aspectos de diversa índole, entre los cuales se encuentra el Derecho Internacional Privado. Así, por medio de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) ha propuesto una serie de mejoras en cuestiones relativas a la materia. Las Convenciones concluidas hasta la fecha son seis: La CIDIPI (Panamá, 1975), sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y cheques y arbitraje comercial internacional; la CIDIPII (Montevideo, 1979), sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles; la CIDIPIII (La Paz, Bolivia, 1984), sobre la personalidad y capacidad de las personas jurídicas en derecho internacional privado; la CIDIPIV (Montevideo, 1989), sobre contratos de transporte internacional de mercaderías por carretera; la CIDIPV (México, 1994), sobre el derecho aplicable a los contratos y la CIDIPVI (Washington, 2002) sobre la Ley Aplicable y Jurisdicción Internacional Competente en materia de Responsabilidad Civil Extracontractual.³²⁰

La agenda de la VII Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPVII) está delimitada, pero aún no se ha celebrado. Los temas globales medulares que comprenden dicha agenda son dos: el comercio electrónico y la protección del consumidor. De momento la Misión Permanente del Canadá ante la OEA propone la elaboración de una convención o una legislación modelo sobre jurisdicción y normas legales aplicables uniformes en materia de contratos con el consumidor. Por su parte, Brasil hace una propuesta similar al señalar que los contratos y las transacciones realizadas en donde participen consumidores, específicamente a distancia y por medios electrónicos se deben de regir por la ley del país en donde el consumidor tenga su domicilio, o por la ley que le resulte más favorable, entre otras cuestiones que buscan ante todo proteger los derechos de los consumidores.³²¹

³²⁰ Organización de Estados Americanos (OEA), http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm , 09/09/2005, 05:23 p.m.

³²¹ Organización de Estados Americanos (OEA), http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home.htm , 09/09/2005, 05:23 p.m.

Respecto a lo que otros países han elaborado en materia jurídica para regular la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico, es importante mencionar, como parte de esta investigación comparada, lo que España ha realizado en esta materia, retomando en parte lo que la propia Unión Europea tiene reglamentado. De esta manera, la legislación española tiene reglamentados los contratos a distancia, específicamente la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en el Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre, para lo cual tomó en consideración la Directiva 97/7/CEE sobre contratos a distancia.³²²

Las normas contenidas en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, se aplica a “los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación...”. Esta disposición legal no es aplicable a los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios, los contratos sobre condiciones generales que reflejen las disposiciones o principios de los Convenios internacionales en los que España sea parte.³²³

La parte relativa al deber de información previa el Real Decreto 1906/1999 lo regula en su artículo 2 en donde menciona que previamente a la celebración del contrato, con una antelación mínima de tres días, el predisponente deberá facilitar al adherente la información y las cláusulas del contrato y remitirle el texto completo de las condiciones generales. Asimismo, se le conmina a que le envíe la confirmación documental de la contratación efectuada, por escrito o por cualquier otro soporte duradero adecuado al medio empleado. Este soporte habrá de ser elegido por el adherente una vez que el

³²² Cendoya Méndez de Vigo, Juan Manuel, *La protección de los consumidores*. En Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 127.

³²³ Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, Artículo 1 sobre Ámbito de aplicación.
<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/RD1906-99.htm> , 06/09/2005, 05:19 p.m

predisponente indique en la información previa los diferentes tipos de soportes existentes.³²⁴

Existen dentro de la legislación española otras normas relacionadas con cuestiones alusivas al consumidor como lo es la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), como resultado de la trasposición de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, en donde se protegen los intereses legítimos de los consumidores y usuarios dentro de las contrataciones donde se empleen condiciones generales en la actividad contractual. Otras normas son la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (LCCFEM), la cual incorporó la Directiva 85/577, de 20 de diciembre, con la que se establecen una serie de medidas de protección al consumidor relativas a la contratación celebrada fuera del establecimiento comercial y cómo esto conlleva a la existencia de prácticas comerciales abusivas.³²⁵

En cuanto a lo prescrito dentro de la normativa comunitaria se encuentra la Directiva de Ventas a Distancia de aplicación a los contratos desarrollados por medio de Internet entre un consumidor y un proveedor. Esta Directiva, la 97/7/CE sobre contratos a distancia su artículo 1 señala textual que: “La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los contratos a distancia entre consumidores y proveedores”, para lo cual, en su artículo 2, define una serie de conceptos para un mejor entendimiento de sus alcances.

De esta manera define al *contrato a distancia* como “todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para

³²⁴ Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, Artículo 1 sobre Ámbito de aplicación.
<http://www.aece.org/docs/contratacion%20Electronica.PDF>. 06/09/2005, 11:15 p.m.

³²⁵ Cendoya Méndez de Vigo, Juan Manuel, *La protección de los consumidores*. En Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Op. Cit., p. 126.

dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato”; el *consumidor* se define como “toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.³²⁶

Por otra parte, *proveedor* será “toda persona física o jurídica que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional”; por *técnica de comunicación a distancia* se entiende a “todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor”, en tanto por *operador de técnicas de comunicación* se entiende que es toda persona física o jurídica, pública o privada, cuya actividad profesional consista en poner a disposición de los proveedores una o más técnicas de comunicación a distancia.³²⁷

Como se mencionó en líneas anteriores la Directiva 97/7/CE fue retomada para la elaboración del Real Decreto 1906/1999 de 17 de diciembre cuyas principales disposiciones fueron citadas con antelación, pero es conveniente citar, aunque sea a grosso modo, algunas de las consideraciones contenidas en la Directiva de referencia por tener éstas una serie de razonamientos para su implementación basados primordialmente en lo que las modernas tecnologías de información han propiciado en lo relativo a los derechos de los consumidores en el contexto del comercio transnacional.

El considerando número cuatro de la Directiva 97/7/CE enfatiza en que el desarrollo de nuevas tecnologías proporciona diversos medios a los consumidores para contactar las ofertas hechas en la Comunidad y efectuar los pedidos correspondientes, sin embargo, la diversidad de normas de protección a los consumidores en las ventas a distancia genera un efecto negativo en la competencia entre empresas del mercado interior por lo cual la necesidad de implementar normas comunes es imperiosa. Por su

³²⁶ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. BOE núm. 144, de 4 de junio. Artículos 1 y 2. http://www.sest.es/normlegi/ecomercio/dir97_7ce.htm. 07/09/2005, 11:02 a.m.

³²⁷ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. *Op. Cit.*, Artículo 2.

parte, el considerando nueve señala textualmente que "... los contratos negociados a distancia se caracterizan por la utilización de una o más técnicas de comunicación a distancia" empleadas "en el marco de un sistema organizado de venta o de prestación de servicios a distancia sin que se dé la presencia simultánea del proveedor y del consumidor" por lo cual y ante la evolución constante de las técnicas se requieren principios válidos para todas ellas.³²⁸

El propio considerando 21 en aras de proteger al consumidor insta a desarrollar un sistema eficaz para la tramitación de reclamaciones transfronterizas y genere un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior en donde se incluya una serie de iniciativas concretas encaminadas a promover los procedimientos extrajudiciales.³²⁹

En este último aspecto, sobre la solución de conflictos en materia de consumo, es conveniente señalar que en el contexto del comercio electrónico la defensa de los consumidores tiene a la figura del arbitraje como uno de los medios para dirimir controversias. Así, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), tiene considerado al arbitraje telemático en su artículo 17, sobre solución extrajudicial de litigios, el cual se implementa en caso de un desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, por lo que los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, particularmente en productos de consumo, para que actúen de manera tal que puedan proporcionar las garantías de procedimiento adecuadas a las partes.³³⁰

³²⁸ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. *Op. Cit.*, Considerandos 4 y 9.

³²⁹ *Op. Cit.* Considerando 21.

³³⁰ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico incorporó la Directiva 2000/31/CE al ordenamiento jurídico español y en su artículo 32, sobre solución extrajudicial de conflictos, menciona la figura del arbitraje al señalar textualmente que “El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación”, para esto se podrá hacer uso de medios electrónicos en los términos que establezcan las normas correspondientes.³³¹

Otra mención que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico hace al arbitraje telemático se encuentra en la *Disposición adicional tercera*, sobre el Sistema Arbitral de Consumo, donde se indica que “El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral de Consumo”. Esta misma Disposición prescribe que la Junta Arbitral Nacional de Consumo y otras de ámbito territorial inferior, autorizadas por el Instituto Nacional del Consumo, podrán dirimir sus conflictos planteados por los consumidores conforme al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, a través de los medios telemáticos.³³²

Dentro de la legislación española los problemas de los consumidores se pueden dirimir por dos vías, una de ellas es a través de los Tribunales Ordinarios de Justicia y la otra es por medio del Sistema Arbitral de Consumo. Esta última vía se considera más adecuada que la primera en la solución de conflictos entre compradores y vendedores por ser, entre otras cuestiones, más rápida, económica, gratuita, voluntaria, accesible,

(Directiva sobre el comercio electrónico). Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) L178 de 17 de julio de 2000. <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/comunita/L178.pdf>, 08 de abril de 2005, 10:20 AM.

³³¹ *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Ley 34/2002, de 11 de julio (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2002.

³³² *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Ley 34/2002, de 11 de julio (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2002.

especializada y sencilla, por lo cual la propia Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) promueve el recurso de arbitraje, además por considerar que favorece el uso de medios electrónicos en la tramitación de su procedimiento.³³³ El Sistema Arbitral de Consumo es una vía extrajudicial, ajena a los Tribunales Ordinarios de Justicia, pero complementaria de la vía judicial y la vía administrativa, que soluciona los conflictos que se pueden presentar entre los consumidores (usuarios) y los prestadores de servicios (vendedores) cuando el problema se plantee entre ellos (vendedor y consumidor), pues si se tiene el conflicto con otro particular, por decir contactado por medio de una subasta en red, el arbitraje no procedería.³³⁴

Las bondades que presenta el Sistema Arbitral de Consumo enfocadas a las transacciones realizadas por medios electrónicos son entre otras el que es totalmente gratuito, con excepción de los peritajes que el consumidor o el vendedor solicitan por ser éste conveniente; las formalidades del arbitraje son mínimas, pues los formularios a utilizar son muy simples; el Colegio Arbitral que resuelve los conflictos está constituido por árbitros expertos en las áreas que se manejan; los laudos (resoluciones) son dictados con rapidez, regularmente en un plazo máximo de cuatro meses y cuyo cumplimiento si no se realiza voluntariamente puede ser exigido ante el Juez de Primera Instancia respectivo.³³⁵

Las grandes ventajas que presenta el comercio electrónico son tanto para los consumidores como para los vendedores, pues tanto la oferta como la demanda se han multiplicado más allá de sus formas tradicionales gracias a lo que la tecnología y las redes globales han aportado para su implementación y desarrollo. Se han creado también ciertas normas de protección a los consumidores para afrontar las situaciones que plantean las nuevas tecnologías de información, de ahí la idea de mostrar en este apartado algunas de dichas disposiciones para conocer lo que están haciendo en este rubro ciertos países y algunos organismos internacionales para enfrentar este fenómeno.

³³³ Amutio Castaño, Marisa y Mateu Tortosa, Jorge, *Guía para Consumidores del Comercio Electrónico*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2003, p. 69.

³³⁴ Amutio Castaño, Marisa y Mateu Tortosa, Jorge, *Op. Cit.*, p. 70.

³³⁵ *Op. Cit.*, p. 71.

CAPÍTULO QUINTO

NORMATIVA NACIONAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

I. Normas jurídicas en Estados Unidos

Ante el auge comercial realizado a través de los medios electrónicos y el alto potencial que sigue representando el comercio electrónico no solamente para los Estados Unidos sino para todos los países en general, se ha hecho necesario, casi indispensable, crear nuevas formas jurídicas que traigan certidumbre y seguridad a las transacciones comerciales llevadas a cabo por la Red. La legislación en materia de comercio electrónico es ampliamente regulada en los Estados Unidos, país pionero en el uso de Internet, sin embargo, cuando las transacciones comerciales involucran a otros países es cuando comienza a complicarse tal actividad en virtud de que las diferentes legislaciones reguladoras no están estandarizadas en todos los lugares en donde se realizan las operaciones comerciales transnacionales y muchas de las veces ni siquiera existen disposiciones jurídicas locales que las regulen en sus propios lugares de origen.

Como parte de las normas reguladoras del Comercio Electrónico que existen en los Estados Unidos, está el *Uniform Commercial Code* (UCC), Código de Comercio Uniforme, que todos los estados han adoptado en su búsqueda por uniformar el derecho comercial entre ellos mismos y que aplican también al comercio en Internet por medio de la *National Conference of Commissioners of the Uniform State Law* (NCCUSL) y por el *American Law Institute* (ALI) y en donde forman parte diferentes grupos de la sociedad, tanto públicos como privados.

La aplicación de estas normas en el ámbito local de los Estados Unidos está complementada con las adopciones que países como los propios EEUU y otros más hacen de las otras normas de carácter internacional que organizaciones como UNCITRAL, WIPO, UNIDROIT, entre otras, tienen disponibles.³³⁶

³³⁶ Briz, Julián y Laso, Isidro, *Internet y Comercio Electrónico*, Ed. ESIC-Mundi-Prensa, Madrid, 2000, p. 404.

El Código de Comercio Uniforme, *Uniform Commercial Code* (UCC),³³⁷ es un documento de capital importancia en materia de comercio electrónico, no obstante que data de la década de los cincuenta, y que contiene entre otros aspectos propósitos, reglas de construcción, variaciones de los acuerdos y principios de derecho aplicables en este rubro. Sus normas jurídicas son amplias en relación a las conductas que se deben adoptar en los negocios. El propósito de este documento es también el tener una base en el derecho vigente para proveer un código de gobierno que soporte las tecnologías existentes y futuras en el intercambio de bienes y servicios.³³⁸

El *Uniform Commercial Code* (UCC) es uno de los más significativos documentos dentro del desarrollo legal del comercio electrónico en los Estados Unidos. Aún cuando tenga o se le encuentren ciertas discrepancias con el *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA), por parte de algunas legislaciones estatales, como posteriormente se mencionará, lo cierto es que la defensa declina mayoritariamente en favor del UCC por considerarlo un documento que protege de manera más amplia y efectiva los derechos de los consumidores y que busca en gran medida simplificar y modernizar el derecho regulador de las transacciones comerciales así como uniformar sus normas existentes en las diferentes jurisdicciones de los Estados Unidos.³³⁹

Algunas de las definiciones contenidas en el *Uniform Commercial Code* (UCC) aclaran parte de los temas fundamentales que regula en donde destacan ciertos conceptos recurrentes en las transacciones comerciales tanto tradicionales como aquellas realizadas por medios electrónicos. Uno de esos conceptos es el denominado “*Security interest*” que comprende todo tipo de interés que el comprador tiene sobre un bien desde el momento en que lo elige, lo compra y lo recibe en las condiciones que desea y con toda

³³⁷ *Uniform Commercial Code* (UCC), <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/overview.html> , 21/05/2002, 11:33 AM.

³³⁸ Turbam, Efraim, et al, *Electronic Commerce, A Managerial Perspective*, Ed. Prentice Hall, New Jersey, 2000, p. 365.

“The UCC is a comprehensive law regarding business conduct. The proposed amendment to the UCC is Article 2B, which is also designed to build upon existing law by providing a government code that supports existing and future electronic technologies in the exchange of goods or of services. This law was approved in 1999 and enactment by the states is expected in 2000. This law is one of the more significant EC legal developments”.

³³⁹ *Uniform Commercial Code* (UCC), <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/overview.html> , 21/05/2002, 11:33 AM.

la serie de implicaciones relativas al precio, los impuestos, las garantías, los seguros y los costos de mantenimiento en su caso. Otros conceptos contenidos en el código en mención son el denominado “*Send*” relativo al envío de información relacionada con las compras y el “*Telegram*” que comprende los mensajes transmitidos por radio, cable, teletipo o cualquier otro método de transmisión donde incluso se incluyen las nuevas tecnologías de información.³⁴⁰

Como un complemento al *Uniform Commercial Code* (UCC) la *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) contempla que el primero de estos ordenamientos considere los bienes intangibles de la nueva economía, representados principalmente por el software, los derechos de autor y todos aquellos relativos a las licencias. Con esto lo que se pretende es que todas aquellas normas aprobadas de manera independiente por los estados de la Unión Americana sirvan como reglas de fondo en las transacciones electrónicas realizadas por medio de Internet, en donde se vendan los bienes o bien se puedan otorgar sus licencias de uso por ser bienes intangibles.³⁴¹

Estados Unidos cuenta con una importante legislación, que aparte de numerosa es muy diversa, pues comprende gran parte de las acciones desarrolladas por el uso de Internet y sus posibles consecuencias en las transacciones comerciales. Este país posee una legislación reguladora y previsor a la vez y entre sus ordenamientos destacan el “*Electronic Signatures in National and Global Commerce Act*” conocida también como *E-Sign Act* y que en español se traduce como Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional, legislación federal promulgada el 30 de junio de 2000. Existe también el “*Uniform Electronic Transactions Act*” (UETA) conocida como Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas aprobada por la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* (NCCUSL), traducida como Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, adoptada por veintidós estados de la unión americana. Existe por otra parte el “*Uniform Computer Information Transactions Act*” (UCITA)

³⁴⁰ *Uniform Commercial Code* (UCC), <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/overview.html>, *Op. Cit.*

³⁴¹ Palazzi, Pablo A., *Comentario a la Ley Federal de Firma Electrónica de los Estados Unidos de Norteamérica*, en la Revista de Derecho Comparado, tema Comercio Electrónico, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 13.

traducida al español como Código sobre Transacciones basadas en Información Computarizada adoptado por la *American Bar Association* (ABA).³⁴²

En relación a la Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act), del año 2000, es patente, como se indica en el sumario ejecutivo, que su promulgación se hizo con el fin de facilitar el uso de registros electrónicos y firmas en el comercio interestatal y en el comercio exterior al asegurar la validez y los efectos legales de los contratos hechos de manera electrónica. Fue el presidente Bill Clinton quien el 30 de junio de 2000 aprobó en los Estados Unidos bajo el proyecto S.761 la “Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional”.³⁴³

De hecho y a manera de muestra o ejemplo el propio presidente aprobó dicha Ley mediante una “tarjeta inteligente” (*smart card*) introducida con una clave privada en una computadora con lo cual dio validez a un importante documento para el presente y futuro del Comercio Electrónico. Esta fue una respuesta rápida a los cambios que las modernas tecnologías de la información han propiciado en las estructuras jurídicas no solamente de un país como el de los Estados Unidos, sino en la de todos aquellos que directa o indirectamente están inmersos en actividades que se realizan a través de los medios electrónicos.³⁴⁴

Con la promulgación de la “*Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional*” se ha tenido el cuidado de preservar las leyes implícitas que protegen los derechos de los consumidores al recibir cierta información por escrito, para lo cual se impusieron ciertos requerimientos especiales a los negocios que pretendan usar registros

³⁴² *Bad Software: A Consumer Protection Guide*. <http://www.badssoftware.com/uccindex.htm> .

Uniform Electronic Transactions Act. <http://www.law.upenn.edu/blil/ucl/uecicta/uetast84.htm> .

³⁴³ Palazzi, Pablo A., *Comentario a la Ley Federal de Firma Electrónica de los Estados Unidos de Norteamérica*, en la Revista de Derecho Comparado, tema Comercio Electrónico, Op. Cit., p. 7.

³⁴⁴ Palazzi, Pablo A., *Comentario a la Ley Federal de Firma Electrónica de los Estados Unidos de Norteamérica*, Op. Cit., p. 7.

o firmas electrónicas en las transacciones con los consumidores. Para ello, se requiere que los negocios obtengan el consentimiento electrónico o confirmación del consumidor para recibir información de manera electrónica y que la ley requiere que esté por escrito.³⁴⁵

La *E-Sign Act* tiene especial cuidado en preservar los derechos de los consumidores derivados de sus operaciones comerciales de manera electrónica, y subraya el hecho de poder tener éstos la facultad de aceptar o negar el recibir información de manera electrónica y también el preservar sus derechos ante un posible fraude. Las razones que se aducen para la creación y expedición de estos documentos jurídicos de control y regulación del comercio electrónico son principalmente aquellas que ven a este tipo de comercio como un segmento vital de los negocios y un medio frecuentemente empleado por los consumidores en sus transacciones comerciales de compras al menudeo.

La “*Electronic Signatures in National and Global Commerce Act*” (*E-Sign Act*), Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional, de 2000, se aplica de manera estandarizada en los Estados Unidos a todo tipo de transacciones electrónicas en donde existan figuras tales como la firma electrónica y los contratos electrónicos, con este instrumento jurídico se brinda certeza legal a las operaciones mercantiles electrónicas y por lo tanto valida la existencia de la propia contratación.³⁴⁶

³⁴⁵ *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, <http://www.ftc.gov/os/2001/06/esign7.htm> p. 3 de 25, 21/05/02, 11:04 AM.

“On June 30, 2000, Congress enacted the Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (“ESIGN” or “the Act”), to facilitate the use of electronic records and signatures in interstate and foreign commerce by ensuring the validity and legal effect of contracts entered into electronically. Careful to preserve the underlying consumer protection laws governing consumers’ rights to receive certain information in writing, Congress imposed special requirements on businesses that want to use electronic records or signatures in consumer transactions. Section 101 (c)(1)(ii) of the Act requires businesses to obtain from consumers electronic consent or confirmation to receive information electronically that a law requires to be in writing”.

³⁴⁶ Geurts, Rik, *Legal Aspects of Software Agents*, in *Trust in Electronic Commerce. The Role of Trust from a Legal, an Organizational and a Technical Point of View*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2002, p. 261.

El denominado E-commerce juega un papel importante y cuyos beneficios se están extendiendo a los diferentes rubros de las actividades mercantiles. Los accesos de manera electrónica por parte de los consumidores para adquirir algún producto son cada vez más comunes y frecuentes por lo cual estos sitios de mercado proliferan más cada día y los servicios que ofrecen son también diversos e ilimitados. Las compras por Internet requieren también de la existencia de un contrato y para la validación de este documento tanto en su forma tradicional, en papel, como en su forma electrónica se necesita la firma de quienes los suscriben para producir las consecuencias jurídicas que se pretenden.

Por otra parte, el *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) pretende extender las medidas existentes de la contratación al denominado cyberlaw o cyberderecho al establecer definiciones uniformes y consistentes de registros electrónicos, firmas digitales y otro tipo de comunicaciones electrónicas. Este documento es un acta de procedimientos que provee los medios para efectuar transacciones realizadas a través de un medio electrónico. El lenguaje intencionalmente evita hacer preguntas a la ley sustantiva, dejando éstas al ámbito del *Uniform Commercial Code* (UCC).³⁴⁷

El artículo 2B del *Uniform Commercial Code* (UCC) ha sido motivo de observación en cuanto a que al ser enmendado pueda regular y dar soporte a los demás códigos de gobierno en la regulación de las transacciones realizadas por medios electrónicos y por ende apoyar la existencia y futuro de la tecnología en los medios electrónicos que sirven para intercambiar bienes y servicios. La idea es tener un marco legal que a través de un lenguaje claro haga un planteamiento de los temas relativos a la oferta y la aceptación como partes importantes en la formación del contrato. Las ofertas en línea se manifiestan a través de una comunicación electrónica en donde se describen los bienes y servicios que habrán de enviarse en los términos de la aceptación y también de la oferta, hechas

³⁴⁷ Turbam, Efraim, et al, *Op. Cit.* p. 365.

“The Uniform Electronic Transactions Act seeks to extend existing provisions for contract law to cyberlaw by establishing uniform and consistent definitions to electronic records, digital signatures, and other electronic communications. This act is a procedural act that provides the means to effectuate transactions accomplished through an electronic medium. The language purposefully refrains from addressing questions of substantive law, leaving this to the scope of the Uniform Commercial Code (UCC)”.

de razonable manera e independientemente de la gran variedad de formas que presenten.³⁴⁸

El *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) se aplica a cualquier documento electrónico o a la firma electrónica creado, enviado, comunicado, recibido o guardado, es decir, a todas aquellas transacciones entre las partes realizadas por medios electrónicos. Esta norma reconoce legalmente los documentos electrónicos, la firma electrónica y los contratos electrónicos y los efectos que con ellos se producen. Si las partes acuerdan celebrar una transacción por medios electrónicos y el derecho requiere a una de ellas el enviar la información por escrito a la otra, este requerimiento quedará satisfecho si dicha información es enviada y retenida por quien la solicitó. Algunas veces el documento electrónico no es susceptible de retenerse por parte de quien lo solicita o debe recibirlo porque no puede guardarse o imprimirse, sin embargo, dicho documento podrá enviarse por escrito y por ende recibirlo el interesado por otros medios para garantizarse su envío y la consecuente recepción por parte del interesado.³⁴⁹

Sobre la atribución y los efectos de un documento electrónico y de una firma electrónica, el *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) señala en su sección 9 que ambos serán atribuibles a una persona cuando ésta realizó tal acto y el procedimiento llevado a cabo también le sea atribuible. Los efectos derivados de un documento electrónico o de una firma electrónica son atribuibles a las personas que participaron dentro del contexto y bajo las circunstancias en que fueron creados, ejecutados o adoptados, con el acuerdo de las partes y conforme al derecho. Sin embargo, puede darse el caso de que existan errores en una transacción durante la transmisión entre las partes, por lo cual ambas deberán tomar en cuenta algunos procedimientos de seguridad que puedan identificar tales errores y evitar los efectos o consecuencias que éstos puedan generar.³⁵⁰

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 365.

³⁴⁹ *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), Approved and Recommended for Enactment in all the States. <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/uetast84.htm>, 09/03/2005, 07:32 p.m.

³⁵⁰ *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), *Op. Cit.*

Algunas veces los documentos y las firmas electrónicas requieren de ser notariadas, verificadas y reconocidas legalmente bajo juramento, por lo cual este requisito puede quedar satisfecho si la firma electrónica de la persona autorizada para realizar un acto incluye en éste toda la información requerida que ayude a validarlo. Lo mismo ocurre cuando se requiere la retención de los documentos electrónicos en su forma original para que estén accesibles para ulteriores consultas.

El *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) contiene la figura del denominado “*Electronic Agent*” (EA) (Agente Electrónico) y lo define como “un programa de computadora o un medio electrónico o automatizado usado independientemente para iniciar una acción o respuesta a un documento electrónico o representaciones en todo o en partes sin una revisión o acción individual. En cierta forma esta definición es la misma que define UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*) y que en líneas posteriores se comentará. El Agente Electrónico es una herramienta del empresario y será éste quien sea responsable del uso de tal herramienta y de los resultados de su implementación. Como en toda transacción los errores o las equivocaciones pueden ocurrir en alguna de sus etapas, para el caso de las transacciones electrónicas y con el uso de Agentes Electrónicos la vulnerabilidad de los medios es mayor y como consecuencia los errores podrían ser más frecuentes, por ello cuando éstos ocurren durante la transmisión entre las partes o en una transacción automatizada las partes serán responsables de los mismos y tratarán de corregirlos o bien de enfrentar sus consecuencias.³⁵¹

Una contratación para que se considere legalmente vinculante entre las partes y produzca las consecuencias jurídicas esperadas requiere de ciertos elementos básicos como lo son la oferta, la aceptación y la consideración. Estos requerimientos son a veces

³⁵¹ Geurts, Rik, *Legal Aspects of Software Agents*, in *Trust in Electronic Commerce. The Role of Trust from a Legal, an Organizational and a Technical Point of View*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2002, pp. 260 y 261.

La definición de *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) al concepto de “*Electronic Agent*”: “is defined as a computer program or an electronic or other automated means used independently to initiate an action or respond to electronic records or performances in whole or in part, without review or action by an individual”.

difíciles de establecer cuando el elemento humano en el proceso de la transacción es removido y la contratación es realizada electrónicamente.³⁵²

Para el caso de las transacciones automatizadas, un contrato se forma con la interacción que hagan los agentes electrónicos de las partes y se cumplan los términos y acuerdos que se tomen. Los términos del contrato son determinados por el derecho sustantivo aplicable. Para los efectos de tiempo, lugar, envío y recepción de documentos electrónicos las partes habrán de acordarlas y disponer de los sistemas adecuados para que el envío pueda ser recibido en el tiempo y modo acordado. Puede darse el supuesto de una transferencia de documentos, al amparo de los artículos 3 y 7 del *Uniform Commercial Code* (UCC), cuando expresamente así lo determinen las partes, lo mismo ocurre cuando puedan autorizarse las copias de documentos transferibles para ser creados, guardados o asignados a quien lo solicite.³⁵³

Respecto al Código sobre Transacciones basadas en Información Computarizada (*Uniform Computer Information Transactions Act*) conocido como UCITA, este documento fue promulgado en julio de 1999 por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Unificación de Leyes Estatales (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) y se puede decir que es un bosquejo del derecho de estado para los contratos relacionados con el software y otras formas de información por computadora. Este Código, no obstante haber sido aprobado y aplicado por la mayoría de los estados de la Unión Americana, tuvo un rechazo legislativo por parte de los estados de Iowa y West Virginia, pero ganó adeptos en otros lugares como el estado de Nueva York.³⁵⁴ La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) bosquejó este modelo de derecho y ella misma con ciertas compañías de software están apurando a las legislaturas de los estados para legislar con este modelo.³⁵⁵

³⁵² Turbam, Efraim, et al, *Electronic Commerce, A Managerial Perspective*, Ed. Prentice Hall, New Jersey, 2000, p. 365.

³⁵³ Uniform Electronic Transactions Act (UETA), *Op. Cit.*

³⁵⁴ Palazzi, Pablo A., *Comentario a la Ley Federal de Firma Electrónica de los Estados Unidos de Norteamérica*, en la Revista de Derecho Comparado, tema Comercio Electrónico, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 33.

³⁵⁵ *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA),. <http://www.jamesshuggins.com/h/tek1/ucita.htm> , 21/05/2002, 11:35 AM.

La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) promueve la uniformidad del derecho en los estados y lo primero que hace es determinar en qué áreas del derecho podría haber beneficios con dicha uniformidad, para después recomendar algún bosquejo de derecho uniforme para ser promulgado por las legislaturas de los estados. Este documento podría sustituir o reemplazar algunos de los preceptos que protegen los derechos de los consumidores regulados en el *Uniform Commercial Code* (UCC). La NCCUSL está formada por un comité que se reúne de manera pública para discutir sus propuestas y una vez que las elabora se vota para su aprobación.

En cuanto al *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA), este fue aprobado el 29 de julio de 1999 con 43 votos a favor, 6 en contra y 2 abstenciones, considerándose 51 estados en total por estar incluido el Distrito de Columbia. Los votos en contra fueron emitidos por los estados de Alaska, Iowa, Minnesota, Nebraska, North Carolina y Utah. Sobre las resoluciones caben tres acciones que cada estado en lo individual puede hacer: adoptarlas sin cambios, adoptarlas con cambios o no adoptarlas totalmente. El derecho puede ser efectivo o no en un estado.

El *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) tiene un propósito fundamental que es el de proteger legalmente todo tipo de contratos relativos al desarrollo, venta, licencia, soporte y mantenimiento del software de las computadoras y también para otros tipos de contratos en donde vaya implícita información. Esta protección se hace extensiva a la venta de diferentes tipos de computadoras y los accesorios secundarios que les dan soporte para su funcionamiento y que además es aplicable, su normatividad, en ciertos lugares donde tienen venta y uso tales productos.

“UCITA stand for “Uniform Computer Information Transactions Act”. UCITA is a draft state law for contracts relating to software and other forms of computer information. The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) drafted this model law. NCCUSL and certain software companies are now urging state legislatures to enact UCITA”.

UCITA, entre otras cuestiones, al igual que el *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), como ya se mencionó, introduce la definición de “*Electronic Agent*” (AE) (Agente Electrónico), como “un programa de computadora u otro medio automatizado, usado independientemente al iniciar una acción o responder a mensajes electrónicos o representaciones sin una revisión o acción individual al tiempo de una acción, respuesta o representación”. En el caso de que una persona utilice su propio Agente Electrónico para una autenticación, representación o acuerdo, el AE deberá ser programado para realizar los contratos correspondientes.³⁵⁶

UCITA es un documento que inicialmente tuvo como objetivo ser un complemento del Uniform Commercial Code (UCC), cuya autoría se debió a la NCCUSL (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) y la ALI (*American Law Institute*). Sin embargo, desde que se dio a conocer este código ciertos grupos empezaron a detectar algunas limitantes en los derechos de los consumidores, es decir, límites en su competencia y conflictos con las políticas federales sobre innovación y uso en el mercado de los derechos de autor, algunos estados lo han rechazado y otros determinaron aplicarlo como fue el caso de Virginia y Maryland.³⁵⁷

Desde un principio el objetivo principal del *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) ha sido el de regular las contrataciones relativas a la venta, licencia, mantenimiento y soporte técnico de los softwares de las computadoras, también lo ha sido para regular aquellos contratos sobre productos que contengan información en formato digital y aún para aquellos que contengan softwares quedan bajo los lineamientos de UCITA, incluso de una manera más amplia que el Artículo 2 del *Uniform Commercial*

³⁵⁶ Geurts, Rik, *Legal Aspects of Software Agents*, in *Trust in Electronic Commerce. The Role of Trust from a Legal, an Organizational and a Technical Point of View*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2002, p. 261.

“An Electronic Agent (EA) is “a computer program or electronic or other automated means, used independently to initiate an action or respond to electronic messages or performances without review or action by an individual at the time of the action, response or performance”.

³⁵⁷ *Bad Software: A Consumer Protection Guide*. <http://www.badsoftware.com/uccindex.htm> .

Code, que no resulta ser muy amigable para los consumidores y para los negocios pequeños.³⁵⁸

Siendo el *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) un documento largo y complejo que se ha desarrollado a lo largo de sus doce años de existencia, sus fortalezas están representadas en el haber creado un derecho uniforme que ha regulado un amplio rango de transacciones relacionadas con el uso de software en las computadoras en la mayor parte del territorio de los Estados Unidos y que por sí mismo ha resuelto ciertas diferencias en el tratamiento legal de los servicios relativos a las computadoras en cuanto a ventas y licencias de software.

No obstante la efectividad que se alude a sus normas, el gran problema que algunos expertos en el tema plantean respecto a UCITA es que desde un principio, siendo su escrito todavía un borrador, estuvo dominado por los grupos de presión de los editores de software. No obstante, el comité creador del borrador es independiente de las compañías de software y ha tratado de buena fe escribir un documento decente, pero contrario a esta actitud los miembros de dicho comité han expresado repetidamente que el documento no podría aprobarse sin el apoyo de la industria del software, misma que ha declarado no brindar apoyo si el documento no está apegado al derecho que a ella compete.³⁵⁹

La principal queja que aluden quienes se oponen al Código sobre Transacciones basadas en Información Computarizada, conocido en inglés como *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA), versa sobre la falta de balance existente en sus normas como resultado de la influencia que ha ejercido la industria de software en el comité legislativo que las ha creado. En otras palabras, existen opiniones encontradas en relación al uso y aplicación de estas normas, no obstante de que los propios inconformes agradecen el apoyo y el entusiasmo que la NCCUSL (*National Conference of*

³⁵⁸ *Op. Cit.*, <http://www.badsoftware.com/uccindex.htm> .

³⁵⁹ *Ibidem*, <http://www.badsoftware.com/uccindex.htm> .

Commissioners on Uniform State Laws) ha demostrado en todo momento para proteger el rápido crecimiento que la industria del software ha tenido en América.

Entre los múltiples análisis de quienes buscan un equilibrio entre las disposiciones emanadas de UCITA y del propio UCC, destacan algunos ejemplos publicados en artículos sobre la materia en donde se exponen ciertas desventajas que se tendrían si algunas operaciones comerciales sobre la materia en cuestión se realizaran bajo los preceptos de UCITA. Si bien UCITA pretende actualizar las reglas de venta del UCC que data de mediados del siglo pasado, todavía su aplicación no goza del total apoyo de quienes lo emplean en los Estados Unidos. En tal situación se exponen ciertos ejemplos, entre los cuales se menciona que si en un supuesto se comprara un juego para computadora el software empleado no podría venderse ni tampoco prestarse a otra persona.

Otra cuestión está representada por el hecho de que si el juego de computadora comprado no funcionara, su dueño necesitaría hablar por teléfono a la compañía que se lo vendió, misma que no está en la misma ciudad del comprador, para que le asesore o ayude a resolver el problema o en su caso para regresar el producto siendo este tipo de atención un servicio gratuito para quien reclama, es decir, no le debería de costar la llamada telefónica de larga distancia ni el envío por mensajería del producto defectuoso o inservible, sin embargo, bajo las normas de UCITA sería el cliente o consumidor quien pagaría todos los gastos derivados de su reclamación. En este sentido los derechos del consumidor son restringidos y por lo tanto la acción es muy criticada por quienes defienden estos derechos.³⁶⁰

La parte de los consumidores es el lado más vulnerable en la aplicación de UCITA, es de hecho un modelo de ley controversial a la cual, como se mencionó en líneas anteriores se le ha permitido aplicar en los estados de Virginia y Maryland, pero que también ha tenido rechazo en otros estados en donde se le ha negado su aprobación, tal

³⁶⁰ *Ibidem*, <http://www.badsoftware.com/uccindex.htm> .

es el caso de las legislaciones de Iowa, Nueva York y West Virginia. No obstante, habría que hacerse algunas preguntas respecto al significado que pueda tener una misma transacción comercial para quienes pretenden tener una licencia de software o algún otro sistema de información computarizada, pero llevada a cabo en aquellos lugares donde se aprobó o se negó el código en cuestión.³⁶¹

Los alcances de UCITA son amplios puesto que abarcan un gran número de transacciones basadas en información computarizada (*computer information transactions*). La transacción basada en información computarizada se define como “un acuerdo o el cumplimiento de un acuerdo que crea, modifica, transfiere u otorga una licencia sobre información computarizada o derechos informativos en información computarizada, así como los contratos accesorios al mismo”, por su parte, la información computarizada (*computer information*) se define como “una forma o contrato electrónico que es obtenido de o mediante el uso de un computadora o que es apta para ser procesada por una computadora, incluyendo cualquier documentación o empaque asociado”. Respecto a la definición de “contratos de acceso”, éstos son aquellos realizados “para obtener por medios electrónicos acceso a, o información de, un sistema de procesamiento de información de otra persona, o el equivalente a tal acceso”.³⁶²

El amplio rango que comprenden los preceptos de UCITA se debe a que sus normas se diseñaron para regular una serie de transacciones que cubren principalmente todas las ventas/licencias de software, los acuerdos de desarrollo, las licencias de contenido, los libros distribuidos por Internet, el reparto de bienes en línea, las licencias de bases de datos, el procesamiento remoto de datos, los denominados *clickwrap agreements* y los acuerdos ASP (*Application Service Providers*) para transferir algunos de los acuerdos anteriores, asimismo, comprende las licencias para servicios como el denominado *Lexis-Nexis* o bien cualquier otro acuerdo que se lleve a cabo en línea.³⁶³

³⁶¹ Sully, Sarah E., UCITA. *Implicaciones para licenciarios no consumidores*, en la Revista de Derecho Comparado, tema Comercio Electrónico, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 33.

³⁶² Sully, Sarah E., UCITA. *Implicaciones para licenciarios no consumidores*, en la Revista de Derecho Comparado, tema Comercio Electrónico, *Op. Cit.*, p. 34 y 35.

³⁶³ *Op. Cit.*, p. 35.

Sería remoto pensar que un documento legal como el código UCITA debe ser aceptado por cualquier legislación si antes no se determinan sus alcances y se analizan a detalle las ventajas y desventajas que podrían presentarse con su aplicación. Aunque las transacciones que cubre dicha normatividad fueron determinadas en su mayoría en líneas anteriores, es prudente aclarar algunos vocablos que por su uso original en inglés y ante la falta de términos equivalentes exactos en español merecen cierta explicación en cuanto a su significado. De esta manera resulta conveniente señalar que los denominados “*clickwrap agreements*” son aquellos acuerdos que de manera rápida se realizan cuando quien usa un software en línea y al momento de instalarlo acepta los términos y condiciones de su uso con el sólo click que haga en la parte del contrato que diga “acepto” o “I agree”. Cuando los términos y condiciones del contrato de software se encuentran en papel dentro del paquete del producto que se compra en una tienda tradicional se denominan “*shrinkwrap agreements*”. Otro término empleado es el denominado “*browsewrap agreements*” cuando las condiciones y términos se encuentran en una página web.³⁶⁴

En relación a los denominados APSs (*Applications Service Providers*), estos servicios van dirigidos a quienes realizan negocios con el uso de la tecnología. Las transacciones llevadas a cabo por medios electrónicos presentan una variedad de formas y los acuerdos celebrados con los APSs son muy comunes en tanto que brindan asesoría, servicios, venta y distribución de software, servicios de software y licencias en el uso de los websites o sitios de Internet en los que se pretende tener la mejor infraestructura en donde habrán de interactuar los vendedores con los compradores. En estas circunstancias las propuestas del vendedor y las necesidades del consumidor habrán de estar enmarcadas en los recursos tecnológicos de que disponga la empresa, en todo caso será el negocio y la tecnología los pilares de las transacciones llevadas en línea.³⁶⁵

³⁶⁴ W. Stephen Benesh, Bracewell & Patterson, L.L.P. *Shrinkwrap and Clickwrap Agreements: Are they binding and enforceable.* http://www.bracepatt.com/files/tbl_s16Publications%5CFileUpload77%5C365%5Cbeneshart.pdf . 17/03/2005, 06:47 p.m.

³⁶⁵ Draughon, Richard Scout, *Negotiating ASP Agreements*, Document from July 1, 2002, <http://www.itmweb.com/#070102.htm> , 17/03/2005, 04:31 p.m.

Sobre los temas acordados en los contratos de negociación APSs (*Applications Service Providers*), entre quienes otorgan el servicio y quienes lo reciben, se encuentran primordialmente aquellos en donde el cliente requiere tener la tecnología necesaria que brinde soporte a los productos que ofrece y en donde estén considerados el tipo de software que utilice en sus equipos, las marcas y patentes relativas a los derechos de propiedad intelectual y en general el cómo mantener el control necesario para aprovechar todas las ventajas ofrecidas por los modelos ASPs y con los mínimos riesgos posibles. En este caso se pretende proveer a quien requiera de todos aquellos servicios indispensables de aplicación para un negocio virtual con la consecuente seguridad física tanto del negocio como de toda su infraestructura tecnológica necesaria para sus funciones.³⁶⁶

En cuanto a los denominados *LexisNexis* que pueden formar parte de los acuerdos APSs (*Applications Service Providers*), éstos brindan principalmente asesoría legal y servicios de información en línea, impresos o en formatos de CD-ROM a quienes así lo requieran, asimismo proporciona una serie de herramientas y aplicaciones para las páginas web de acuerdo al gusto y a las necesidades del cliente o consumidor. Uno de los servicios más solicitados a este tipo de compañías son los servicios de asesoría jurídica en línea que ayudan a tomar decisiones acertadas y seguras a los consumidores para que éstas vayan de acuerdo con el derecho en donde les corresponda aplicarse. Existe una gran variedad de bases de datos en los servicios Lexis-Nexis que comprenden áreas tan contrastantes como la académica, la gubernamental y la de negocios, entre otras, que contienen desde artículos simples y resúmenes hasta textos completos.³⁶⁷

Las bases de datos empleadas por los servicios de *Lexis-Nexis* son unas de las más grandes del mundo y comprenden también conexiones a otras bases de datos con información todavía más especializada. Los servicios de Lexis iniciaron en el año de 1973 como uno de los primeros y mayores asistentes legales por computadora extendiéndose

³⁶⁶ *What to look out for with ASP agreements*, <http://www.computeractive.co.uk/features/1114407> , 17/03/2005, 04:29 p.m.

³⁶⁷ *LexisNexis and Nacional Institute for Trial Advocacy Form Alliance*, (New Release, January-March, 2005), <http://www.lexisnexis.com> . 17/03/2005, 04:28 p.m.

posteriormente a otras áreas de conocimiento y también expandiendo los servicios a nivel internacional. Los servicios proporcionan un número ilimitado de publicaciones que contienen diversas áreas de información con temas relacionados con el derecho, las finanzas, los negocios, la medicina, el gobierno, la tecnología, entre otros.³⁶⁸

Si bien las regulaciones de los preceptos de UCITA comprenden un amplio margen de transacciones y de servicios enfocados primordialmente a las ventas/licencias de software, no dejan de ser importantes los demás acuerdos de donde se derivan los *clickwrap agreements*, los ASP (*Application Service Providers*) o las licencias para servicios de los mismos *Lexis-Nexis* que amplían aún más la gama de negociaciones en los que estarán inmersos los consumidores interesados en tales servicios y que son regulados por la normatividad del *Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA), en tanto estas normas estén aceptadas y aprobadas dentro de las legislaciones de los estados que la vayan a aplicar a los casos concretos.

Por otra parte y como se mencionó con antelación, en Estados Unidos existen también otras importantes normas reguladoras de una serie de transacciones realizadas por los medios electrónicos, específicamente aquellas relacionadas con el Comercio Electrónico. Una de estas normas es la denominada *The Electronic Fund Transfer Act*, de 1978, relativo a la obligación que tienen todas las instituciones financieras que efectúen transferencias electrónicas u otros servicios bancarios por este procedimiento para informar a sus clientes del acceso de terceras personas a sus bancos de datos.³⁶⁹

El *Electronic Fund Transfer Act* (EFT) es un conjunto de normas que permite regular aquellos mecanismos de servicios financieros en donde no existe el uso del papeleo tradicional propiamente dicho en las transferencias realizadas por los bancos sino más bien el uso de la tecnología. Se refiere en gran medida a transacciones tales como los pagos de servicios, los depósitos de dinero, la transferencia de fondos de una cuenta

³⁶⁸ *What is Lexis-Nexis?* <http://smccd.net/accounts/brenner/lsci105/lexisdef.html> , 19/03/2005, 09:47 a.m.

³⁶⁹ *The Electronic Fund Transfer Act*, de 1978, Informática Jurídica y Derecho Informático, <http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp> p. 2 de 17, 17/05/02, 11:50 AM.

a otra cuenta o bien de un banco a otro banco o sobre las disposiciones de dinero realizadas por los medios electrónicos, muchas veces a través de Internet para el caso de las primeras o por medio de una máquina o caja electrónica bancaria para las otras. Estas operaciones se realizan siempre con el uso de alguna clave bancaria o tarjeta bancaria con un número y una clave de acceso que valide la operación de quien legalmente tenga el derecho de hacerla.³⁷⁰

La obligación que tienen los bancos o las instituciones financieras, al amparo del *The Electronic Fund Transfer Act* (EFT) para informar a sus clientes del acceso de terceras personas a sus bases de datos, se debe a que los propios clientes pueden autorizar a sus contadores o a cualquier otra persona de su confianza para que a su nombre y representación puedan realizar transferencias electrónicas y demás servicios bancarios que se les encarguen, es decir, por parte de un tercero. La norma en cuestión permite que a los consumidores se les informe a detalle sobre todas aquellas operaciones realizadas al amparo del EFT. Es evidente que el uso de la tecnología, específicamente los medios electrónicos, también tiene sus fallas y éstas pueden presentarse en algunas de las transacciones financieras, por tal motivo es importante tener en cuenta los riesgos potenciales que pueden estar presentes con el uso de los *electronic fund transfer* o fondos electrónicos de transferencia.

Otra importante norma creada en los Estados Unidos reguladora de ciertos aspectos relacionados con el uso de la tecnología, se encuentra el ordenamiento relativo a la defensa de la privacidad en las formas de comunicación electrónica conocido como *Electronic Communication Privacy Act*, creado en el año de 1986, que prohíbe la interceptación de mensajes enviados por medio de este tipo de tecnología y que define todo lo relacionado a comunicaciones electrónicas, como correo electrónico,

³⁷⁰ Every electronic funds transfer including direct deposits, point of sale (POS), debit cards withdrawals, ATM cards, and credit cards sales are covered Under a federal law called Electronic Funds Transfer Act (EFT). http://www.fair-debt-collection.com/More_Credit_Laws... , 19/03/2005, 06:35 p.m.

transmisiones vía satélite, telefonía celular, entre otros medios, y a su vez establece las sanciones civiles y penales por infringir sus normas.³⁷¹

El *Electronic Communications Privacy Act* es un importante documento legal que se aplica no solamente para proteger a las personas por cuestiones relacionadas con el comercio y las finanzas sino también para otras actividades de carácter privado en donde los usuarios al momento de emplear los sistemas de comunicación electrónicos y la información que por esos medios circule no pueda ser interceptada y por lo tanto no sea intencionalmente captada por terceros ajenos a los asuntos que ahí se traten.

Un apartado importante contenido en el *Electronic Communications Privacy Act* versa sobre la prohibición de aquellas interceptaciones y revelaciones que indebidamente se hagan de los cables y de los medios electrónicos de comunicación. Para ello, se indican una serie de supuestos en los cuales procede tal prohibición, así sería cuando alguien intencionalmente intercepte una visión por cable o una comunicación oral o electrónica, sean estas transmisiones de imágenes, conversaciones telefónicas o por radio o bien mensajes escritos enviados por correo electrónico, entre otros.³⁷²

Para los asuntos relacionados con negocios o comercio, de acuerdo con el *Electronic Communications Privacy Act*, está terminantemente prohibido que cualquier persona ajena a las operaciones comerciales de que se traten obtenga indebidamente información relacionada con las transacciones de cualquier negocio o comercio y además se haga un uso ilícito de la misma. Cuando se hace referencia a las intervenciones de terceros en los asuntos que no son de su competencia se refiere también a quienes prestan los servicios de comunicación electrónica a las personas o los negocios que lo soliciten, de esta manera están incluidos los empleados, agentes o proveedores de los negocios que brinden los servicios de comunicación electrónica y quienes directamente

³⁷¹ *Electronic Communication Privacy Act*, Informática Jurídica y Derecho Informático, <http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp> p. 3 de 17, 17/05/02, 11:50 AM.

³⁷² *Electronic Communications Privacy Act, 2511. Interception and disclosure of wire, oral or electronic communications prohibited*, <http://dorothy.as.arizona.edu/LAW/ref5.html> . 19/03/2005, 06:38 p.m.

monitorean el curso normal de los servicios de comunicación y que por tener tan fácil acceso a la información que por esos medios circula, sin ningún esfuerzo podrían acceder a los asuntos ajenos y causar algún perjuicio a las personas que legalmente tienen el derecho a la privacidad de sus comunicaciones.³⁷³

Así como existen una serie de supuestos (prohibiciones) que no permiten la interceptación o revelación de la información transmitida por medios electrónicos a quienes no estén expresamente autorizados, el *Electronic Communications Privacy Act* contiene otras disposiciones (excepciones) con las cuales se permite a terceras personas intervenir en la interceptación de las comunicaciones electrónicas. Estos accesos para interceptar la comunicación transmitida se pueden dar y no atentar en contra del derecho siempre y cuando se trate de un sistema de comunicación electrónico accesible para el público en general independientemente del lugar y la forma que se utilice, pero cuando se trate de una emergencia en la cual se encuentren en peligro barcos, aeronaves, vehículos y personas. En este y todo tipo de situaciones se trata de no atentar también en contra del *Communications Act of 1934* y se cause un daño a una comunicación al interferir en su transmisión.³⁷⁴

Existen otras excepciones a la prohibición de las interceptaciones de las comunicaciones electrónicas y una de ellas es cuando dos o más personas utilizan la misma frecuencia en una radio-comunicación y cuyos sistemas no están codificados o encriptados. En este sentido, resultaría imposible delimitar el área de recepción de las señales si no se cuenta con claves o códigos privados de acceso que impidan las interferencias a las comunicaciones. En ciertas situaciones interceptar la comunicación no es suficiente para considerarla ilícita si ésta no está abierta a todo el público, sino también cuando la información contenida es divulgada de manera intencional y por ende sin autorización de quienes la emiten.

³⁷³ *Electronic Communications Privacy Act, 2511. Interception and disclosure of wire, oral or electronic communications prohibited, <http://dorothy.as.arizona.edu/LAW/ref5.html> .*

³⁷⁴ *Electronic Communications Privacy Act, 2511. Interception and disclosure of wire, oral or electronic communications prohibited, Op. Cit.*

Poner límites jurídicos a las interceptaciones de la comunicación electrónica no es una tarea sencilla en virtud de que los sitios de acceso libre a todo tipo de público se prestan a ser interferidos y la información a ser divulgada cuando no existe una codificación o una encriptación que impida ese libre acceso a terceros. Son varias y diversas las formas de comunicación electrónica, entre las cuales destacan principalmente las de telefonía celular, las estaciones de radio y televisión, las transmisiones satelitales de video, los correos electrónicos, entre otras.

Existen otras normas creadas y aplicadas en los Estados Unidos que han demostrado la razón de su existencia al estarse aplicando exitosamente en este país. Una de esas normas es la *Electronic Commerce Act*, del 30 de mayo de 1997, que hacen referencia a la importancia del valor probatorio de la firma digital y mencionan de forma especial la figura del cybernotary como parte importante dentro del procedimiento de dicha firma que está ceñida concretamente a la tecnología. Otro documento importante es el *Consumer Internet Privacy Protection Act of 1997* que prohíbe la divulgación por los servicios de computación interactiva de información personal que identifique a los usuarios o consumidores sin que éstos hayan dado por escrito su consentimiento para ello. Posteriormente, se creó la norma denominada *Consumer Internet Privacy Protection Act of 1999* que protege la privacidad de los consumidores usuarios de Internet.³⁷⁵

Existe un ilimitado número de normas reguladoras de Internet y del Comercio Electrónico en los Estados Unidos y muchas otras más relacionadas con la privacidad y la protección de los datos de las personas tanto en sus contextos de trabajo, de comercio y familiares, por lo cual tratar de describir cada una de ella sería una tarea de suyo difícil, sin embargo va aquí una muestra de lo que las legislaciones han logrado en países donde el uso de las modernas tecnologías de información han requerido y demandado de un marco jurídico que garantice los derechos de las personas. Existe también una norma denominada *Children's Privacy Protection and Parental Empowerment Act of 1997*, con el cual se prohíbe vender la información personal sobre niños y sin el consentimiento de sus

³⁷⁵Informática Jurídica y Derecho Informático (www.informatica-juridica.com), <http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp>, 17/05/2002, 11:50 AM.

padres. La *Social Security ON-line Privacy Protection Act* of 1997 es una disposición legal que no permite la divulgación por medio de los servicios interactivos de computación de información relativa a los números de la Seguridad Social o de otra información identificable de las personas sin el consentimiento por escrito de los sujetos titulares de la información. El *Electronic Privacy Bill of Rights Act* of 1999, protege la privacidad de los datos personales contenidos en sitios de Internet.³⁷⁶

La legislación de los Estados Unidos en materia de protección de datos, de la privacidad de las personas y del comercio electrónico, como ya se mencionó, es muy amplia y abundante, pues regula en detalle la mayor parte de esos rubros, sin embargo, este espacio no alcanzaría a describir cada uno de ellos, por lo cual se puede decir que lo antes descrito representa solamente una parte de las diversas disposiciones legales que existen.

II. Directiva de la Unión Europea

Dentro del sistema de normas y de los actos jurídicos celebrados al amparo de la Unión Europea, destacan ciertos instrumentos legales de origen directamente institucional o comunitario, denominados así por ser derivados de la actividad “normativa” propia de la Unión, diferenciada de los actos derivados de las estructuras de cooperación que comparten con las acciones comunitarias su origen institucional que se producen en un marco jurídico con características diferentes a las de los Tratados comunitarios. De esta forma, dentro del sistema de normas de la Unión Europea destacan los Reglamentos, las Directivas y las Decisiones. Las denominadas Directivas, son instrumentos jurídicos reguladores emanados del derecho comunitario que tienen una obligatoriedad parcial “que deja en manos de las autoridades nacionales la elección de la “forma y los medios” de darle efectividad en el orden interno, es decir, requiere la intermediación estatal, carece por definición de aplicabilidad directa (y, en consecuencia, de “efecto directo”)”.³⁷⁷

³⁷⁶ Informática Jurídica y Derecho Informático (www.informatica-juridica.com), <http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp>, Op. Cit.

³⁷⁷ Mangas Martín, Araceli y Liñán Noguera, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 367.

Siendo la Unión Europea un espacio común en donde las fronteras geográficas han quedado marginadas y transformadas de su significado original, su espacio físico queda sin delimitación alguna ante el libre tránsito que los habitantes de la región tienen por el simple derecho de ser parte de esa comunidad. Así, el pertenecer a una región conformada por diferentes países pero legislada con normas comunes para todos los que la conforman unifica los criterios y permite a todos ejercer los mismos derechos y cumplir con un mismo tipo de obligaciones.

Para el caso de los negocios y de las empresas establecidas en la Unión Europea existen normas jurídicas que regulan su tránsito entre los países que la conforman, de esta manera las fronteras delimitadas y transformadas por el Tratado que dio origen a la Unión son parte de la comercialización de bienes y servicios que se realizan a través de ellas. Sin embargo, ante el auge y desarrollo de las modernas tecnologías de información y por ende el desarrollo del comercio electrónico se ha facilitado que tanto las empresas como los consumidores puedan acceder a cualquier tipo de bienes o servicios desde cualquier lugar donde se encuentren sin tener que pasar por frontera alguna, por lo cual las nociones de espacio, tiempo y perfección del contrato en las negociaciones quedan reducidas y poco claras con el uso de la tecnología.

Ante el repentino auge que las tecnologías de información provocaron en la recién pasada década de los noventa, las legislaciones estatales se dieron a la tarea de regular la mayor parte de los temas en que dichas tecnologías estaban inmersas, por medio de normas que fueran adecuadas a la situación concreta que directamente requería de una regulación en su momento. Uno de los temas que vio rebasado su marco jurídico ante el desarrollo de la tecnología fue el del comercio electrónico. Las facilidades contenidas en la manera de hacer negocios por los medios electrónicos, generó incertidumbres ante la falta de una ley que regulara las transacciones comerciales celebradas entre diferentes países cuyas consecuencias jurídicas eran de la competencia de varias jurisdicciones

cada una de las cuales tenía una normatividad propia y particular que discrepaba con las de los demás.³⁷⁸

Los motivos antes señalados fueron parte de las decisiones tomadas por la Unión Europea para emitir la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. A este documento se le conoce popularmente como Directiva sobre el comercio electrónico, fue publicada en Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) L178 de 17 de julio de 2000, P. 0001-0016, y representa un documento valioso y vanguardista en la regulación de la materia del comercio electrónico.

En la parte introductoria de la Directiva 2000/31/CE, conocida como directiva del comercio electrónico, se indica que el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Comunidad Europea tiene una serie de obstáculos jurídicos que impiden un buen funcionamiento del mercado interior y hacen poco atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios. Esto debido a la disparidad de legislaciones e inseguridad jurídica de los propios regímenes nacionales y a una falta de coordinación y ajuste de normas en toda la Comunidad, por lo tanto, en atención a lo dispuesto en los artículos 43 y 49 del Tratado y al Derecho derivado comunitario conviene en suprimir los obstáculos al coordinar ciertas legislaciones nacionales en la medida de lo necesario para el buen funcionamiento del mercado interior.³⁷⁹

El objetivo principal de la directiva en cuestión, se deriva del fin que tiene la Unión Europea en cuanto a "...crear una unión cada vez más estrecha entre los Estados y los pueblos europeos, así como asegurar el progreso económico y social..."³⁸⁰ Esta cita,

³⁷⁸ De Miguel, Pedro, *Directiva sobre el Comercio Electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas*. RCE, Revista de la Contratación Electrónica, No. 20, Ed. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales (EDICIP), Cádiz, Octubre 2001, p. 4.

³⁷⁹ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Considerando 5 y 6. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000. <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/comunita/L178.pdf> , 08 de abril de 2005, 10:20 AM.

³⁸⁰ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Considerando 1, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html , p. 1 de 23, 12 de abril de 2002, 6:23 PM.

tomada del considerando 1 de la Directiva en cuestión señala también que conforme al apartado 2 del artículo 14 del Tratado de la Unión Europea "... el mercado interior supone un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento están garantizadas. El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el espacio sin fronteras interiores es un medio esencial para eliminar las barreras que dividen a los pueblos europeos".³⁸¹

El considerando inicial de la Directiva de la Unión Europea sobre el comercio electrónico sintetiza el objetivo de la Unión en cuanto al fin que persigue con la unión de sus Estados miembros y considera de manera importante el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información dentro de su espacio sin fronteras, algo que a nivel mundial se ve reflejado en otras naciones que sin estar política y económicamente unidas comparten el fenómeno de la tecnología que sin lugar a dudas va más allá de cualquier espacio geográfico, de un mismo tiempo y de la propia normatividad jurídica.

El artículo 1, sobre Objetivo y ámbito de aplicación, de la Directiva 2000/31/CE, es claro al señalar que lo que pretende "es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros". Esta norma comunitaria, señala el mismo artículo 1.5 no se aplicará en materia de fiscalidad ni a cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información que estén incluidas en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y en la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.³⁸²

³⁸¹ *Op. Cit.*, p. 1 de 23.

³⁸² *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Considerando 1, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html , p. 1 de 23, 12 de abril de 2002, 6:23 PM.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, <http://europa.eu.int/spain/novedades/documentos/31995L46.htm> , 08 de abril de 2005, 11:15 AM.

El artículo 2 de la citada Directiva define algunos conceptos clave para entender y considerar mejor sus alcances. El concepto “servicios de la sociedad de la información” se encuentra definido en la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, en cuyo artículo 1, apartado 2, señala la palabra “servicio” como “todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.³⁸³

Otros conceptos comunes al tema sobre comercio electrónico es aquel denominado como “prestador de servicios”, así la Directiva 2000/31/CE en su artículo 2.b, indica que éste será “cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”³⁸⁴, en tanto, al concepto “destinatario del servicio” lo define como “cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible”.³⁸⁵

Respecto a los conceptos *consumidor* y *comunicación comercial*, indica la Directiva 2000/31/CE, que se entiende por consumidor a “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión” y define comunicación comercial como “todas las formas de comunicación destinadas a

Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, <http://www.mgabogados.com/despacho/directiva9766.html>, 08 de abril de 2005, 11:15 AM.

³⁸³ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Considerando 1, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html, p. 1 de 23, 12 de abril de 2002, 6:23 PM.

Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga>, 31/05/02, 4:03 PM.

³⁸⁴ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Artículo 2.b, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html, p. 12 de 23, 12 de abril de 2002, 6:23 PM.

³⁸⁵ *Op. Cit.* Artículo 2.d, p. 12 de 23.

proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas”.³⁸⁶

El término “*profesión regulada*”, indica la mencionada Directiva 2000/31/CE, se entiende como cualquier profesión en el sentido o bien de la letra d) del artículo 1 de la Directiva 89/48/CE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (26) y que define a la “*profesión regulada*” como “la actividad o conjunto de actividades profesionales reguladas que constituyen esta profesión en un Estado miembro”³⁸⁷ o de la letra f) del artículo 1 de la Directiva 92/51/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales que completa la Directiva 89/48/CE.

La Directiva 92/51/CE en el citado artículo 1.f define “*actividad profesional regulada*” como “una actividad profesional cuyo acceso o ejercicio, o una de sus modalidades de ejercicio en un Estado miembro, esté sometido directa o indirectamente, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de una titulación de formación de un certificado de competencia. Constituye, en especial, una modalidad de ejercicio de una actividad profesional regulada”.³⁸⁸

En cuanto al término “*ámbito coordinado*” éste se refiere a “los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a los servicios

³⁸⁶ *Ibidem*, Artículo 2.e y 2.f, p. 12 de 23.

³⁸⁷ Directiva 89/48/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga> , Artículo 1.C, p.4 de 11, 31/05/02, 4:06 PM.

³⁸⁸ Directiva 92/51/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE, <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga> , 31/05/02, 4:24 PM.

de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos”.³⁸⁹

La Directiva que nos ocupa en este apartado, la 2000/31/CE, señala en su artículo 3.1, relativo a Mercado interior, lo siguiente: “Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que forma parte del ámbito coordinado”. En este sentido, el propio artículo 3 del ordenamiento jurídico en comento prescribe que ningún Estado miembro podrá restringir a otro Estado miembro la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información, salvo, ciertas excepciones en donde los motivos tengan relación con el orden, la seguridad, los derechos y la dignidad de las personas, entre otros.³⁹⁰

La disposición antes citada, considera importante salvaguardar el derecho nacional ante algunas disposiciones provenientes del extranjero que sean contrarias al mismo y que sean aplicables por medio de un prestador de servicios establecido en su territorio. La Directiva regula diversas situaciones respecto a los prestadores de servicios, así como a los regímenes de establecimiento e información. Contempla también aspectos relevantes en relación con la comunicación comercial que en un apartado posterior se hará referencia, así como a la contratación electrónica, tema a tratar también posteriormente. Asimismo, regula lo relacionado con la forma de hacer los pedidos, los códigos de conducta, la responsabilidad en que incurren los prestadores de servicios y los intermediarios, sobre el alojamiento de datos, las soluciones extrajudiciales de los litigios y sobre los recursos judiciales, entre otras cuestiones de interés.

³⁸⁹Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 8 de junio de 2000, Artículo 2.h, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html, p. 12 de 23, 12 de abril de 2002, 6:23 PM.

³⁹⁰Op. Cit., Artículo 3.

Entre los aspectos relevantes de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), destaca su Capítulo II relativo a Principios, en cuyo artículo 4, sobre el Principio de no autorización previa se indica que en los Estados miembros para ser un prestador de servicios no se requiere autorización previa u otro requisito equivalente, esto mismo no va en perjuicio de los regímenes de autorización que no tengan como prioridad los servicios de la sociedad de la información y de los regímenes cubiertos por la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.³⁹¹

La libertad de que gozan los prestadores de servicios para ejercer este derecho se sustenta principalmente en el artículo 49 y siguientes del Tratado de la Comunidad Europea y en la propia Directiva 2000/31/CE pues regulan la prestación de servicios entre Estados miembros por Internet y afecta a todo tipo de servicios, tanto aquellos que se prestan físicamente o de manera presencial como los prestados por Internet o de cualquier otra forma telemática. Aunque la libertad de los prestadores de servicios está limitada a razones de orden público o de interés general, también lo está al cumplimiento previo de la legislación del Estado en donde se encuentre ubicada la compañía y se presten habitualmente los servicios, es decir, en donde se lleven a cabo la gestión y la dirección de la actividad, no en donde se encuentre la tecnología que mantiene el sitio.³⁹²

La Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, señala en su considerando 7 que una de las formas para facilitar la prestación de servicios de

³⁹¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 8 de junio de 2000. Artículo 4, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html, p. 12 de 23, 12 de abril de 2002, 6:23 PM.

³⁹² ¿Puedo utilizar comunicaciones electrónicas para mis obligaciones societarias y fiscales?, Legal Link, Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnología (Telecommunications and Technology Law), 7 de mayo de 2004, http://www.legallink.es/36comun_electron_societarias.htm, 14/04/2005, 11:23 a.m.

telecomunicaciones en la Comunidad Europea es el dar preferencia a regímenes de acceso al mercado que no exijan autorizaciones o que estén basados en autorizaciones generales, sin embargo, aclara este mismo ordenamiento en su considerando 9 “que los Estados miembros pueden imponer condiciones en las autorizaciones con el fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos esenciales”, así, confirma y correlaciona el contenido antes citado de la anterior disposición, la Directiva 2000/31/CE.³⁹³

Por otra parte, sobre la información general exigida contemplada en el artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE, indica que independientemente de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán que el prestador de servicios permita tanto a los destinatarios del servicio como a las autoridades competentes acceder con facilidad, directa y permanentemente a datos como: el nombre del prestador de servicios y la dirección geográfica en donde se encuentre establecido, las señas que permitan localizar al prestador de servicios en donde se incluya su dirección de correo electrónico. También deberán tenerse los datos relativos al registro mercantil u otro registro público del prestador de servicios, así como aquellos de la autoridad de supervisión si la actividad está sujeta a régimen de autorización.³⁹⁴

En otro apartado del mismo artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE se indica que si se trata de profesiones reguladas y el prestador de servicios pertenece a un colegio profesional o institución similar deberá de conocerse los datos de éstos, en cuanto a su título profesional deberá conocerse el Estado miembro que lo expidió y las normas profesionales aplicables dentro del mismo. Para el caso de que el prestador de servicios ejerza una actividad gravada por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), se deberá conocer su número de identificación referido en la Directiva 77/388/CEE del Consejo de

³⁹³ Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Parte introductoria, Considerando número 7 y Considerando número 9. http://www.derecho.com/xml/disposiciones/mcyt/disposicion.xml?id_disposicion=42486&desde=mcyt , 08 de abril de 2005, 13:10 PM.

³⁹⁴ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 8 de junio de 2000, Artículo 5, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000. <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/comunita/L178.pdf> , 08 de abril de 2005, 10:20 AM.

17 de mayo de 1977, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L-145 de 13 de junio de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme. Esta misma disposición termina al señalar que cuando se trate de precios en los servicios de la sociedad de la información éstos se indiquen claramente y sin ambigüedades y se constate si están incluidos los impuestos y los gastos de envío.³⁹⁵

Un asunto importante considerado en la Directiva en comento es aquella sobre las Comunicaciones comerciales, un tema que compete a todo tipo de usuarios de la sociedad de la información y que para el caso de la información exigida a los Estados miembros se les exige que garanticen que toda comunicación comercial que forme parte o constituya un servicio de la sociedad de la información cumpla con ciertas condiciones que van desde que sean claramente identificables como tales y se identifique también a la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan tales comunicaciones comerciales, asimismo, se exige que las ofertas promocionales, donde se incluyen descuentos, premios y regalos y que estén permitidos en el estado miembro de establecimiento del prestador de servicios deberán ser identificables como tales y serán de fácil acceso y con una presentación clara e inequívoca de las condiciones que deban cumplirse, esto se hace extensivo a los concursos o juegos promocionales que estén permitidos en un Estado miembro.³⁹⁶

Uno de los problemas que con mayor frecuencia reportan los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, específicamente de quienes emplean el correo electrónico, es aquella relativa a la comunicación comercial no solicitada por lo cual de acuerdo con el Derecho comunitario, los Estados miembros que permitan este tipo de comunicación deberán garantizar la identificación del prestador de servicios al momento

³⁹⁵ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 5.

³⁹⁶ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 6.

de la recepción de la información de que se trate. En este mismo sentido y sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la Directiva 97/7/CE de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, publicada en el BOE núm. 144, de 4 de junio de 1997 y en la Directiva 97/66/CE de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, publicada en el DOCE L24 de 30 de enero de 1998, se deberá garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten las listas de ocultación voluntaria (“*opt-out*”) en donde pueden inscribirse las personas físicas que no desean recibirlas.³⁹⁷

Respecto a lo que se conoce como profesiones reguladas, en la Directiva sobre comercio electrónico se permite que las comunicaciones comerciales como parte de los servicios de la sociedad de la información sean proporcionados por un miembro de una profesión regulada en tanto se cumplan las normas profesionales relativas, sobre todo en lo que respecta a la independencia, dignidad y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas. Los Estados miembros y la Comisión de la Unión Europea fomentarán que los colegios profesionales establezcan códigos de conducta comunitarios para determinar los tipos de información manejables en la comunicación comercial conforme a la regla de que el prestador de servicios sea identificable.³⁹⁸

³⁹⁷ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 7.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, de fecha 20 de mayo de 1997, Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 144 de 4 de junio de 1997. http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/dist_sell/dist01_es.pdf, 11 de abril de 2005, 10:15 AM.

Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, de fecha 15 de diciembre de 1997, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) L24 de 30 de enero de 1998. <http://www.audea.com/upload/Directiva9766CE.pdf>, 11 de abril de 2005, 10:20 AM.

³⁹⁸ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 8.

Un importante tema contenido en la Directiva 2000/31/CE muy estudiado y analizado por concedores e interesados en el comercio electrónico es el relativo a los contratos celebrados por vía electrónica. Por ser la contratación electrónica uno de los puntos a tratar con mayor detalle en un posterior apartado de este trabajo, solamente se hará aquí su referencia en el contexto de la Directiva en comento.

El contrato electrónico, tal como el contrato tradicional, es una de las principales fuentes de las obligaciones, sin embargo, por tener características particulares la propia Directiva señala que los Estados miembros garantizarán que sus legislaciones permitan este tipo de contratación y que su régimen jurídico aplicable no entorpezca su utilidad ni tampoco le quite los efectos y la validez que puedan provocar. Para este caso, no todos los contratos pueden ser considerados ya que la propia Directiva en su artículo 9 excluye algunos de ellos, tales como los contratos inmobiliarios, excepto los de arrendamiento y aquellos contratos que requieran de la intervención de tribunales, autoridades públicas o profesionales que ejerzan funciones públicas.³⁹⁹ Otros contratos exceptuados de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE son los de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión, asimismo, quedan excluidos los contratos en materia de familia o de sucesiones.

Como parte de los derechos de los consumidores la Directiva de comercio electrónico en comento regula que éstos tengan derecho a cierta información por parte de los prestadores de servicios, por lo cual éstos deberán de facilitar todos aquellos datos necesarios para la celebración del contrato y si éste va a ser accesible, registrado o no. También deberá de preverse la corrección de errores al momento de introducir los datos en el sistema electrónico y el idioma en que habrá de redactarse. Otros aspectos a considerar son la consulta de códigos de conducta y las condiciones generales de los contratos que habrán de estar disponibles para almacenarlas y reproducirlas.⁴⁰⁰

³⁹⁹Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 8 de junio de 2000, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 9.

⁴⁰⁰Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 8 de junio de 2000, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L178 de 17 de julio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 10.

Sobre la realización de un pedido, el artículo 11 de la Directiva prescribe sobre las garantías que deben proporcionar los Estados miembros a los consumidores, exceptuando los casos cuando las partes no sean consumidores y así lo acuerden, los casos en que un destinatario de un servicio realice su pedido por vía electrónica, así el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica, asimismo, señala que el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido, excepto si esto lo acuerdan las partes que no son consumidores.⁴⁰¹

En cuanto a la responsabilidad en que incurren los prestadores de servicios intermediarios, el artículo 12 de la Directiva indica que los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios no haya originado él mismo la transmisión y no haya relacionado al destinatario de la transmisión y no seleccione ni modifique los datos transmitidos.⁴⁰²

Cuando se transmitan por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, no se considerará al prestador del servicio como responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de la información, hecha con el fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior de dicha información a otros destinatarios del servicio y a petición de éstos, a condición de que el prestador de servicios no modifique la información, cumpla con las condiciones de acceso a la información y no interfiera en el uso de tecnología reconocida y utilizada en el sector, entre otras cuestiones que inciden más que nada en la buena actuación del prestador de servicios en cuanto a mantener o

⁴⁰¹ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 11.

⁴⁰² *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 12.

retirar la información cuando el destinatario del servicio o una autoridad competente lo requiera.⁴⁰³

El alojamiento de datos es un aspecto importante a considerar dentro de la regulación de la Directiva en comento. Sobre este punto, el artículo 14 menciona que los Estados miembros garantizarán el almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio, por lo cual el prestador de servicios será responsable de dicho alojamiento a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y en lo referente a una acción por daños y perjuicios no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por lo que la actividad o la información revele su carácter ilícito (1), o que en cuanto tenga conocimiento de lo anterior, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (2). Lo primero no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.⁴⁰⁴

Los prestadores de servicios intermediarios, de acuerdo con la Directiva 2000/31/CE, no son responsables de la información que transite por sus servidores, pero si estarían obligados a retirarla si se comprobara que ésta es ilícita, en este caso y en otros más en donde aún la propia comunicación no sea ilícita, es decir, cualquier tipo de información legal, tanto el prestador de servicios como el destinatario del mismo gozan del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y por lo tanto de la exoneración de responsabilidad cuando exista la distribución de contenidos tanto lícitos como ilícitos, pero con las excepciones o salvedades que los mismos artículos 12, 13, 14 y 15 de la Directiva contemplan.

⁴⁰³ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 13 relativo a Memoria tampón (Caching).

⁴⁰⁴ Este apartado de la Directiva 2000/31/CE considera uno de los puntos más vulnerables dentro de la transmisión de datos por vía electrónica, en cuanto al uso indebido de los medios para el envío de información ilícita. En esta circunstancia la responsabilidad del prestador de servicios puede ser evidente a no ser que existan las salvedades que el propio artículo 14 de la Directiva señala. En este mismo sentido, la intervención de un tribunal o de una autoridad administrativa puede ser determinante para retirar los datos o información ilícita o bien impedir el acceso a ellos. Aunque el artículo 15 señala la inexistencia de obligación general de supervisión de datos o información transmitida o almacenada, por parte del prestador del servicio, al menos si menciona sobre la obligación que tiene éste de reportar a las autoridades públicas competentes sobre los presuntos datos o actividades ilícitas hechas por los destinatarios del servicio.

En relación a los Códigos de conducta establecidos en la Directiva, es evidente que son producto del compromiso de los Estados miembros y de la Comisión para fomentar la aplicación y cumplimiento de esta misma norma y de facilitar al acceso y conocimiento de estos Códigos por vía electrónica en las lenguas comunitarias, asimismo, a través de ellos promover la protección de los menores y de la dignidad humana.⁴⁰⁵

Respecto a la solución extrajudicial de litigios, el artículo 17.1 de la Directiva 2000/31/CE prescribe lo siguiente: “Los estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas”.⁴⁰⁶

En el punto 2 del propio artículo 17 de la Directiva, se indica que los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, sobre todo aquellos relativos a productos de consumo, para que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas. Por último, el punto 3 del mismo artículo, al dirigirse a los Estados miembros señala que éstos incitarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen respecto a los servicios de la sociedad de la información y a que transmitan los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico. Respecto a los Recursos judiciales, señala el artículo 18 de la Directiva que los Estados miembros cuidarán que los recursos judiciales existentes en las legislaciones nacionales en relación a los servicios de la sociedad de la información permitan adoptar medidas, incluso provisionales, para poner término a cualquier presunta infracción y evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados. En esta misma disposición de la Directiva se indica que en el anexo

⁴⁰⁵ Códigos de conducta, *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 16.

⁴⁰⁶ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, Artículo 17.1, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html, p. 19 de 23, 12/04/02, 6:23 PM.

de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, se colocará en su anexo la referencia a la Directiva 2000/31/CE para los efectos procedentes.⁴⁰⁷

El grado y el nivel de cooperación entre los Estados miembros queda evidenciado en la mayor parte del articulado que constituye la Directiva de Comercio Electrónico. El punto relativo a la cooperación es parte de los acuerdos que los Estados concretaron entre sí para la efectiva aplicación de este importante documento y para coordinar sus políticas y tener mecanismos de información que permitan conocer entre sí las decisiones administrativas y resoluciones judiciales relevantes que se adopten en sus territorios sobre asuntos concernientes a los servicios de la sociedad de la información. Asimismo, como parte de tal cooperación los Estados en conjunto determinan las sanciones susceptibles de aplicación a las diversas infracciones a las normas nacionales adoptadas en aplicación a esta Directiva.⁴⁰⁸

La Directiva 2000/31/CE contiene importantes aspectos que no se han analizado y explicado con mayor detenimiento en este trabajo, pues la idea es más que nada dejar en claro y a grandes rasgos los puntos fundamentales que contiene este importante documento jurídico, mismo que a su vez está siendo incorporado a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como es el caso de la trasposición de esta Directiva a la legislación española a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Ley 34/2002, de 11 de julio; Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 166, de 12 de julio de 2002, en cuyo tiempo de vigencia ha tenido ciertas reformas y adiciones para acoplar sus disposiciones a la cambiante realidad de la sociedad de la información.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, *Op. Cit.* Artículo 18. *Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, <http://www.derecho-internet.org/node/66>, 13/04/05, 12:10 PM.

⁴⁰⁸ *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, *Op. Cit.* Artículos 19 y 20.

⁴⁰⁹ Para conocer a detalle uno u otro documento legal, tanto la Directiva 2000/31/CE como la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002) favor de remitirse a ellos a través de las siguientes

III. Normas jurídicas en España

La regulación jurídica en España sobre los aspectos relacionados con Internet y el Comercio Electrónico ha sido prolífica desde el auge cobrado por tales medios de comunicación en este país. A diferencia de otras naciones que también experimentaron la revolución tecnológica con el auge y desarrollo de los sistemas de comunicación electrónicos, pero que no han dictado leyes suficientes que regulen todos y cada uno de los temas derivados de tales medios, como es el caso de México. España sí ha modificado, creado y adecuado normas para regular tales asuntos. Las disposiciones legales españolas son numerosas y de variada índole, de hecho algunas de ellas han sido transplantadas a su legislación nacional de las Directivas dictadas por la Unión Europea, por lo cual una de las ventajas que tiene el pertenecer a esta comunidad es precisamente el poder retomar las leyes comunitarias para adaptarlas y adecuarlas a las legislaciones locales pero con las propias características y necesidades del país de que se trate.

Una de las principales normas españolas relativas al tema que ocupa en este trabajo, está representada por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), Ley de Internet como se le conoce, y aún cuando su entrada en vigor data del 12 de julio de 2002, fecha reciente si se considera que con antelación se han estado vigentes otras normas asociadas al tema en comento. La implementación de la LSSI ya era esperada desde tiempo atrás, pero por ser en parte derivada de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, conocida como Directiva sobre el comercio electrónico.⁴¹⁰

direcciones de Internet: *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, de fecha 8 de junio de 2000, http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Ley 34/2002, de 11 de julio; Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 166, de 12 de julio de 2002, <http://www.boe.es/boe/dias/2002-07-12/pdfs/A25388-25403.pdf>

⁴¹⁰ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2002, p. 7.

Por ser la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), una de las principales normas reguladoras del tema sobre Comercio Electrónico, tendrá una atención especial a lo largo de este apartado, sin embargo, será menester hacer mención de otras leyes no menos importantes que la LSSI y que han estado vigentes en España mucho antes de la promulgación de esta última y regulando una serie de temas relacionados con el uso de los medios de comunicación electrónicos. La mención de estas normas quizá no vaya más allá de lo que regulan en esencia, pues a lo largo de este trabajo habrá otros apartados que harán referencia a estas mismas leyes pero enfocadas en los temas y en las características más peculiares que regulan.

Una de las normas que promulgadas en España para regular un aspecto importante dentro del uso de los medios de comunicación electrónicos es la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) No. 262 de fecha 31 de octubre de 1992. Esta ley justificaba en su exposición de motivos el artículo 18.4 de la Constitución española en cuanto a “limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos”.

Ante la facilidad con que las modernas tecnologías de comunicación transmiten todo tipo de información y la capacidad de almacenamiento de dicha información que brinda la informática es difícil delimitar las fronteras de la intimidad cuando bastan solamente unos segundos para acceder a través de una computadora a los datos privados almacenados de cualquier persona.⁴¹¹

La referencia a *tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* es amplia y diversa, pues comprende todos aquellos datos relativos a la vida de una persona, es decir, todo aquello que pueda identificarla en sus diferentes contextos,

⁴¹¹ Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), (BOE. 262 del 31 de octubre de 1992), Exposición de Motivos, <http://www.informatica-juridica.com/..lanexos\lanexon°87.htm> , p. 1 de 24, 2/05/2002, 12:33 PM.

familiares, sociales, culturales, académicos, económicos, ideológicos, políticos, laborales, entre otros más, y que una vez obtenidos por alguien que pueda acceder a ellos, sin el consentimiento expreso de su titular, tendrá un conocimiento ilícito y pleno de ciertas actitudes y comportamientos pertenecientes a la esfera privada de las personas. Esta información sobre la intimidad y el honor de las personas pueden ser utilizados en detrimento de las mismas al valorar de manera favorable o desfavorable sus perfiles y con ello traer consecuencias negativas para diferentes efectos, como lo sería el obtener un empleo o algún servicio específico.⁴¹²

La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), de fecha 29 de octubre de 1992, fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), publicada en el Boletín Oficial del Estado número 298 del martes 14 de diciembre de 1999, y su objetivo es "...garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar". Esta ley aplica a todo tipo de datos de carácter personal registrados en soportes físicos, susceptibles de tratamiento y uso por parte de los sectores público y privado. En líneas posteriores y en el apartado respectivo se habrá de hacer su análisis y comentarios respectivos.⁴¹³

Otra disposición legal relevante promulgada en España y que tiene especial relación con el tema de las tecnologías de información es el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 224, de 18 de noviembre de 1999, y que en un principio se acordó su tramitación como proyecto de ley con la idea de someterlo posteriormente a una consulta pública y a un debate parlamentario para su perfeccionamiento. Este Real Decreto-Ley en

⁴¹² Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), (BOE número 262 de 31 de octubre de 1992), Exposición de Motivos, *Op. Cit.*, p. 1 de 24.

⁴¹³ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, conocida como LOPD, (BOE número 298 de 14 de diciembre de 1999), <http://www.informatica-juridica.com/./anexos/anexon°22.htm>, p. 1 de 24, 17/06/2002, 12:44 PM.

su artículo 2 define la *firma electrónica* como “el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que las recoge”.⁴¹⁴

El Real Decreto-Ley sobre Firma Electrónica (RDLFE) se basó en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) L13/12 de 19 de enero de 2000)⁴¹⁵. Ambos documentos normativos tienen fechas de promulgación desfasadas pues el Real Decreto-Ley español se adoptó previamente a la publicación de la Directiva europea, cuando regularmente se hace a la inversa, es decir, se publica primero la Directiva y después se traspone ésta en la Ley nacional, sin embargo, así como lo hizo España lo hicieron otros países de Europa al promulgar sus propias leyes sobre firma electrónica antes que se acreditara la Directiva. Aunque para el caso de España, la condición del Real Decreto-Ley como proyecto de ley le permitió su posterior perfeccionamiento que culminó en 2003 con la promulgación de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, publicada en el BOE número 304 de fecha 20 de diciembre de 2003.⁴¹⁶

En la exposición de motivos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, se indica que esta norma se promulga “para reforzar el marco jurídico existente incorporando a su texto algunas novedades respecto del Real Decreto-ley 14/1999 que contribuirán a dinamizar el mercado de la prestación de servicios de certificación”.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (Boletín Oficial del Estado número 224, de 18 de septiembre de 1999), <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°21.htm> , 26/06/02 12:10 PM.

⁴¹⁵ Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13/12 de 19 de enero de 2000). <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°41.htm>

⁴¹⁶ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE número 304, de 20 de diciembre de 2003), <http://www.juridicas.com> , 30/03/2005, 09:54 a.m.

⁴¹⁷ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE número 304, de 20 de diciembre de 2003), Exposición de Motivos, <http://www.juridicas.com> , 30/03/2005, 09:54 a.m.

La propia exposición de motivos de la referida Ley 59/2003 señala que una de las novedades que aporta en relación al Real Decreto-ley “es la denominación como firma electrónica reconocida de la firma electrónica que se equipara funcionalmente a la firma manuscrita”. Con esto se crea un nuevo concepto que no implica la modificación de los requisitos sustantivos exigidos tanto por la Directiva 1999/93/CE, como por el Real Decreto-Ley 14/1999. Así, indica la misma exposición que con la firma electrónica avanzada no basta para la equiparación con la firma manuscrita, en virtud de que se requiere que la firma electrónica avanzada debe estar basada en un certificado reconocido y se haya creado por un dispositivo seguro de creación.⁴¹⁸

En España, la firma electrónica se encuentra regulada en las normas legales antes mencionadas, sin embargo, no será en este espacio donde se describan y analicen sus alcances y demás características, sino que esto se hará en el capítulo respectivo que se encuentra al final de este trabajo. Aquí solamente se hace referencia a las principales leyes españolas que se encuentran en el contexto de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico.

Una disposición jurídica española que merece ser comentada en este apartado es la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 25 de abril de 1998, la cual surgió debido a que el sector de las telecomunicaciones se transformó con la publicación en 1987 del *“Libro Verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones”* en el que se proponía una ruptura parcial de los servicios de telecomunicaciones, considerados hasta ese momento como un monopolio y donde los servicios telefónicos y de red se ofrecían asociados. Esta separación permitió en un primer momento distinguir entre redes y servicios básicos y otras redes para ofrecerlos posteriormente en régimen de libre concurrencia, conforme a los principios y criterios establecidos por el libro verde para la

⁴¹⁸ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE número 304, de 20 de diciembre de 2003), Exposición de Motivos, *Op. Cit.*

sucesiva liberación de los servicios de telecomunicaciones en los países de la Unión Europea.⁴¹⁹

La Ley General de Telecomunicaciones de 1998 incorporó en su texto algunas disposiciones comunitarias, por decir, retomó ciertos aspectos de la Directiva 90/387/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, sobre el establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones a través de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones; otros aspectos los retomó de la Directiva 97/51/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modificaron la anterior Directiva 90/387/CEE y la Directiva 92/44/CEE, del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas alquiladas; tomó ciertas disposiciones de la Directiva 95/62/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal, cuya modificación prevé la propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación de una red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal en las telecomunicaciones en un entorno competitivo.⁴²⁰

Otros criterios de las Directivas de la Unión europea que la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones incorporó, son de la Directiva 96/19/CE, de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modificó la Directiva 90/388/CEE respecto a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones; de la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y de licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. De la Directiva 97/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las redes de telecomunicaciones, para garantizar el servicio universal y la interoperabilidad, mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP).

⁴¹⁹ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, <http://www.informatica-juridica.com/..lanexoslanexon°278.htm> , 31/05/2002, 3:37 PM.

⁴²⁰ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, *Op. Cit.*

Otra documento comunitario del cual se tomaron algunos de sus criterios fue la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad. De todas y cada una de las disposiciones legales comunitarias antes citadas se han realizado transposiciones a la legislación española para crear leyes reguladoras de los aspectos que cada una de ella tratan.⁴²¹

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones tenía por objeto regular las telecomunicaciones conforme a la competencia exclusiva que le corresponde al Estado, conforme al artículo 149.1.21 de la Constitución, excluyéndose del ámbito de esta Ley el régimen básico de radio y televisión de acuerdo a las normas vigentes dictadas al amparo del artículo 149.1.27 de la misma Constitución, aunque la infraestructura empleada como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, si estarán reguladas por la Ley en comento.⁴²²

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, fue derogada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 264, de fecha 4 de noviembre de 2003, corrección de errores en el BOE número 68, de 19 de marzo de 2004, en cuya exposición de motivos se mencionan sus logros al haber instaurado "...un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, abriendo el sector a la libre competencia entre operadores". La eficacia demostrada por la Ley 11/1998 permitió, según la propia exposición de motivos de la nueva Ley 32/2003, que en España haya nacido una multiplicidad de operadores para los diversos servicios, lo cual se tradujo en una verdadera competencia para los sectores de las comunicaciones y por lo tanto un mayor número de opciones para los usuarios.⁴²³

⁴²¹ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, *Ibidem.*

⁴²² González Encinar, José Juan, et al, *Derecho de la Comunicación*, Ed. Ariel, Segunda Edición, Barcelona, 2001, p. 274.

⁴²³ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/L32-03.htm>, 28/03/2005, 04:46 p.m.

Los importantes logros obtenidos en los Estados miembros de la Unión Europea en cuanto a crear y consolidar un marco legal común y armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones propició la aprobación de nuevas normas reguladoras de las comunicaciones electrónicas. De esta manera surgieron una serie de nuevas Directivas que con sus disposiciones vendrían a complementar las normas ya existentes o bien a coadyuvar en la creación de nuevas leyes en los países miembros de la Unión, pero adaptadas y adecuadas a sus propias realidades jurídicas, políticas y económicas.

Las Directivas que surgieron dentro del contexto de las telecomunicaciones se trasponen en la nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuyo objeto es “la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21.a de la Constitución”.⁴²⁴ Esta Ley excluye de su ámbito el régimen aplicable a los contenidos de carácter audiovisual transmitidos por medio de redes, así como los medios señalados en el artículo 149.1.27 de la Constitución como competencia del Estado respecto a “Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.”⁴²⁵

Quedan también excluidos de la aplicación de la Ley 32/2003 “los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”⁴²⁶

⁴²⁴ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, Op. Cit.

⁴²⁵ Constitución española, Ed. Civitas, Tercera Edición, Madrid, 2003.

⁴²⁶ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, Op. Cit.

Una de dichas Directivas traspuestas a la Ley en cuestión fue la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Otra Directiva considerada en nueva Ley española de telecomunicaciones fue la 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; también se encuentra la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.⁴²⁷

Las demás Directivas relacionadas con las anteriormente descritas y que también fueron tomadas en cuenta en la nueva Ley son la 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Otras de las disposiciones consideradas en el contexto de referencia fue la Decisión No. 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea. En la propia exposición de motivos de la Ley 32/2003 se aclara que respecto a la Directiva 2002/58/CE se traspone solamente en la medida en que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.⁴²⁸

La mención a la Ley General de Telecomunicaciones es importante porque muestra los cambios que en esta materia se han tenido en un país como España, donde se tuvieron que separar los servicios de redes y de servicios básicos. Estos cambios se

⁴²⁷ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, *Op. Cit.*

⁴²⁸ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Exposición de Motivos, *Ibidem.*

han producido también en otros países que a su vez tuvieron que reformar sus normas para adecuarlas a las nuevas necesidades que la tecnología ha generado. Estas leyes norman en gran medida aspectos relativos a la comunicación electrónica, medio indispensable para poder tener los servicios de Internet y para poder hacer operaciones de comercio electrónico, entre otras modalidades que en lo particular tienen sus propias disposiciones jurídicas reguladoras.

Con el impresionante desarrollo tecnológico alcanzado en la última década del siglo XX y el todavía aún más impresionante desarrollo que está teniendo en este incipiente siglo XXI, la tarea de crear, modificar o adecuar normas reguladoras de las consecuencias que está generando se hace cada vez más cotidiana. En este sentido los cambios se hacen patentes en diferentes sectores de la sociedad, pero se ven mejor reflejados en los beneficios económicos que está generando a través del sector de las comunicaciones, en donde los vértices del llamado “triángulo de oro” son las causas de tales beneficios: las telecomunicaciones, los medios de comunicación social e Internet.⁴²⁹

En cuanto a lo que cada país ha tenido que hacer para regular el sistema de asignación de nombres de dominio de Internet, en el caso de España se expidió la orden de 21 de marzo de 2000 para tal efecto. Esta labor es importante para desarrollar ciertos sistemas de comunicación y la actividad de asignar los nombres de dominio de segundo nivel bajo el código de país .es la hace la Red Técnica Española de Televisión,, de acuerdo a la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones, de 10 de febrero de 2000 (Boletín Oficial del Estado número 58, de 6 de marzo).⁴³⁰

El título II de la Ley General de Telecomunicaciones sobre la interconexión y el acceso a las redes públicas y a la numeración tiene un Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, en cuyo artículo 27.13 establece que el Ministerio de

⁴²⁹ González Encinar, José Juan, et al, *Derecho de la Comunicación*, Op. Cit., p. 11.

⁴³⁰ Orden de 21 de marzo de 2000 por la que se regula el Sistema de Asignación de Nombres de Dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es). <http://comunidad.derecho.org/ejserra/dominios2.htm> , 31/05/2002, 5:03 PM.

Fomento regulará los sistemas para que se produzca la constancia de nombres y direcciones de los servicios de telecomunicaciones. Este precepto también hace hincapié en que la Secretaría General de Comunicaciones podrá dictar las resoluciones necesarias para desarrollar los Planes Nacionales de Numeración y tomar las decisiones sobre materia de numeración, nombres y direcciones que correspondan al Ministerio de Fomento.⁴³¹

En España, existen otras normas reguladoras de diversos aspectos relacionados con las telecomunicaciones, sin embargo, buena parte de la regulación jurídica de Internet llegó de cierta manera a una etapa de culminación con la promulgación de su actual Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), conocida popularmente como Ley de Internet, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 166, de 12 de julio de 2002. Esta Ley merece una mención y un tratamiento más amplio puesto que es uno de los ordenamientos legales básicos correspondiente al tema central de este trabajo.

El día 8 de febrero de 2002, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) misma que pasó al Ministerio de Ciencia y Tecnología para sus retoques, modificaciones y adiciones. El Consejo de Estado remitió al citado Ministerio el informe sobre dicho proyecto para su aprobación como ley o norma formal para regular un amplio sector de los denominados “*servicios de la sociedad de la información*”, lo cual culminó con esta ley vigente desde el 12 de julio de 2002.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), como lo señala en su Título I de Disposiciones Generales, Capítulo I, Artículo 1.1 sobre su Objeto, indica que la LSSI tiene como objeto “...la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan

⁴³¹ Orden de 21 de marzo de 2000 por la que se regula el Sistema de Asignación de Nombres de Dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es), *Op. Cit.*, p. 2 de 8.

como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.⁴³²

En el primer punto de la exposición de motivos de la LSSI, se indica que dicha Ley tiene como objeto la incorporación al Ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto a la citada Ley, la LSSI.⁴³³

La incorporación de la Directiva 2000/31/CE al ordenamiento jurídico español (a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información) es “decisiva en la configuración de la normativa interna de transposición”.⁴³⁴ Como resultado de este proceso dicha Directiva ha sido adoptada en un texto normativo único, pero que aún no corrige la dispersión normativa que sobre el tema de comercio electrónico y demás actividades en Internet existen. No obstante, representa un avance significativo para la regulación de ciertos temas relativos a la sociedad de la información a los que a continuación se hará referencia.

⁴³² Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2002, p. 13.

⁴³³ *Op. Cit.*, p. 7

⁴³⁴ De Miguel, Pedro, Directiva sobre comercio electrónico, determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas, en la *Revista de la Contratación Electrónica*. Ed. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales (EDICIP), Cádiz, 2001, p. 3.

Los preceptos establecidos en la LSSI acogen un amplio concepto de “servicios de la sociedad de la información” que incluye entre otras cosas aspectos relacionados con la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio, las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, entre otros puntos más. Los servicios proporcionados por los proveedores de acceso a Internet y los operadores de telecomunicaciones, están enfocados a la realización de diversas actividades entre las cuales se encuentran aquellas relacionadas con el comercio electrónico.

Los servicios de la sociedad de la información se conceptúan como aquellos servicios prestados normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Con ello se entiende que existen cuatro aspectos importantes a considerar como lo es el que los servicios de la sociedad de la información pueden ser onerosos o gratuitos; son servicios a distancia realizados a través de un medio electrónico; se requiere del almacenamiento de datos en un equipo electrónico como condición necesaria y por último, los sujetos que intervienen son como mínimo un “prestador de servicios” y un “destinatario de un servicio”.⁴³⁵

El ámbito de aplicación de la citada LSSI es para los prestadores de servicios establecidos en España y a los servicios prestados por ellos (Art. 2), así, se entiende como *prestador de servicios* establecidos en España aquel cuya residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de negocios. Respecto a los prestadores de servicios que no sean residentes o no estén domiciliados en España, se aplicará la ley si los servicios de la sociedad de la información que presten los hagan a través de un establecimiento permanente situado en España.

⁴³⁵ Moreno Navarrete, M. Ángel, *DERECHO-e Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona 2002, p. 24.

Es evidente, que para efectos de esta ley, el prestador de servicios opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español en el cual disponga de manera continua y habitual y en cuyas instalaciones o lugares de trabajo realice toda o parte de su actividad. Se presume también que el prestador de servicios está establecido en España cuando él o alguna de sus sucursales se encuentran inscritos en un Registro Mercantil español (Art. 2.3). Esta misma fracción indica que el utilizar medios tecnológicos ubicados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá de criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento del prestador en España.

En tales circunstancias el prestador de servicios se podrá considerar como establecido o no establecido. Pero, respecto a la parte final de esta última disposición es importante destacarla porque no siempre el lugar donde se tienen los accesos tecnológicos para la realización de un servicio se deben considerar como establecimientos permanentes. En este caso, el lugar de establecimiento del prestador de servicios será un elemento esencial a considerar porque de él dependerá el ámbito de aplicación normativo. Con un establecimiento fijo se deduce la actividad económica que se desarrolla ahí por un tiempo determinado o indefinido y para situaciones relacionadas con las telecomunicaciones eso es lo importante y no donde se encuentre la tecnología que posibilita tal actividad.⁴³⁶

La LSSI contiene otras regulaciones que en este breve espacio no podrían ser analizadas en su totalidad, sin embargo, es destacable que la misma contiene artículos que norman a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pero cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten materias tales como los derechos de propiedad intelectual o industrial, la emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva, las obligaciones creadas por contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores, asimismo, en el régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato y en la licitud de las comunicaciones

⁴³⁶ Moreno Navarrete, M. Ángel, *DERECHO-e Derecho del Comercio Electrónico*, Op. Cit., p. 26.

comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.⁴³⁷

El mismo artículo 3, señala que las consecuencias de derecho de todo acto jurídico tales como la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España se sujetarán a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español (Art. 3.2). Respecto a los prestadores de servicios aludidos en el apartado 1 de este mismo artículo, quedarán igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico español que regulen las materias señaladas en dicho apartado (Art. 3.3), sin embargo, no será aplicable lo dispuesto en las fracciones anteriores, a los supuestos donde conforme a las normas reguladoras de las materias reguladoras del apartado 1, no fuera de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio.⁴³⁸

Respecto a los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el artículo 4 de la LSSI indica que les serán aplicadas las disposiciones establecidas en los artículos 7.2 y 8 que regulan el Principio de libre prestación de servicios donde se atenderá a los acuerdos internacionales que resulten de su aplicación.⁴³⁹

Por su parte, en relación a las restricciones a la prestación de servicios, el artículo 8 de la ley en comento previene con una serie de fracciones los casos en que los servicios de la sociedad de la información atenten o puedan atentar contra ciertos principios tales como la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional (Art. 8.a). Otros principios son aquellos relativos a la

⁴³⁷ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 3.1.

⁴³⁸ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 3.4.

⁴³⁹ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 7.2.

protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios y que incluso cuando actúen como inversores (Art. 8.b).⁴⁴⁰

Existen en este mismo artículo otros principios importantes dignos de destacar porque indican como prioridades en estos supuestos, el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal y social (Art. 8.c) y también la protección de la juventud y de la infancia (Art. 8.d).

Las demás restricciones a la prestación de servicios se refieren al impedimento de acceso desde España al prestador de servicios establecido en otro Estado para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción (Art. 8.2). Si el prestador de servicios es miembro de algún Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo diferente de España, el procedimiento será distinto en cuanto a que el órgano competente requerirá al Estado miembro donde se encuentre establecido el prestador de servicios afectado para que adopte las medidas necesarias. Si se opone a cumplir dichas medidas, se notificará a la Comisión Europea o en su caso el Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro para los efectos legales procedentes (Art. 8.4).⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículos 8.a y 8.b.

⁴⁴¹ Los artículos 7 y 8 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002, son enfáticos al plantear el primero de ellos el Principio de la libre prestación de servicios al no restringir ese derecho a ciudadano alguno que quiera establecerse en algún Estado miembro de la Unión Europea. No obstante, la libertad que se pueda tener en el establecimiento de la prestación de servicios, ésta quedará restringida si atenta contra algunos de los principios establecidos en el artículo 8 de la propia LSSI que enlista una serie de supuestos en contra de los cuales se puede infringir la Ley.

Uno de los importantes principios enumerados son aquellos relacionados con la protección de la salud pública para aquellas personas que actúen como consumidores, usuarios o inversores, recordemos que el auge de los productos "milagro" ofrecidos por la Red han creado una serie de negocios que muchas de las veces es difícil identificarlos. Los otros supuestos relativos a la salvaguarda de la seguridad pública y de la defensa nacional aluden a un problema actual que aqueja a muchos de los países del orbe y que tienen que ver con el denominado "terrorismo".

Otro de los principios que el artículo 8 señala y que son de por sí importantes es el relativo al respeto a la dignidad de las personas y a la no discriminación por diversos motivos. Este principio por demás garantizado en los propios Tratados de la Unión Europea, no deja de ser medular para cualquier otro documento legal.

Una vez explicadas las disposiciones establecidas en el artículo 4 de la LSSI y su referente con los artículos 7.2 y 8 de la propia ley, es importante indicar lo que el artículo 5 de la misma norma regula en cuanto a que excluye de su ámbito de aplicación los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus funciones, así como también los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio. Sin embargo, las disposiciones de esta Ley son aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativos a juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico, sin perjuicio de lo establecido en su legislación específica estatal o autonómica.

El Título II, sobre Prestación de servicios de la sociedad de la información, en su Capítulo I, relativo al Principio de libre prestación de servicios, señala en su artículo 6 sobre la No sujeción a autorización previa que “La prestación de servicios de la sociedad de información no estará sujeta a autorización previa. Esta norma no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios”.⁴⁴²

Esta disposición se complementa con el artículo 7 que señala el Principio de libre prestación de servicios para aquellos prestadores de servicios que se encuentren establecidos en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, a los cuales no se les sujeta a restricción alguna por cuestiones derivadas del ámbito normativo coordinado. La aplicación de este principio se atiende conforme a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación.

Asimismo, el artículo 8 restringe la prestación de servicios cuando éstos atenten contra la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la

⁴⁴² Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2002, p. 16.

condición de consumidores o usuarios, el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra circunstancia personal o social, así como la protección de la juventud y de la infancia.

En otro apartado, la LSSI obliga a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España a comunicar al Registro Mercantil en que estén inscritos o a cualquier otro registro público donde lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a solamente los efectos de publicidad, al menos, un nombre de dominio o dirección de Internet que utilicen para su identificación en Internet, así como todo acto de sustitución o cancelación de los mismos (Art. 9.1), asimismo, los obliga a proporcionar la información general a los destinatarios del servicio quienes la tendrán al momento de acceder por medios electrónicos, la cual será de manera permanente, fácil, directa y gratuita. Dicha información comprenderá su nombre o denominación social, residencia o domicilio, datos de inscripción en el Registro, número de identificación fiscal, precios de los productos o servicios, códigos de conducta, entre otros (Art. 10).⁴⁴³

Para quienes presten servicios de intermediación, el artículo 11 impone un deber de colaboración, para quienes brindan acceso a Internet, transmisión de datos por redes, alojamiento de páginas de terceros, entre otros servicios, por el cual la autoridad competente podrá ordenar la suspensión o bien que se retiren determinados contenidos ilícitos; esta acción se realizará con el fin de proteger los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión y de la información, cuando alguno de ellos resulten afectados.

Existe un deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas, conforme al artículo 12 de la LSSI, para los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos, quienes

⁴⁴³ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículos 9 y 10.

deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un periodo máximo de doce meses.

Los datos que deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán solamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. En cuanto a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, éstos deberán retener solamente los imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio. La propia Ley enfatiza que en ningún caso la obligación de retención de datos afectará el secreto de las telecomunicaciones ni serán utilizados para fines distintos a los que marque la ley, asimismo indica que se adoptarán las medidas necesarias para evitar su pérdida, alteración o el acceso no autorizado a los mismos.

Sobre el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, la LSSI en su artículo 13.1 prescribe que serán sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.⁴⁴⁴ Existen otros supuestos en el artículo 14 de la LSSI que generan responsabilidad para los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten el servicio como intermediarios si ellos mismos originan la transmisión, modifican o seleccionan los datos o bien a los destinatarios de éstos.

Por su parte, el artículo 15 del ordenamiento en comento indica la responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, con excepción de que lo hagan con el fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten y los almacenen en sus sistemas

⁴⁴⁴ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 13.

de forma automática, provisional y temporal y siempre y cuando no modifiquen la información, se permita el acceso a los destinatarios por el destinatario cuya información se solicita, respeten las normas, no interfieran en la licitud del uso de tecnología y retiren la información almacenada o prohíban su acceso por orden de un tribunal u órgano competente. Sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, señala el artículo 16 que éstos no serán responsables si no tienen conocimiento de que la actividad o la información almacenada es ilícita o lesiona los bienes o derechos de un tercero que sean susceptibles de indemnización, o si tienen tal conocimiento actúen con diligencia para retirar los datos o hacen imposible el acceso a ellos.

Por último, el artículo 17 que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, éstos serán responsables cuando “no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente”.⁴⁴⁵

Las referencias y comentarios que se hacen a la LSSI comprenderán a la totalidad de sus artículos. Quizá algunos de ellos corresponden directamente a otros apartados de este trabajo, sin embargo, para no dejar trunco su análisis en este capítulo, de ser necesario otro comentario o referencia de ciertos artículos en otros párrafos, se harán con el único propósito de aclarar, enfatizar y no dejar alguna idea incompleta.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 17.

⁴⁴⁶ La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), es un instrumento legal importante tanto para el país donde tiene su jurisdicción, en este caso España, como para aquellos otros países miembros de la Unión Europea que han expedido normas similares con base en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 y que por cuestiones geográficas y políticas tienen patrones jurídicos comunes como la citada Directiva. Esta Ley también podría servir de modelo o referente obligado para otros países, como es el caso de México, que se encuentra en la búsqueda de normas capaces de regular esta importante materia, como lo son los servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

El Capítulo III, sobre los Códigos de Conducta en la LSSI, indica en su artículo 18 que las Administraciones públicas apoyarán la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, tanto en el ámbito comunitario como internacional, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley.

Un importante apartado de la LSSI lo representa el Título III sobre Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Este un tema que compete a la mayoría de los usuarios de la Red porque no siempre se tiene que hacer una transacción por un medio electrónico para ser blanco de diversas campañas publicitarias que tienen como objetivo llevar información publicitaria a la computadora personal de los usuarios.

El artículo 19.1 del ordenamiento que nos ocupa, es claro respecto a la regulación jurídica en este rubro al señalar que “Las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente Ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad”. Por ello, será aplicable la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa en cuanto a la obtención de datos personales, información de los interesados y la creación y mantenimiento de los ficheros de datos personales (Artículo 19.2).⁴⁴⁷

La información exigida sobre las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos, regulada en el artículo 20, indica que las comunicaciones comerciales que se realicen a través de medios electrónicos deberán ser identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. Si éstas tienen lugar por medio del correo electrónico o de otro medio de comunicación electrónica equivalente, deberán incluir al comienzo del mismo la palabra “publicidad”. Cuando se trate de ofertas promocionales donde se incluyan descuentos, premios y regalos, o bien de concursos o juegos promocionales, previa la autorización correspondiente, se deberá asegurar que queden claramente identificados como tales y

⁴⁴⁷ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 19.a.

que su acceso y forma de participación se expresen de manera clara e inequívoca. Existe una prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas que se realicen por medio de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes, si antes no han sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.⁴⁴⁸

Respecto a los derechos de los destinatarios de comunicaciones comerciales, el artículo 22 prescribe que si el destinatario de servicios debiera facilitar su dirección de correo electrónico durante el proceso de contratación o de suscripción a algún servicio y el prestador de servicios pretenda utilizarla después para el envío de comunicaciones comerciales, éste deberá poner en conocimiento a su cliente sobre sus intenciones y solicitar su consentimiento para la recepción de dichas comunicaciones , antes de finalizar el procedimiento de contratación. Para ello, el destinatario podrá revocar su consentimiento en cualquier momento con la simple notificación de su voluntad al remitente.

Un importante apartado de la LSSI lo representa el Título IV sobre Contratación por vía electrónica ya que es a través de esta importante fuente de obligaciones jurídicas es como se generan los derechos y las obligaciones entre las partes involucradas. Para ello, habrá menester de explicar en que consiste esta novedosa forma de contratación. El artículo 23 regula lo relativo a la Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, al indicar que éstos producirán todos los efectos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Por ello, dichos contratos se regularán tanto por esta ley como por los Códigos Civil y de Comercio y las demás normas de carácter civil y mercantil relativas a la contratación, donde se incluyen también las normas relativas a la protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. Cuando la Ley exija que el contrato conste por escrito, se entenderá satisfecho si lo es también a través de algún soporte electrónico. Asimismo, para efectos de validez de la celebración de un contrato, no es

⁴⁴⁸ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 21.

necesario un acuerdo previo de las partes para la utilización de medios electrónicos. Quedan excluidos de las disposiciones de este Título los contratos relacionados al Derecho de familia y sucesiones.

La prueba de la celebración de los contratos celebrados por vía electrónica está sujeta al ordenamiento jurídico y a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica y el soporte electrónico donde conste este tipo de contratación será admisible en juicio como prueba documental (Artículo 24). Para determinar la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, para lo cual habrán de tomarse en cuenta los artículos 2 y 3 de esta Ley.⁴⁴⁹

Respecto a las obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación, el artículo 27.1 señala que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que realicen actividades de contratación electrónica tienen la obligación de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, antes de iniciar el procedimiento, sobre los trámites que se deben seguir para celebrar el contrato; si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a estar accesible; los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

No hay obligación de facilitar la información por parte del prestador, cuando ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor. También, si el contrato se celebró exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, si éste medio no es empleado con el fin de eludir el cumplimiento de la obligación. En cuanto a las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica, éstas serán válidas durante el tiempo que fije el oferente o durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los

⁴⁴⁹ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 26.

destinatarios del servicio.⁴⁵⁰ Antes de iniciar el procedimiento de contratación, el prestador de servicios debe poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que deba sujetarse el contrato para que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario (Artículo 27.4).

Sobre la información posterior a la celebración del contrato, el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de estos medios que prescribe el artículo 28: El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación o bien confirmar por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.⁴⁵¹

La aceptación y su confirmación se consideran recibidas cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. Si la recepción de la aceptación se confirma con acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la constancia desde que se almacenó en el servidor donde está dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo usado para la recepción de comunicaciones.

La confirmación de la recepción de la aceptación de una oferta, no será necesaria cuando los contratantes así lo acuerden y no ninguno de ellos sea considerado como consumidor, tampoco si el contrato se celebró mediante el intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean utilizados con el propósito de eludir el cumplimiento de la obligación.

⁴⁵⁰ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 27.2 y 27.3.

⁴⁵¹ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 28.

La LSSI en su artículo 29 regula un interesante punto que continuamente se presta a la discusión en cuanto al lugar de celebración del contrato. Para ello, indica que los contratos electrónicos donde intervenga un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. En tanto, los contratos celebrados entre empresarios o profesionales, a falta de un pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

La solución judicial y extrajudicial de los conflictos que se presenten en la configuración de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico están regulados en el Título V de la LSSI, en cuyo capítulo I, Artículo 30, sobre la Acción de cesación señala que podrá interponerse ésta contra las conductas contrarias a esta Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores. Dicha acción se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a esta Ley y a prohibir su reiteración futura. También podrá ejercitarse para prohibir la realización de una conducta si ésta finalizó al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de manera inminente. Esta acción se ejercerá conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁴⁵²

Conforme al artículo 31 de la LSSI, están legitimados para interponer la acción de cesación las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo; los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil; las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; el Ministerio Fiscal; el Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores; las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea

⁴⁵² Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 30.

mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.⁴⁵³

La solución extrajudicial de los conflictos se encuentra reglamentada en el Capítulo II, artículo 32, donde se indica que el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. Para los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, se podrá hacer uso de medios electrónicos.

Sobre la información y control, el Título VI de la LSSI, en su artículo 33 relativo a la información a los destinatarios y prestadores de servicios, señala que éstos podrán dirigirse a los Ministerios de Ciencia y Tecnología, de Justicia, de Economía y de Sanidad y Consumo, y a los órganos que determinen las respectivas Comunidades Autónomas y Entidades Locales, con el fin de conseguir información general sobre sus derechos y obligaciones contractuales en el marco de la normativa aplicable a la contratación electrónica; informarse sobre los procedimientos de resolución judicial y extrajudicial de conflictos y obtener los datos de las autoridades, asociaciones u organizaciones que puedan facilitarles información adicional o asistencia práctica. La comunicación con los órganos se podrá hacer por medios electrónicos.⁴⁵⁴

La comunicación de resoluciones relevantes, establecida en el artículo 34 de la Ley, prescribe que el Consejo General del poder Judicial remitirá al Ministerio de Justicia todas las resoluciones judiciales que contengan pronunciamientos relevantes sobre la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, sobre su utilización

⁴⁵³ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 31.

⁴⁵⁴ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 33.

como prueba en juicio, o sobre los derechos, obligaciones y régimen de responsabilidad de los destinatarios y los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Los órganos arbitrales y los responsables de los demás procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que se refiere el artículo 32 comunicarán al Ministerio de Justicia los laudos o decisiones que revistan importancia para la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, de acuerdo a los criterios anteriores. Para cumplir con la comunicación se tomarán las precauciones necesarias para salvaguardar el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de las personas identificadas en ellos. El Ministerio de Justicia remitirá a la Comisión Europea y facilitará el acceso de cualquier interesado a la información recibida conforme a este artículo.

Dentro de cada una de las disposiciones antes mencionadas, existen prescripciones muy claras de la responsabilidad que a cada prestador de servicios le corresponden. El cumplimiento de sus obligaciones estará supervisado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Artículo 35), siendo susceptibles de sanciones si incurren en responsabilidades penales o civiles o administrativas, que puedan dar lugar a infracciones pecuniarias o de cancelar sus servicios en el mismo país. Conforme al artículo 36 de la Ley, los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de facilitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología y a los demás órganos anteriormente mencionados toda la información y colaboración precisas para el ejercicio de sus funciones.⁴⁵⁵

Las infracciones y sanciones, reguladas en la LSSI en su Título VII, artículos 37 al 45, señalan las infracciones a las que se pueden hacer acreedores los prestadores de servicios de la sociedad de la información (Artículo 37), considerándose éstas como muy graves, graves y leves (Artículo 38).⁴⁵⁶ Se consideran como faltas muy graves, el

⁴⁵⁵ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículos 35 y 36.

⁴⁵⁶ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículos 37 al 45.

incumplimiento de las órdenes dictadas conforme al artículo 8, sobre las restricciones a la prestación de servicios, en los supuestos en que hayan sido dictadas por un órgano administrativo, asimismo, el incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene, conforme al artículo 11 relativo al deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.⁴⁵⁷

Es también una infracción muy grave el incumplimiento de la obligación de retener los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, o bien, utilizar los datos retenidos para fines distintos a los señalados, de acuerdo al artículo 12, relacionado con el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas.⁴⁵⁸

Por su parte, se considerarán infracciones graves el incumplimiento de lo establecido en los párrafos a) y f) del artículo 10.1, sobre información general. Asimismo, el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a destinatarios que no hayan autorizado o solicitado expresamente su remisión, o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales, por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión.⁴⁵⁹

También es considerada como una infracción grave no poner a disposición del destinatario del servicio las condiciones generales a que se sujete el contrato, conforme al artículo 27, sobre las obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación. Otras infracciones graves son el incumplimiento habitual de la obligación de confirmar la

⁴⁵⁷ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 38.2.a y 38.2.b..

⁴⁵⁸ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 38.2.c y 38.2.d.

⁴⁵⁹ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 38.3.a y 38.3.b.

recepción de una aceptación, cuando no se haya pactado su exclusión o el contrato se haya celebrado con un consumidor, así como la resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora de los órganos facultados para llevarla a cabo con arreglo a la LSSI.⁴⁶⁰

Por último, las infracciones leves se cometen ante la falta de comunicación al registro público en que estén inscritos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9, relativo a la constancia de registro del nombre de dominio, del nombre o nombres de dominio o direcciones de Internet que empleen para la prestación de servicios de la sociedad de la información.⁴⁶¹

Otras infracciones leves son el no informar en la forma prescrita por el artículo 10.1 en sus párrafos b), c), d), e) y g), en cuanto a información general; el incumplimiento de lo previsto en el artículo 20 para las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos; el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a los destinatarios que no hayan solicitado o autorizado expresamente su remisión, cuando no constituya infracción grave. Esto último, el artículo 38.4.d) fue modificado, de acuerdo con la publicación en el BOE núm. 264 de fecha martes 4 de noviembre de 2003 y quedó de la siguiente manera: “d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a los destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella, cuando no constituya infracción grave.”⁴⁶²

Se consideran también faltas leves el no facilitar la información mencionada en el artículo 27.1, cuando las partes no hayan pactado su exclusión o el destinatario sea un consumidor y por último, el incumplimiento de la obligación de confirmar la recepción de una petición en los términos del artículo 28, relativo a la información posterior a la

⁴⁶⁰ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 38.3.c , 38.3.d y 38.3.e.

⁴⁶¹ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 38.4.a.

⁴⁶² *Boletín Oficial del Estado* (BOE) número 264 de fecha martes 4 de noviembre de 2003.

celebración del contrato, cuando no se haya pactado su exclusión o el contrato se haya celebrado con un consumidor, salvo que constituya infracción grave.⁴⁶³

En cuanto a las sanciones impuestas por cometer algunas de las infracciones previstas en el artículo 38 de la LSSI antes descritas, el artículo 39 de la misma Ley prescribe las siguientes: por la comisión de infracciones leves las sanciones comprenderán hasta 30.000 euros; por las infracciones graves se impondrán multas que van de los 30,001 hasta los 150,000 euros y por las infracciones muy graves las multas serán de 150,001 hasta 600,000 euros. Cuando se trate de infracciones graves o muy graves la sanción se impondrá en base a la repercusión social de la infracción cometida, el número de usuarios o de contratos afectados, y la gravedad del ilícito. Si las sanciones son cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados no miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, el órgano sancionador podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación tomar las precauciones necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por los otros por un periodo máximo de dos años para el caso de infracciones muy graves, un año en el caso de infracciones graves y seis meses cuando se trate de infracciones leves.⁴⁶⁴

Conforme al artículo 40 de la LSSI la cuantía de las sanciones se graduará de acuerdo a los criterios de intencionalidad, el tiempo durante el que se haya cometido la infracción, la reincidencia, la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados, los beneficios obtenidos y el volumen de facturación a que afecte la infracción de que se trate.

Cuando se trate de sancionar las infracciones graves o muy graves, se podrán adoptar medidas de carácter provisional previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

⁴⁶³ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 38.4.e. y 38.4.f.

⁴⁶⁴ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 39.

Común, y sus normas de desarrollo, para asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se dicte. Con estas medidas podría acordarse la suspensión temporal del prestador de servicios o el cierre provisional del establecimiento; el depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y documentos en general, aparatos y equipos informáticos, o bien, advertir al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de las medidas adoptadas para el cese de las mismas.⁴⁶⁵

Existe regulada en la LSSI la denominada multa coercitiva que no excede el importe de 6,000 euros por cada día transcurrido cuando no se cumplan las medidas provisionales impuestas previamente por el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador.⁴⁶⁶

En relación a quién le compete sancionar las faltas cometidas por el incumplimiento de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), su artículo 43.1 señala que esto corresponderá al Ministro de Ciencia y Tecnología cuando se trate de infracciones muy graves y si se trata de infracciones graves y leves le corresponderá al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.⁴⁶⁷

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en comento, prescribe que el incumplimiento de las resoluciones respecto al artículo 38.2 incisos a) y b), infracciones muy graves conforme al artículo 8 e infracciones muy graves de acuerdo al artículo 11, corresponderán al órgano que dictó la resolución incumplida. A este párrafo del artículo 43.1 se le agregó otro supuesto, publicado en el BOE núm. 264 de 4 de noviembre de 2003 que dice: "Igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la

⁴⁶⁵ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 41.

⁴⁶⁶ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 42.

⁴⁶⁷ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 43.1.

imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.b) y 38.4.d) de esta Ley.”⁴⁶⁸

Cuando exista concurrencia de infracciones y sanciones, el artículo 44 de la LSSI señala una serie de supuestos que se traducen en que no podrá existir una sanción conforme a esta Ley cuando exista una sanción penal en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento; también, la imposición de una sanción prevista en esta Ley no impedirá la tramitación y resolución de otro procedimiento sancionador por los órganos competentes si la conducta infractora se comete empleando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y se tipifique en otra Ley, si no hay identidad del bien jurídico protegido. El punto tres del citado artículo menciona que no procederá imponer sanciones conforme a esta Ley si los hechos constitutivos de infracción sean tipificados en otra norma a la que esté sujeto el prestador del servicio y haya identidad del bien jurídico protegido.⁴⁶⁹

Sobre la prescripción, el artículo 45 de la LSSI menciona que las infracciones muy graves prescribirán a los tres años: las graves a los dos años y las leves a los seis meses, en tanto, las sanciones por faltas muy graves prescriben a los tres años, mientras las graves a los dos años y las leves al año.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), en su parte final contiene una serie de disposiciones adicionales que explican y proponen ciertas cuestiones relativas a la materia, así como un anexo donde se definen algunos conceptos. A grandes rasgos podrían numerarse los contenidos de tales disposiciones, así, la Disposición adicional primera indica que para efectos de esta Ley los términos definidos en su anexo tendrán el significado que allí se les asigna. La Disposición adicional segunda, sobre medicamentos y productos sanitarios, dice que la

⁴⁶⁸ *Boletín Oficial del Estado* (BOE) número 264 de fecha martes 4 de noviembre de 2003.

⁴⁶⁹ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Artículo 44.

prestación de los servicios de la sociedad de la información relacionados con ellos se regirá conforme a la legislación respectiva.⁴⁷⁰

Es importante mencionar lo que determina la Disposición adicional tercera, relativa al Sistema Arbitral de Consumo, porque el prestador y el destinatario de servicios pueden someter sus conflictos al arbitraje de consumo si se adhieren a dicho sistema. Para esto, la Junta Arbitral Nacional de Consumo y otras juntas de ámbito territorial inferior, autorizadas por el Instituto Nacional del Consumo, podrán solucionar sus conflictos planteados por los consumidores conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, a través de medios telemáticos.⁴⁷¹

La Disposición adicional cuarta modifica el artículo 1.262 del Código Civil español para que éste quede como sigue: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”⁴⁷²

La misma Disposición adicional cuarta modifica también el artículo 54 del Código de Comercio español cuya redacción final queda de la siguiente manera: “Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar

⁴⁷⁰ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, *Op. Cit.*, Disposiciones adicionales primera y segunda.

⁴⁷¹ *Op. Cit.*, Disposición adicional tercera.

⁴⁷² *Ibidem*, Disposición adicional cuarta.

en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”⁴⁷³

La LSSI regula en su Disposición adicional quinta sobre la accesibilidad para las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos. Al respecto indica que las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para que la información disponible en sus páginas de Internet sea accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada, conforme a los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos, antes del 31 de diciembre de 2005, asimismo, podrán exigir que las páginas en cuestión cuyo diseño y mantenimiento financien apliquen dichos criterios. También “se promoverá la adopción de normas de accesibilidad por los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y “software”, para facilitar el acceso de las personas con discapacidad o de edad avanzada a los contenidos digitales”.⁴⁷⁴

La Disposición adicional sexta de la LSSI sobre el Sistema de asignación de nombres de dominio bajo el “es” señala en su punto uno que esta Ley regula los principios inspiradores del sistema de asignación de nombres de dominio bajo el código de país correspondiente a España (es), conforme a la disposición adicional decimosexta de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. En el punto dos, se indica que la entidad pública empresarial *Red.es* es la autoridad de asignación, conforme a la disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de telecomunicaciones.⁴⁷⁵

Para asignar un nombre de dominio en España se habrán de considerar algunos criterios contenidos en esta Ley, en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet, en las normas dictadas al efecto por la autoridad de asignación, con las prácticas generalmente aplicadas y en las recomendaciones que provengan de las entidades y

⁴⁷³ *Ibidem.*

⁴⁷⁴ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, *Op. Cit.*, Disposición adicional quinta.

⁴⁷⁵ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, *Op. Cit.*, Disposición adicional sexta, puntos uno y dos..

organismos internacionales que realicen actividades ad hoc. Para asignar los nombres de dominio “es” se deberá garantizar la confianza y la seguridad jurídica para el desarrollo del comercio electrónico y otros servicios y actividades por vía electrónica, entre otras cuestiones que permitan facilitar el desarrollo de la sociedad de la información en España.

Los demás puntos que trata la Disposición adicional sexta de la LSSI hacen referencia a la responsabilidad de uso correcto y respeto a los derechos de propiedad intelectual o industrial de quienes les correspondan. El Plan Nacional de Nombres de Dominio implementará las estrategias necesarias para prevenir usos abusivos de los nombres de dominio y también para minimizar los riesgos de error o confusión de los usuarios. También la entidad pública empresarial *Red.es* participará en dichas estrategias y se coordinará con los registros públicos españoles para que se le facilite el acceso.⁴⁷⁶

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico fue modificada, de acuerdo con la publicación en el BOE núm. 264 de fecha martes 4 de noviembre de 2003, al añadirse una disposición adicional sexta, que en realidad es séptima, sobre Fomento de la Sociedad de la Información, con la cual se pretende que el Ministerio de Ciencia y Tecnología como Departamento de la Administración General del Estado responsable de la propuesta al Gobierno y de la ejecución de las políticas tendientes a promover en España el desarrollo de la Sociedad de la Información presente al Gobierno para su aprobación y a las Cortes Generales un plan cuatrienal para el desarrollo de la Sociedad de la Información y de convergencia con Europa. Con ello se pretende potenciar las iniciativas de formación y educación en las tecnologías de información para extender su uso en diversos ámbitos tales como el de la educación, la cultura, la gestión de las empresas, el comercio electrónico y la sanidad, asimismo, para profundizar en la implantación del gobierno y la administración electrónica para incrementar el nivel de participación ciudadana y mejorar la eficiencia de las Administraciones públicas.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, *Op. Cit.*, Disposición adicional sexta.

⁴⁷⁷ *Boletín Oficial del Estado* (BOE) número 264 de fecha martes 4 de noviembre de 2003.

Por último, la LSSI contiene una Disposición transitoria única y otras disposiciones denominadas como Disposiciones finales, numeradas de la una a la nueve, con las cuales se adicionan o se modifican ciertos artículos y disposiciones de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, tendientes a mejorar la aplicación de la propia Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y garantizar así los derechos que puedan derivarse de la misma.

La legislación española sobre comercio electrónico, si bien se concreta primordialmente a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), como primera regulación legal en el contexto de Internet, posee también otras normas que de cierta manera están relacionadas con el tema, pero que a diferencia de la nueva LSSI se han estado aplicando desde tiempo atrás. Por ejemplo, se encuentran las Leyes relacionadas con las tecnologías de la información; la Ley General de Publicidad; la Ley sobre Firmas Electrónicas (importante documento del cual se comentaron en líneas previas de este apartado sus características generales y de la que se hará referencia posteriormente); la Ley de Condiciones Generales de Contratación; la Ley de Comercio Minorista (Venta a Distancia) y el Código Penal que regula los delitos relacionados con las tecnologías de la información (Delitos Informáticos), entre otros ordenamientos.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) desde su publicación ha tenido una serie de modificaciones y adiciones que se han publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), y que se mencionaron en líneas anteriores como las del BOE núm. 264 de 4 de noviembre de 2003. No obstante existen algunos cambios publicados en el BOE núm. 187 de 6 de agosto de 2003 y otra más de 20 de diciembre de 2003, BOE núm. 304, sin embargo, como toda ley que va a la vanguardia de las cuestiones tecnológicas habrá nuevas reformas o adiciones para adecuarla a las realidades que se vayan presentando, por ello, no será necesario mencionar todos y cada uno de esos

cambios por ser una tarea de suyo extensa y que ocuparía gran parte del espacio de este trabajo.⁴⁷⁸

Sobre la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) se han publicado algunas opiniones y comentarios respecto al futuro que puede depararle; algunas de esas opiniones apuntan al optimismo, mientras otras suelen ser más pesimistas. No obstante, en lo que si convergen la mayoría es que en la LSSI, conocida popularmente como Ley de Internet, los vocablos técnico-jurídicos son abundantes, en tanto reconocerá el valor económico-jurídico del documento electrónico y la seguridad que la tecnología pueda brindar en un entorno global de comunicación por Internet y la importancia de su infraestructura.⁴⁷⁹

La LSSI tiene como objeto regular el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación realizada por medios electrónicos aunque esta última no está incluida dentro de dichos servicios, pero incluye un amplio repertorio de operaciones como el suministro de información en línea, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, alojamiento de información en los servidores, entre muchos otros, que no solamente dan una visión de carácter económico por el hecho de regular negocios conocidos como comercio electrónico sino también brinda un aspecto social por el cual los usuarios como compradores o consumidores acceden a bienes y servicios a través de un canal de comunicación.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ *Boletín Oficial del Estado (BOE)* número 187 de fecha martes 6 de agosto de 2003.

Boletín Oficial del Estado (BOE) número 264 de fecha martes 4 de noviembre de 2003.

Boletín Oficial del Estado (BOE) número 304 de fecha sábado 20 de diciembre de 2003.

⁴⁷⁹ García Aguilar, Nicolás, *La Ley de Internet (una mirada indiscreta al proyecto de LSSI)*, http://v2.vlex.com/es/asp/canales_noticias.asp, pp. 2 y 3, 12/04/02, 6:13 PM.

El comentario que realiza el autor sobre la LSSI alude a lo que se estuvo discutiendo en febrero de 2002 por el Consejo de Ministros, antes de su aprobación. Señala al respecto que la ley en cuestión es fundamentalmente económica y ha sido un logro por consenso tanto de las fuerzas políticas como de los principales responsables económicos del sector, y enfatiza que "cualquier actividad económica necesita información; el vehículo más rápido para transmitir esta información es Internet; regulemos Internet, generemos confianza en Internet y estaremos regulando la economía", p. 1 de 3.

⁴⁸⁰ Gonzalo Bartolomé, Rosa, Qué se entiende por Sociedad de la Información, Portaley.com, <http://www.portaley.com/lssi/sociedad.shtml>, 04/04/2005, 04:41 p.m.

La promulgación de leyes, como en este caso la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), contribuyen a la regulación de las transacciones mercantiles realizadas a través del comercio electrónico y demás actividades llevadas a cabo por Internet, al solucionar en buena parte el conflicto que causa la dispersión normativa, o la ausencia de normas en su caso, y el carácter general con el que se regulan estos temas o incluso algunos de ellos sin regulación alguna.

IV. Normas jurídicas en México

El e-business o comercio electrónico ha tenido gran éxito en ciertas regiones del orbe, como en los Estados Unidos y en Europa, pero tal éxito no se ha debido tanto a que se tengan en esos lugares una gran infraestructura tecnológica y un uso eficiente de los medios de comunicación sino al hecho de que poseen también una abundante serie de disposiciones legales que regulan ese tipo de comercio casi en su generalidad. Este amplio marco jurídico ha marcado la pauta para que los propios consumidores sientan la confianza y la protección de las autoridades correspondientes en cada una de las transacciones que realicen a través de los medios electrónicos.

No obstante el auge y desarrollo del comercio electrónico en ciertas regiones del mundo, para el caso de México el éxito también ha sido significativo, pero con las consecuentes limitaciones derivadas de la ausencia de un efectivo marco jurídico regulador que, como se mencionó en un apartado anterior, es parco en cuanto a que sus disposiciones legales contenidas en los diferentes ordenamientos no regulan la mayor parte de las acciones que se llevan a cabo en la práctica comercial electrónica. Aunque ya existen las relativamente nuevas reformas contenidas en el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo de 2000 donde se reforman y adicionan algunas normas contenidas en el *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*; en el *Código Federal de Procedimientos Civiles*; en el *Código de Comercio* y en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*. Este decreto entró en vigor el día 7 de junio de 2000, es decir, nueve días después de su

publicación en el Diario Oficial de la Federación, y ha constituido un significativo avance en la regulación del comercio electrónico en México.⁴⁸¹

Aunque dichas reformas y adiciones a la legislación mexicana han venido a fortalecer una parte del amplio espectro legal en materia civil y de comercio, éstas aún no alcanzan a comprender la mayor parte de los supuestos jurídicos que se presentan en la práctica de la actividad comercial electrónica. Si bien el Congreso de la Unión aprobó las modificaciones a los ordenamientos jurídicos antes mencionados, dejó pendiente el reconocimiento legal a ciertas figuras que en su momento no habían sido consideradas, tales como la firma digital o la factura electrónica, pero cuya reciente regulación ha venido a llenar un hueco que en materia fiscal era necesario considerar para poder dar curso a importantes transacciones en esta rama.

Las razones por las que se hicieron las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; al Código Federal de Procedimientos Civiles; al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor fueron en gran medida por el rápido desarrollo que los sistemas informáticos y de comunicación han tenido en el ámbito de la actividad comercial, ya que los medios electrónicos acortan las distancias y evitan prolongar ciertos trámites, entre otras cuestiones, que hacen más rápidos los procesos de la actividad comercial. Este avance de la tecnología ha ocasionado también que las figuras jurídicas se vean rebasadas ante la aparición de cada vez más nuevos supuestos de derecho a regular.⁴⁸²

La iniciativa de reformas de fecha 30 de abril de 1999 presentada en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión destaca que “la legislación comercial y la *lex mercatoria* en el contexto internacional han sido rebasadas, en razón de lagunas legales

⁴⁸¹ *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

⁴⁸² Legislación de Comercio Electrónico en México. De las Comisiones Unidas de Justicia y de Comercio con Proyecto de Decreto por el que se dictaminan diversas reformas y adiciones al Código Civil Federal, al Código de Comercio y a la Ley Federal de protección al Consumidor en Materia de Comercio Electrónico, Congreso de la Unión, México, 13 de abril de 2000. Antecedentes. Iniciativa del 30 de abril de 1999.
<http://www.banxico.org.mx/SistPagos/webextsispag/SisPagMexico/leyesreglamentos/LegislacionCE.html>
15/04/2005, 06:09 p.m. Página 2 de 54.

nacionales que han constituido barreras u obstáculos al comercio, al exigir que para la validez de los actos y contratos mercantiles, se utilice el papel. Precisamente mediante el reconocimiento de la contratación por vía electrónica, se pretende que los actos así celebrados sean igualmente válidos que aquellos celebrados por medio del papel".⁴⁸³

Es importante destacar que la existencia de leyes modelo de carácter internacional han servido de base a las legislaciones nacionales de ciertos países para incluir en su derecho doméstico parte de sus normas y adaptar así a su propia realidad aquellas disposiciones que vayan acordes con lo que se pretenda regular. El caso de México no ha sido una excepción a este procedimiento, puesto que en la elaboración de la mencionada iniciativa del 30 de abril de 1999 se tomó como base jurídica la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno, de 1996.⁴⁸⁴

Al considerar la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre Comercio Electrónico para adecuarla a la realidad de México, se tomó en cuenta la legislación y la práctica comercial nacional para lograr que pudiera adaptarse dicha Ley de forma más precisa a la legislación interna. De esta manera se trató de tener una compatibilidad entre los regímenes jurídicos mexicanos sobre comercio electrónico, inexistentes por cierto, con el derecho internacional en esta materia para brindar seguridad y certeza en las transacciones electrónicas nacionales e internacionales.

Las leyes modelo constituyen como su nombre lo indica un modelo de normas que sirve a otras legislaciones para adoptar o crear disposiciones legales para adecuarlas de la mejor manera posible a sus propios sistemas jurídicos locales. La Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI es un claro ejemplo del trabajo que la Organización

⁴⁸³ Legislación de Comercio Electrónico en México. De las Comisiones Unidas de Justicia y de Comercio con Proyecto de Decreto por el que se dictaminan diversas reformas y adiciones al Código Civil Federal, al Código de Comercio y a la Ley Federal de protección al Consumidor en Materia de Comercio Electrónico, Congreso de la Unión, México, 13 de abril de 2000. Iniciativa del 30 de abril de 1999.

<http://www.banxico.org.mx/SistPagos/webextsispag/SisPagMexico/leyesreglamentos/LegislacionCE.html>
15/04/2005, 06:09 p.m. Iniciativa del 30 de abril de 1999, página 3.

⁴⁸⁴ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno*, de 1996, <http://www.uncitral.org>.

de las Naciones Unidas (ONU) ha realizado para crear este tipo de leyes que sirven a los países miembros para regular algunas de sus materias y eliminar las diferencias existentes en sus legislaciones internas y las de otros propios países entre sí para lograr así una uniformidad internacional que brinde la seguridad necesaria en las transacciones que se realicen.

En México, igual que en otros países que adoptaron y han aplicado exitosamente la Ley Modelo de la CNUDMI se tomó en cuenta la realidad que con el auge del uso de los modernos medios de comunicación electrónicos se estaba viviendo. Esta realidad que ahora es todavía más intensa, con el sofisticado desarrollo de la tecnología y el consecuente uso de Internet, del correo electrónico y el frecuente intercambio electrónico de datos, han propiciado su uso en las operaciones comerciales nacionales e internacionales que auguran un futuro de mayor auge en este tipo de comunicación.⁴⁸⁵

Aunque en un principio la Ley Modelo en comento se adoptó en países con tecnología más avanzada y que por ende tenían un comercio electrónico más desarrollado, para el caso de México la situación fue en extremo contrastante pues la tecnología no podía dar soporte a una fuerte actividad de comercio electrónico que pudiera consolidarlo, aunados a ello los hábitos de consumo y la cultura de los mismos consumidores que todavía en la actualidad y no obstante el despegue significativo que ha tenido el comercio de este tipo en los últimos años, se resisten a usar los medios de comunicación electrónicos a pesar de la creación de una infraestructura tecnológica que actualmente podría respaldar en mayores proporciones tal actividad.

Por todo lo que implican las actividades comerciales para el desarrollo de la economía y lo que la tecnología ha contribuido en la última década para su logro, se hizo necesaria la creación de nuevas normas y la reforma de las ya existentes para poder

⁴⁸⁵ Legislación de Comercio Electrónico en México. De las Comisiones Unidas de Justicia y de Comercio con Proyecto de Decreto por el que se dictaminan diversas reformas y adiciones al Código Civil Federal, al Código de Comercio y a la Ley Federal de protección al Consumidor en Materia de Comercio Electrónico, Congreso de la Unión, México, 13 de abril de 2000. Iniciativa del 30 de abril de 1999.
<http://www.banxico.org.mx/SistPagos/webextsispag/SisPagMexico/leyesreglamentos/LegislacionCE.html>
15/04/2005, 06:09 p.m. Página 4 de 54.

enfrentar los cambios que los avances informáticos habían provocado en las estructuras jurídicas. Al verse rebasados los marcos legales con la aparición de las nuevas formas de negociar a través de los medios electrónicos la legislación comercial mexicana tuvo que ser reformada “para reconocer validez jurídica a los actos, contratos o convenios comerciales que sean celebrados entre no presentes por vía electrónica”, de esta manera se determinó incorporar la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI al Código de Comercio.⁴⁸⁶

La segunda iniciativa de reformas, de fecha 15 de diciembre de 1999, presentada también en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión de México subrayó la importancia del uso de Internet en la acelerada transformación del comercio mundial y en consecuencia el comercio nacional, pues el uso de los medios electrónicos de comunicación, como ha quedado patente en el sinnúmero de artículos escritos al respecto, derrumbaron las distancias e hicieron que el acercamiento entre las personas y las operaciones comerciales instantáneas convirtieran más económicos los procesos desde cualquier parte del mundo. Sin embargo, al existir el acercamiento entre los diferentes países del orbe, se hizo indispensable la creación de un marco jurídico mexicano que reconociera la validez de las transacciones comerciales y brindara seguridad a quienes las celebraran.

Es por ello que como parte central de la iniciativa en cuestión estaba la idea de refrendar la validez de la contratación a distancia o entre no presentes pero en base a lo que las modernas tecnologías de información habían implementado, por lo cual se sugirió incorporar al Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, el concepto jurídico de “Mensaje de Datos” que lleva implícito el consentimiento otorgado por medios electrónicos y a la vez se reconozca la validez de la oferta y la aceptación o rechazo de la misma, pero hecha a través de un Mensaje de Datos equiparable al requisito de la forma escrita. La idea de reforma se hizo

⁴⁸⁶ Legislación de Comercio Electrónico en México. De las Comisiones Unidas de Justicia y de Comercio con Proyecto de Decreto por el que se dictaminan diversas reformas y adiciones al Código Civil Federal, al Código de Comercio y a la Ley Federal de protección al Consumidor en Materia de Comercio Electrónico, Congreso de la Unión, México, 13 de abril de 2000. Iniciativa del 30 de abril de 1999. *Op. Cit.*, Página 5 de 54.

extensiva al Código Federal de Procedimientos Civiles para reconocer los efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria de los mensajes de datos y el reconocimiento de la autenticidad, integridad y confiabilidad de la información generada a través de los mismos.⁴⁸⁷

Respecto a la tercera iniciativa de reformas, de fecha 22 de marzo de 2000, presentada en la mencionada LVII Legislatura del Congreso de la Unión mexicana, los razonamientos estuvieron inclinados a destacar los efectos que la “nueva” revolución tecnológica estaban provocando. En este sentido el comercio electrónico va implícito y sus potencialidades como fuente generadora de riqueza en el sector productivo y como estrategia para impulsar la competitividad de las empresas mexicanas es un reto para los empresarios al tener que competir exitosamente y por medio de la tecnología con los mercados globales.⁴⁸⁸

Las propuestas contenidas en la iniciativa de marzo de 2000, un poco antes de publicarse las reformas definitivas a los diferentes ordenamientos legales mexicanos, indicaban la necesidad de reconocer en el Código Civil la posibilidad de que las partes pudieran externar su voluntad o solicitar algún bien o servicio a través del uso de los medios electrónicos y validar jurídicamente el uso de medios de identificación electrónica. Asimismo se planteaba la necesidad de actualizar los alcances de la ley en relación a los actos que requieren para su validación de la forma escrita otorgada ante un fedatario público.

Para el Código Federal de Procedimientos Civiles se plantearon otras ideas para otorgar efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria a la información contenida en medios electrónicos y por lo tanto reconocer los efectos jurídicos de las obligaciones contempladas en el Código Civil, pero contraídas por las partes a través de los medios electrónicos. Respecto al Código de Comercio, la idea de reformarlo está enfocada

⁴⁸⁷ *Op. Cit.* Iniciativa del 15 de diciembre de 1999, página 5.

⁴⁸⁸ *Op. Cit.* Iniciativa del 22 de marzo de 2000, página 7.

principalmente en crear una legislación mercantil innovadora acorde con los avances informáticos para que por medio de los sistemas electrónicos los comerciantes ofrezcan sus bienes y servicios de manera más rápida y efectiva a los consumidores.⁴⁸⁹

Otra de las leyes mexicanas contempladas en la iniciativa de reformas en comento es la Ley Federal de Protección al Consumidor, cuyo fin es promover y proteger los derechos de los consumidores, mismos que con las compras realizadas a través de los medios electrónicos han visto vulnerados sus derechos como tales ante la falta de una reglamentación adecuada y también por la ausencia de una seguridad informática.

Por las anteriores razones la legislación mexicana optó por adoptar los lineamientos de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), ante la necesidad de contar con un marco legal que regulara los actos de comercio electrónicos cuyas consecuencias ya habían rebasado los supuestos contenidos en las normas jurídicas existentes. La Ley Modelo en cita al no contravenir a la legislación nacional y poder armonizar las diferencias entre los sistemas jurídicos existentes en los diferentes países se adoptó en la legislación mexicana a través de los códigos y leyes antes comentadas, cuyos artículos reformados se habrán de mencionar en líneas posteriores.

El Decreto de reformas mexicano, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2000, reconoce la validez plena de los actos, contratos y convenios celebrados por los medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, ya sea en materia civil o mercantil, por lo cual la seguridad jurídica en este tipo de operaciones estará garantizada y como consecuencia la proyección que pueda tener esta nueva forma de negociar se verá enriquecida en los ámbitos nacionales e internacionales.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ *Op. Cit.*, p. 10.

⁴⁹⁰ Amezcua Ornelas, Norahenid, *e-commerce en Mexico, Aspectos Legales*, Ed. SICCO (Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A. de C.V., México 2000, p. 4.

Por todo lo anterior y para tener una idea más completa sobre los alcances que las disposiciones jurídicas antes señaladas ya regulan, es preciso dividir tales normas y exponer los artículos que empezaron hace pocos años a regular tan importante materia, como lo es la del comercio electrónico, misma que forma parte de las actividades centrales de la economía nacional.

Parte del *Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal* fue reformado y adicionado en relación a la regulación del comercio electrónico, considerando básicamente los siguientes temas: Su ámbito de aplicación, las formas del consentimiento (el consentimiento expreso y el consentimiento tácito), la oferta a persona presente, la estipulación previa innecesaria, las formalidades en los medios electrónicos y el instrumento ante fedatario.⁴⁹¹

En cuanto a su ámbito de aplicación, el *Código Civil* en su reformado artículo primero señala que “Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal”, evidentemente, en México, el comercio tanto interno como externo, es asunto federal y con tal artículo queda así manifestada su competencia, no obstante, la realidad es que el Código de Comercio es de aplicación netamente federal, en tanto el Código Civil tiene su aplicación y competencia en el ámbito estatal, es decir, cada entidad federativa tiene su propio Código Civil, sin embargo, por ser el comercio un asunto regulado por la federación, para el caso de las nuevas reformas en asuntos de comercio electrónico será el Código Civil Federal el que normará tal actividad en territorio nacional, lo cual no deja de marcar uniformidad en cada una de las legislaciones locales, pero también se aportaría más al desarrollo de este tipo de comercio si se reformaran a la vez todos los códigos civiles locales para que en sus respectivos ámbitos de aplicación reconocieran la validez de los actos jurídicos, contratos o convenios, celebrados a través de los medios electrónicos.

⁴⁹¹ Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación* de 29 de mayo de 2000, México, 2000.

Respecto al consentimiento, el artículo 1803 del Código Civil en comento indica que: “El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.⁴⁹²

Este artículo, por primera vez hace mención al empleo de los medios electrónicos como una forma de manifestar legalmente el consentimiento y puede considerarse el antecedente legal más remoto y reciente, a la vez, en regular uno de los más importantes elementos esenciales de validez del acto jurídico que puede manifestarse a través de un medio electrónico. En este caso la tecnología ha determinado por primera vez los cambios de dos importantes ramas del derecho mexicano, como lo son la civil y la mercantil.

Otro interesante artículo del reformado *Código Civil* es el número 1805 mismo que señala, en relación a la oferta a persona presente, lo siguiente: “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata”.⁴⁹³

Para este caso habrá de estipularse por escrito independiente o en el propio contrato por vía electrónica la validez del consentimiento tácito en cuanto a que si no se comunica la aceptación expresa en determinado tiempo ésta se presumirá, lo cual en cierta manera sería también una contradicción en cuanto a que los contratos electrónicos

⁴⁹² Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación*, Op. Cit. Artículo 1803.

⁴⁹³ Op. Cit. Artículo 1805.

tienen algún grado de incompatibilidad con el consentimiento tácito. Las transacciones electrónicas no pueden ser sujetas a un acuerdo previo porque la esencia de las mismas es equiparar sus funciones al papel y ser más ágiles en cuanto en cuanto al tiempo y al espacio, es decir, hacer los procesos en menor tiempo y cruzar las fronteras sin limitación alguna.

Este artículo del Código Civil Federal antes comentado, el 1805, puede confrontarse con el artículo 27.3 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) española, perteneciente al Título IV, sobre Contratación Electrónica, que señala textualmente lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”.⁴⁹⁴

En cuanto a la estipulación previa innecesaria, el reformado artículo 1811 indica que “Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos”. Esto mismo por las razones antes indicadas en cuanto a la rapidez y la equiparación al papel que se le quiere dar a la información electrónica y también por el traspaso fronterizo. Tanto en el artículo 1805 como en el artículo 1811 del Código Civil en cuestión se aprecian por vez primera en la legislación mexicana, ciertas consecuencias jurídicas en relación con la aceptación, pero cuando ésta se realiza por medios electrónicos o algún otro tipo de tecnología.

Respecto a las formalidades en los medios electrónicos, el adicionado artículo 1834 bis, indica: “Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta”. Esto

⁴⁹⁴ *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)*, Op. Cit. Art. 27.3.

indica que habrá de existir una información íntegra que sea responsabilidad de una persona y que ésta sea de fácil acceso para consultas posteriores.⁴⁹⁵

En relación a instrumento ante fedatario público, el mismo artículo 1834 bis, estipula que: “En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”.⁴⁹⁶

En México, la ley es muy clara en cuanto a requerir la intervención de un fedatario público (*notario público* se le denomina en México) para la celebración de los tradicionales contratos de compraventa, donación y otros, sobre bienes inmuebles, es decir, los contratos documentados en escritura pública y en el papel tradicional. Sin embargo, si se trata de una contratación electrónica, la Ley ahora se ha vuelto flexible en cuanto a recibir la información requerida por cualquier medio electrónico, óptico o de algún otro tipo de tecnología, pero con la obligación para el fedatario de conservar íntegra dicha información para ulteriores consultas, ante lo cual habrán de automatizarse los datos de los registros públicos de la propiedad y del registro civil, así como aquellos correspondientes al registro público de comercio.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

⁴⁹⁶ Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, *Diario Oficial de la Federación, Op. Cit.* Artículo 1834.

⁴⁹⁷ *Op. Cit.* Artículo 1834.

Con la denominada contratación electrónica hecha ante fedatario público las partes no habrán de presentarse personalmente ante este último, es decir físicamente, pues la comunicación y el pago habrán de ser electrónicos, por lo tanto la responsabilidad del notario público habrá de ser extensible a cuidar de que la información esté avalada con las correspondientes claves, contraseñas, y demás requisitos de la electrónica, y además que los términos del contrato sean claros y se atribuya a las partes lo que su voluntad haya dictado. Actualmente y no obstante existir la legislación en comento, existe cierta reticencia por parte de los notarios públicos mexicanos para cambiar sus roles tradicionales, por lo cual continúa la costumbre de preferir los formatos en papel, además de que aún falta también coordinar sus servicios con los registros públicos de la propiedad, por lo cual el proceso de automatización es poco uniforme en territorio nacional.

En correlación con esta última norma contenida en el artículo 1834 del Código Civil mexicano, en España existe la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en cuya Sección 8ª. Del Capítulo XI, se ha introducido un nuevo régimen legal tendiente a regular la atribución y uso de la firma electrónica por parte de los notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Dicha Sección, titulada "Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva" prescribe como obligación de notarios y registradores de disponer de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información.⁴⁹⁸

Esta disposición de la ley española comprende diversos aspectos relacionados con la actividad tanto de los notarios como de los registradores, la cual se ve enriquecida también por el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE No. 224, de 18-IX-1999) (RDLFE), del cual trataremos en otro apartado del presente trabajo, pero baste señalar antes que el artículo 110 del citado ordenamiento legal, indica, respecto a las finalidades básicas a que puede servir el uso de la firma electrónica, en

⁴⁹⁸ De Miguel, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, ed. Civitas, 3ª. Ed., Madrid 2002, p. 402.

relación a los notarios y registradores de la propiedad, mercantiles o de bienes muebles, que “podrán remitirse documentos públicos notariales, comunicaciones, partes declaraciones y autoliquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones por vía electrónica por parte de un notario o registrador...dirigidas a otro notario o registrador, a las Administraciones públicas o a cualquier órgano jurisdiccional”.⁴⁹⁹

Tanto la ley española como la mexicana coinciden de cierta manera en el hecho de que los fedatarios públicos pueden hacer uso de los medios electrónicos para formalizar negocios jurídicos a distancia. Aunque de acuerdo con el tiempo de las reformas hechas a la legislación mexicana hasta la fecha, la reticencia por parte de los fedatarios al uso de tales medios sigue siendo evidente.

En lo que respecta al *Código Federal de Procedimientos Civiles*⁵⁰⁰, con las recientes reformas solamente se adicionó el artículo 210-A, cuyo contenido comprende principalmente lo siguiente: reconoce como prueba a toda información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología y su valoración se estimará en la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y en ciertos casos atribuye a las personas obligadas el contenido de la información y su accesibilidad para ulteriores consultas. Otro aspecto sobresaliente contemplado en este artículo es lo relativo a los documentos originales, para ello señala que si la ley requiere que un documento sea conservado y presentado en su forma original, el requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología se ha mantenido íntegro e inalterado desde el momento en que se generó por vez primera en su forma definitiva y la misma pueda ser accesible para su consulta ulterior.

⁴⁹⁹ De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, p. 403.

⁵⁰⁰ Código Federal de Procedimientos Civiles, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

Respecto al otro gran apartado del citado Decreto de reformas del 29 de mayo de 2000, correspondiente al *Código de Comercio*, sin duda alguna este es el ordenamiento jurídico que más reformas y adiciones tuvo, sin embargo lo más destacado de ello es la modificación del Título II que en lo sucesivo se denominará “Del Comercio Electrónico”, mismo que comprende los artículos 89 a 94. No obstante, cabe mencionar que las demás reformas al citado *Código de Comercio* son en su mayoría relativas a la estructura y operación del Registro Público de Comercio, donde destaca el uso de un programa informático y una base de datos central interconectada con las bases de datos de las oficinas ubicadas en la República Mexicana.

El Código Civil Federal es supletoriamente aplicable al Código de Comercio. Este último Código señala en su artículo segundo que a falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común, por lo cual las reformas contenidas en el Decreto de 2000 sobre comercio electrónico se dirigieran en un principio al Código Civil Federal al cual le compete aclarar las dudas relativas a la formación del consentimiento, oferta, aceptación y forma, en lo relativo a los contratos mercantiles.⁵⁰¹

La reforma al Código de Comercio constituye un avance para uno de los registros de gobierno más importantes, como lo es el de comercio, y para la propia informática jurídica que apenas comienza a dar atisbos de lo que la tecnología puede brindar para el desarrollo de importantes instituciones que pueden acelerar sus procesos y trámites y a la vez proporcionar un ágil y mejor servicio a quienes lo requieran. Los artículos reformados relativos al Registro Público de Comercio, son el 18, 20 y 21 párrafo primero, el 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32 y 49, en tanto, se adicionaron los artículos 20 bis, 21 bis, 21 bis 1, 30 bis 1 y 32 bis.

En relación al Libro Segundo, *Del comercio en general*, se reformó el artículo 80 sobre el perfeccionamiento de los convenios y contratos celebrados por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra

⁵⁰¹ Amezcua Ornelas, Norahenid, *e-commerce en Mexico, Aspectos Legales*, Ed. SICCO (Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A. de C.V., México 2000, p. 4.

tecnología, mismos que quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada. Anteriormente, se designaba al Libro Segundo del Código de Comercio como *Del comercio terrestre* para tener otras opciones y denominar al Título Segundo de este mismo código como “Del Comercio Electrónico”.

Sobre el comercio electrónico, el Título II del *Código de Comercio*, por vez primera define en su artículo 89 al *mensaje de datos*, en relación a los actos de comercio que ya pueden emplear medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, indicando que es “... la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios...”⁵⁰² Se presume que el *mensaje de datos* proviene del emisor, de acuerdo al artículo 90, adicionado al *Código de Comercio*, si ha sido enviado usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas de él mismo o por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

Las personas que pueden actuar en nombre del emisor, de acuerdo con el Código de Comercio, pueden ser el comisionista (Artículo 273), los factores (Artículo 309, párrafo primero) y los dependientes (Artículo 309, párrafo segundo). Comisionista es el que desempeña una comisión mercantil conferida por el comitente; los Factores son los que tienen la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o tengan una autorización para contratar respecto a todos los negocios relativos a tales empresas o establecimientos, por cuenta y en nombre de los propietarios; respecto a los Dependientes, éstos son quienes desempeñan gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta de su propietario.⁵⁰³

⁵⁰² Código de Comercio, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000.

⁵⁰³ *Código de Comercio*, Agenda Mercantil 2001, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Ed, Ediciones Fiscales ISEF, S.A. México 2001.

En cuanto al *momento de recepción de la información*, este se determinará conforme al artículo 91 de la siguiente manera: si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción, esta tendrá lugar en el momento en que ingrese al sistema o bien, si se envía a un sistema del destinatario que no sea el designado o de no haber un sistema de información designado, en el momento en que el destinatario obtenga dicha información. En este mismo artículo, se define al *sistema de información* como cualquier medio tecnológico utilizado para operar mensajes de datos. Al referirse literalmente esta disposición a “cualquier medio tecnológico”, se aduce a la neutralidad del medio mencionada en la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre Comercio Electrónico. El punto 40 de la citada Ley indica que “sistema de información” engloba toda una gama de medios técnicos empleados para transmitir, recibir y archivar información.⁵⁰⁴

Sobre el acuse de recibo, regulado en el artículo 92 del citado *Código de Comercio*, se indica que: “Tratándose de la comunicación de mensajes de datos que requieran de un *acuse de recibo* para surtir efectos, bien sea por disposición legal o por así requerirlo el emisor, se considerará que el mensaje de datos ha sido enviado, cuando se haya recibido el acuse respectivo”⁵⁰⁵, en tanto, se presume que se recibe el mensaje de datos cuando el emisor recibe el acuse correspondiente.

En relación a los requisitos de forma del mensaje, el artículo 93 prescribe que: “Cuando la ley exija la forma escrita para los contratos y la firma de los documentos relativos, esos supuestos se tendrán por cumplidos tratándose de mensaje de datos siempre que éste sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta”.⁵⁰⁶ La propia Guía de la Ley Modelo de CNUDMI indica en su punto 50 que la información guardada como datos automatizados debe ser legible para sus ulteriores

⁵⁰⁴ *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho Interno 1996.*
<http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ecomm-s-htm> , 27/07/01 7:39 AM

⁵⁰⁵ *Código de Comercio*, Agenda Mercantil 2001, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, *Op. Cit.* Artículo 92.

⁵⁰⁶ *Op. Cit.* Artículo 92.

consultas, ante los accesos humanos o los propios procesamientos informáticos, y aclara que la palabra “ulterior” es más precisa que otros vocablos como “durabilidad” o “inalterabilidad”.

En lo que respecta a que se considere como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, el mismo artículo 93 indica que este último y las partes obligadas podrán por medio de mensajes de datos expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, ante lo cual el fedatario público hará constar en el propio instrumento los elementos por medio de los cuales se atribuyen los mensajes a las partes y deberá conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de acuerdo con la legislación aplicable que lo rige. En relación a esta disposición el mismo Código de Comercio en su artículo 75 describe en una serie de fracciones todo aquello considerado como acto de comercio, entre los cuales destacan las compras y ventas de bienes inmuebles, las operaciones de comisión mercantil, todos los contratos relativos al comercio marítimo a la navegación interior y exterior, las empresas de abastecimientos y suministros, las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, entre muchos otros más que dan cuenta de lo que un acto jurídico representa.⁵⁰⁷

Por su parte, el artículo 94 del reformado Código de Comercio indica que el mensaje de datos se tendrá por *expedido* en el lugar donde tenga su domicilio el emisor, salvo pacto en contrario, y por *recibido* en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Esta consideración es propia de la Guía de la Ley Modelo de la CNUDMI en cuyo punto 100 relativo al artículo 15 sobre Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos prescribe que “es importante determinar el tiempo y el lugar del recibo de la información. El empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar”. Este quizá sea uno de los problemas que el uso de la tecnología plantea a la celebración de los actos jurídicos a distancia.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ *Ibidem*, Artículo 75.

⁵⁰⁸ *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho Interno 1996.*
<http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ecomm-s-htm> , 27/07/01 7:39 AM

En cuanto a los *medios de prueba*, el artículo 1205, reformado, describe que son admisibles como medios de prueba todos los elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador sobre los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad. Por último, el artículo 1298-A, adicionado, reconoce como prueba los mensajes de datos y para valorar su fuerza probatoria se estimará principalmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

Las reformas y adiciones hechas al *Código de Comercio*, son relevantes en cuanto a que ya consideran el uso de la informática como productora de consecuencias de derecho, sin embargo, no es hasta esta fecha, la del año 2000, cuando el uso de la tecnología comienza a tener o provocar consecuencias jurídicas en los ámbitos sociales y económicos del país, si se toma en cuenta que en México el Internet y el comercio electrónico tienen ya más de una década de uso. Es pues, todavía, una incipiente regulación donde aún faltan otros aspectos a considerar, como sería el Código Penal en relación a los denominados delitos informáticos, no obstante de que en algunas legislaciones estatales de México, como en el Código Penal del estado de Sinaloa, ya se regulan tales ilícitos.

Es precisamente en el Código Penal del estado de Sinaloa, pionero de tal normatividad, en donde se encuentra descrito el supuesto que tipifica la conducta delictiva, artículo 217, Capítulo V, sobre el Delito Informático, que textualmente señala: "Comete delito informático, la persona que dolosamente y sin derecho: I. Use o entre a una base de datos, sistema de computadoras o red de computadoras o a cualquier parte de la misma, con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio, con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información; o II. Intercepte, interfiera, reciba,

use, altere, dañe o destruya un soporte lógico o programa de computadora o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema o red. Al responsable de delito informático se le impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión y de noventa a trescientos días multa.”⁵⁰⁹

Por último, las reformas hechas a la *Ley Federal de Protección al Consumidor* comprenden aspectos importantes a considerar, pues por primera vez se menciona la protección de los consumidores en las transacciones realizadas por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología (Adición de la fracción VIII al Artículo 1º.), así como la promoción, formulación, difusión y uso de códigos de ética, por parte de los proveedores, que incorporen los principios previstos por la ley en relación a las transacciones hechas por los consumidores por medio del uso de la tecnología (Adición de la fracción IX bis al Artículo 24).⁵¹⁰

A la citada *Ley Federal de Protección al Consumidor* se le adicionó también el Capítulo VIII bis, mismo que contiene el artículo 76 bis en cuyas fracciones de la I a la VII se regulan los derechos de los consumidores; la confidencialidad de la información; los elementos técnicos para seguridad en la información; el domicilio físico del proveedor; las prácticas comerciales engañosas; la condición de los bienes; la cantidad y calidad de los productos y la información clara para los consumidores y grupos vulnerables. Asimismo, se reformó el artículo 128, párrafo primero, respecto a las multas a que se hacen acreedores quienes infrinjan las disposiciones contenidas en el artículo 76 bis, antes citado, entre otros artículos de la misma ley.

Aunadas a las reformas de la Ley Federal de Protección al Consumidor del año 2000, por Decreto de fecha 27 de enero de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de febrero de 2004, la propia Ley tuvo otras significativas reformas y adiciones relacionadas con la publicidad enviada a los consumidores a través de los

⁵⁰⁹ Código Penal del Estado de Sinaloa, Decreto Número 539, Periódico Oficial del Estado de Sinaloa No. 131 de 18 de octubre de 1992,

⁵¹⁰ Ley Federal de Protección al Consumidor, *Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000*, México, 2000

medios electrónicos. De esta manera se reformó el artículo 17 en donde se obliga a quienes envían publicidad a los consumidores a colocar su nombre, domicilio, teléfono y, en su defecto, la dirección electrónica del proveedor, asimismo, se le otorga el derecho a los consumidores para exigir a los proveedores específicos el no ser molestados en sus domicilios, centros de trabajo o dirección electrónica de que se trate.⁵¹¹

Otra reforma importante del mencionado Decreto publicado en febrero de 2004, fue la del artículo 18 en cuanto a la facultad que tiene la Procuraduría Federal del Consumidor de llevar un registro público de consumidores que no deseen que su información sea empleada para fines mercadotécnicos o publicitarios. Para ello, se adicionó a la Ley Federal de Protección al Consumidor el artículo 18 BIS en donde expresamente se prohíbe a los proveedores y empresas que utilicen información sobre consumidores para tales fines.⁵¹²

Este nuevo marco legal mexicano regulador del comercio electrónico contiene varias directrices entre las cuales destacan que la manifestación de la voluntad realizada por los medios electrónicos debe ser expresa y que la fuerza probatoria del acto jurídico a celebrar dependerá en cierta medida del medio electrónico seleccionado para realizarlo. Estas reformas a la legislación civil, mercantil y administrativa en materia de comercio electrónico dejan patentes que el uso de las nuevas tecnologías de información no son ajenas ni están alejadas del ámbito jurídico, sino al contrario, que son un reflejo de un desarrollo que va de la mano del avance tecnológico.

Sin embargo, resulta pertinente mencionar que si bien las reformas legislativas antes mencionadas han venido a enriquecer el contenido del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, así como el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio y la Ley Federal de

⁵¹¹ Artículo 17 del *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor*, Diario Oficial de la Federación de miércoles 4 de febrero de 2004, Segunda Sección, p. 3. <http://www.profeco.gob.mx>.

⁵¹² Artículos 18 y 18 BIS del *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor*, Op. Cit., p. 4

Protección al Consumidor, éstas aún no resuelven en su totalidad el vacío legal existente en otros rubros de la normatividad sobre comercio electrónico, pues el número de leyes todavía es escaso y su objeto principal de regulación siguen siendo en su mayoría cuestiones relativas al comercio tradicional.

No obstante la falta de una completa regulación jurídica en el ámbito del comercio electrónico, las normas reformadas por el decreto del año de 2000 en cierta manera han venido a suplir una parte de las deficiencias detectadas para la resolución de problemas concretos relativos a esta forma de hacer negocios, pero falta aún mucho por hacer. Por ello, existen actualmente estudios y proyectos tendientes a regular aspectos relativos al Intercambio Electrónico de Datos (EDI) como lo sería el uso de formatos estándares para su uso. También se contempla elaborar una norma oficial mexicana para la conservación de mensajes de datos que permitan archivar documentos durante un periodo de diez años para sus consultas ulteriores. Si todo lo anterior estuviera jurídicamente promulgado e implementado los ciclos comerciales realizados por medios electrónicos estarían legalmente completos pues se tendría la regulación y protección desde el pedido, el pago y la facturación hasta el propio archivo de los datos.

Es evidente que las leyes mexicanas reconocen las transacciones comerciales electrónicas, pero no el aspecto contractual ni la facturación electrónicas, por lo cual el usuario solamente estará protegido por la Ley Federal de Protección al Consumidor pero solamente si existieran problemas en la compra de algún producto. Estas normas consideran la existencia del comercio electrónico, pues así lo señalan las normas recientemente reformadas y señaladas con antelación, pero dicha reforma es a todas luces aún incompleta ante la falta de regulación de otro tipo de figuras legales.

Respecto a las iniciativas de ley tendientes a reglamentar la firma y la factura electrónicas el Servicio de Administración Tributaria (SAT) ha dado una serie de referencias sobre lo que se espera una vez que estén implementadas. Así, se define a la denominada Firma Electrónica Avanzada (FEA) como “un conjunto de datos asociados a un mensaje que permite asegurar la identidad del firmante y la integridad del mensaje

original".⁵¹³ Las características que presenta esta importante figura son su fiabilidad técnica, su garantía de integridad, el reconocimiento de su legalidad, su no repudio, autenticidad y confidencialidad. Por su parte, la Factura Electrónica (FE) servirá también para tener un comprobante de transferencias legales de bienes y servicios con el fin de avalar su propiedad y tenencia, pero primordialmente para generar el pago correcto de impuestos ante las autoridades fiscales con la garantía de rapidez y seguridad en los intercambios de información.

Para que una persona física o moral pueda emitir una factura electrónica será menester para el caso de quienes tengan una actividad empresarial que comprueben ingresos superiores a un millón 750 mil pesos. Si se trata de personas que presten servicios profesionales, renten inmuebles o reciban ingresos de cualquier otro tipo deberán comprobar que sus ingresos son superiores a los 300 mil pesos. Asimismo, deberán contar con una Firma Electrónica Avanzada y llevar su contabilidad en un sistema electrónico ante el propio organismo gubernamental.

⁵¹³ Sandoval, Hugo, "Presentan avances en firma electrónica" y "Destacan beneficios de la factura", *El Universal*, México, 5 de julio de 2004, Sección Computación, p. 16.

CAPÍTULO SEXTO

NORMATIVA TRANSNACIONAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

La regulación jurídica de los diferentes actos de comercio celebrados a nivel internacional es todavía un proceso inacabado que ha quedado mostrado ahora de una manera evidente con los modernos procesos de la globalización y el desarrollo de los sistemas de información. Es en sí la tecnología la que ha marcado nuevas pautas a los viejos y tradicionales métodos de comercialización, con modernos e innovadores modelos. Los intentos por normar el comercio internacional si bien han sido exitosos en muchos de sus aspectos en otros aún no han podido consolidarse por múltiples y variadas razones. Sin embargo, es de reconocer que la mayoría de las acciones puestas en práctica para lograr tener un sistema jurídico regulador de la mayor parte de las transacciones mercantiles celebradas en el orbe han sido producto del trabajo y la dedicación de los diferentes organismos internacionales que agrupan a la mayoría de los países ya sea por bloques o por regiones.

Los Organismos internacionales cuyas competencias están delimitadas conforme a los estatutos que los crearon y que surgieron del consenso de los propios representantes de los países que los integran han tenido un papel destacado a partir de la segunda mitad del siglo pasado, una época que está marcada por dos acontecimientos importantes que dieron la pauta al surgimiento de diversas organizaciones de carácter internacional, como lo fueron la Segunda Guerra Mundial y el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), representa también el inicio del Consejo Económico y Social (ECOSOC), organismo dependiente de la ONU que forma parte de su estructura fundamental y que coordina las organizaciones internacionales de carácter económico, comercial e industrial que existen en el mundo.⁵¹⁴

⁵¹⁴ Martínez Vera, Rogelio, *Legislación del Comercio Exterior*, Ed. McGraw-Hill, México 2000, p. 182.

En líneas posteriores se hará mención al Consejo Económico y Social (ECOSOC) como referente al surgimiento del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y que hoy se le conoce como Organización Mundial del Comercio (OMC).

La participación de los diversos Organismos internacionales ha generado importantes cambios en el ámbito de la economía política internacional y, como prueba de ello es la existencia del "... heterogéneo número de instituciones de carácter universal, regional o transcontinental." ⁵¹⁵ Con el apoyo recíproco desarrollado al interior de este conjunto de entes se ha generado un verdadero "sistema económico internacional" con avanzados grados de especialización caracterizados por un alto nivel de cooperación internacional institucionalizada. ⁵¹⁶

La constitución de Organizaciones de carácter internacional no se circunscribe solamente a aquellas que tengan una personalidad jurídica internacional y que por ende sean sujetos de Derecho internacional público, sino que existen otras más no menos importantes que son sujetos del Derecho internacional privado y cuya participación ha traído importantes documentos legales que cubren diversos aspectos y que son usados de manera común y generalizada entre quienes realizan actividades relativas a esta materia. ⁵¹⁷

I. Normas de la OCDE

Uno de los más importantes sistemas supranacionales que existen y tienen una activa participación en el estudio, regulación y apoyo a los asuntos relacionados con la economía internacional es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), institución de carácter internacional que analiza temas sobre desarrollo, economía y política social, en diversos escenarios, y que busca soluciones a los problemas comunes, al trabajar de manera conjunta en la coordinación de políticas locales e internacionales, en busca de un bienestar común.

⁵¹⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Sistema del Comercio Internacional*, Ed. Civitas, Madrid 2001, p. 79.

⁵¹⁶ Fernández Rosas, José Carlos, *Op. Cit.*, p. 80.

⁵¹⁷ *Op. Cit.*, p. 79.

La OCDE es una organización compuesta por treinta de los países más desarrollados del mundo (juntos producen las dos terceras partes de bienes y servicios del mundo) y es ante todo un forum de discusión en donde se plantean una serie de asuntos relativos a problemas comunes de los países miembros y también de países no miembros para definir y desarrollar políticas de carácter económico y social que puedan ayudar a unos u otros dentro del mundo globalizado. Desde su formación esta organización tiene como vocación el contribuir a la construcción y fortalecimiento de las economías en los países miembros al hacerlos más eficientes en sus políticas económicas y de esta forma desarrollar sus mercados, expandir la celebración de tratados de libre comercio y contribuir de esa manera a su desarrollo e industrialización.⁵¹⁸

Del intercambio de experiencias entre los países miembros de la OCDE han surgido importantes acuerdos en forma de normas o códigos con lo cual se ha creado una especie de “*soft law*” en donde tanto las políticas públicas nacionales como internacionales se han beneficiado de los acuerdos tomados y mismos que se han aplicado a diferentes asuntos relevantes para la comunidad internacional. Entre los temas investigados por la organización en comento destacan las cuestiones relacionadas con los cambios sociales, el medio ambiente, la agricultura, la tecnología y el fisco, entre otros más, lo cual representa un esfuerzo cuyo objetivo principal es el ayudar a los gobiernos a enfrentar y responder a los cambios que plantean el desarrollo sostenible, el comercio electrónico y la biotecnología.⁵¹⁹

Los mercados emergentes y la agresiva competencia internacional, producto de la globalización, han provocado que un número significativo de los trabajos realizados por la OCDE estén enfocados a esa área, sin embargo son otras actividades también muy significativas las que realiza la organización en apoyo a las cuestiones relacionadas con la sociedad y el medio ambiente, no solamente en el entorno geográfico de los países

⁵¹⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org> .

⁵¹⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org> .

miembros sino más allá de sus fronteras, expandiendo así sus relaciones con la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales.

Los trabajos desarrollados por la OCDE son producto de las actividades que realiza su Consejo el cual está integrado por un representante permanente de cada estado miembro y que se reúnen en pleno una vez al año para analizar y discutir asuntos relativos a diferentes disciplinas y tomar en consecuencia importantes decisiones. También existen como parte de la organización un número de aproximadamente doscientos Comités encargados de reunirse periódicamente para intercambiar información y tomar decisiones relevantes para las diversas disciplinas que representa cada uno de ellos. En los comités de la OCDE intervienen un número aproximado de 40,000 personas oficialmente acreditadas y cada año participan en los respectivos comités los que de acuerdo a su capacidad y experiencia pertenecen. Entre los comités conformados destacan el de Política Económica, el de Política del Medio Ambiente, el de Mercados Financieros, el de Competencia, el de Información, el de Computación y Política de las Comunicaciones, entre muchos más con altos niveles de especialidad.⁵²⁰

Las reflexiones y discusiones llevadas a cabo al seno de la OCDE están basadas en una política de investigación y análisis en apoyo a las propias políticas gubernamentales internacionales. La revisión y adopción que hacen los gobiernos a los acuerdos tomados dentro de la OCDE dependerá de las necesidades o requerimientos en la materia de que se trate. Dichos acuerdos son publicados en forma de documentos y se reflejan como estándares, leyes modelos o recomendaciones para la regulación de ciertas actividades.

Conciente de las necesidades de interdependencia entre las naciones, la OCDE considera a los tratados como parte esencial del desarrollo de las economías. Por ello, buena parte de los apoyos que brinda la organización en comento se refleja en el trabajo dirigido a la elaboración de normas basadas en el sistema multilateral de tratados, con el

⁵²⁰ OCDE, *Op. Cit.*

objetivo de asegurar que la liberalización de la economía fluya desde las rondas previas de las negociaciones de los tratados multilaterales y se muevan hacia delante de manera tranquila y que el mismo sistema de tratados multilaterales, centrado en la Organización Mundial del Comercio (OMC) funcione efectivamente y prepare a los involucrados para que obtengan mayores resultados con sus políticas de acuerdos.⁵²¹

Una de las materias que la OCDE ha estudiado y analizado con profundidad en los últimos años ha sido la relativa a las tecnologías de información y sus implicaciones en ciertos rubros de la vida pública y privada de las personas y de las instituciones integrantes de la vida social, política y económica de los países, integrantes o no integrantes de la organización, pero cuyos intereses comunes se traducen principalmente en proteger su privacidad, sus libertades individuales y sus derechos al emplear los medios de información electrónicos que transportan sus datos de carácter personal y demás información relevante que circula más allá de sus fronteras.

La OCDE, conciente de los intereses y necesidades de sus países miembros ha creado una serie de instrumentos legales que más que obligar y marcar directrices jurídicas son recomendaciones o guías para que los países las adopten en sus respectivas legislaciones nacionales y sirvan de modelo para resolver en sus respectivas esferas los problemas que genera el uso de las tecnologías de información, como en este caso, y puedan a la postre generarse los instrumentos legales adecuados para garantizar la seguridad de los usuarios.

Los documentos que la OCDE ha elaborado como parte de los trabajos de análisis sobre las tecnologías de información y las telecomunicaciones son numerosos y comprenden diversas áreas de la disciplina. Algunos de esos documentos que vale la pena mencionar corresponden a su Comité sobre Políticas de Información, Computación y Comunicaciones, en donde uno de ellos se *titula* “*Guidelines for the Security of Information Systems and Networks Towards a Culture of Security*”. En el prefacio de este

⁵²¹ OCDE, *Op. Cit.*

documento se explica el por qué hacer una guía o recomendación sobre la seguridad en los sistemas de información ante los cambios que la tecnología ha propiciado en los últimos diez años.⁵²²

Señala el documento que ante el incremento de las interconexiones de los sistemas de información su exposición es aún mayor a una extensa variedad de amenazas a su seguridad, por lo cual se requiere hacer un frente común para generar una verdadera “cultura de seguridad”. Las guías que propone la organización son una respuesta a los cambios presentados en los ambientes de seguridad de los medios electrónicos y son a la vez una promoción de la cultura de seguridad que requiere para su consolidación la participación de todos los involucrados en los sistemas de información. Destaca en este aspecto la intención de crear un marco de referencia donde todos los participantes entiendan los temas relativos a la seguridad y respeten los valores éticos para el desarrollo y la implementación de políticas coherentes, prácticas, medidas y procedimientos inherentes a la seguridad de los sistemas de información.

Los nueve principios de que consta “*Guidelines for the Security of Information Systems and Networks Towards a Culture of Security*” son complementarios y pueden leerse como parte de un todo. Bajo esta guía, quienes participan pueden pertenecer a diferentes niveles y su responsabilidad varía de acuerdo al rol que cada uno desempeñe. El *primer principio* es tener conciencia o conocimiento del riesgo y las salvaguardas disponibles sobre la defensa de la seguridad de los sistemas de información y redes, pues éstos pueden ser afectados por riesgos tanto internos como externos entre sí como parte de un todo. El *segundo principio* versa en torno a la responsabilidad que tienen todos los participantes para la seguridad de los sistemas de información y redes, ante lo cual deberán cumplir de una manera apropiada con sus roles individuales y hacer todo lo posible revisar sus propias políticas, prácticas y procedimientos y hacerlos más apropiados a su ambiente.⁵²³

⁵²² *Guidelines for the Security of Information Systems and Networks Towards a Culture of Security*, de 25 de julio de 2002, C(2002)131, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org>.

⁵²³ *Guidelines for the Security of Information Systems and Networks Towards a Culture of Security*, Op. Cit.

La mencionada guía en su *tercer principio*, el de respuesta, señala que los participantes pueden actuar oportunamente y de una manera cooperativa para prever, detectar y responder a los incidentes de seguridad, ante la rápida expansión de daños que se producen en los sistemas de información y de redes. En tanto, en el *cuarto principio* relativo a la ética conmina a los participantes a tener respeto hacia los intereses legítimos de los demás. Por su parte, el *quinto principio*, sobre democracia, consiste en reconocer los valores sociales de la democracia donde se incluye la libertad de intercambiar conocimientos e ideas, el libre flujo de información y la confidencialidad de la comunicación para una adecuada protección de la información personal.⁵²⁴

El *sexto principio*, sobre la evaluación de los riesgos, insta a los participantes a identificar los niveles de riesgos de los sistemas de información y redes ante las amenazas de daño hacia los mismos. El *séptimo principio*, respecto al diseño de seguridad e implementación, indica que los participantes deben incorporar la seguridad como un elemento esencial de los sistemas de información y redes, tanto como para considerarla una parte fundamental de todos los productos y servicios. Por su parte, el *octavo principio*, sobre la administración de la seguridad, es claro al aseverar que los participantes deben comprender el manejo de la seguridad para crear un sistema coherente y efectivo que pueda prevenir, detectar e reaccionar a tiempo ante cualquier incidente que atente contra la seguridad de los sistemas de información y redes. Por último, el *noveno principio* sobre la reevaluación, señala que los participantes deben revisar y reevaluar la seguridad de los sistemas de información y redes y hacer las modificaciones apropiadas a las políticas de seguridad, prácticas, medidas y procedimientos.⁵²⁵

Los nueve principios antes señalados son una parte importante de lo que la OCDE ha realizado a través de su Comité sobre Políticas de Información, Computación y Comunicaciones, en cuanto a formular guías y recomendaciones tendientes a

⁵²⁴ *Op. Cit.*

⁵²⁵ *Ibidem*

implementar medidas de seguridad ante los riesgos inminentes que corren los sistemas de información y redes. Representan lo mínimo indispensable que deben asumir los participantes en estos medios de comunicación, independientemente del nivel que tengan y del rol que desempeñen. El acato y la implementación de los principios en cuestión por parte de los países miembros y también por los no miembros de la organización representan un primer gran paso para el desarrollo y la estandarización de medidas de protección a los riesgos inminentes que acechan a los sistemas de información y a las redes de comunicación en todo el orbe.

Por otra parte, la OCDE a través de su Comité sobre Políticas de Información, Computación y Comunicaciones, elaboró un documento titulado “*Survey of Legal and Policy Frameworks for Electronic Authentication Services and E-Signatures in OECD Member Countries*”, de fecha 2 de julio de 2003, por el cual se pretende identificar los diferentes marcos jurídicos reguladores de la firma electrónica y cuyas situaciones vayan más allá de las jurisdicciones nacionales donde se suscriban. En otras palabras, se trata de proveer a los miembros de la propia organización un marco jurídico y de políticas para autenticar los servicios electrónicos y ver las variaciones políticas y legislativas existentes y en la medida de lo posible establecer un puente entre todas ellas que permita autenticar los servicios más allá de sus respectivas jurisdicciones nacionales y la firma electrónica pueda tener efectos legales más allá de las fronteras y de una forma no discriminatoria.⁵²⁶

Los términos empleados en el documento en mención son básicamente tres, el primero de ellos denominado *autenticación de servicios* incluye los elementos involucrados en el manejo de certificaciones tales como directorios de servicios y registro de servicios; otro término es el de *permisos aprobados* de autenticación de servicios (servicio de proveedores) es una certificación hecha por los evaluadores que pueden estar implicados y por último se encuentra el término de *firmas electrónicas*,

⁵²⁶ *Survey of Legal and Policy Frameworks for Electronic Authentication Services and E-Signatures in OECD Member Countries*, de 2 de julio de 2003, DSTI/ICCP/REG(2003)9/FINAL, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org>.

representadas por los passwords, números de identificación personal (PINs), biométricos y otras tecnologías, incluida la firma digital, utilizadas para establecer la identidad del creador del documento o mensaje.

Las partes en que se divide el documento son tres: el marco legal nacional para autenticar servicios y firmas electrónicas; las políticas relativas a la autenticación de servicios y los servicios electrónicos basados en otras jurisdicciones; las políticas relativas a la operación. Los temas que competen a este apartado se explicarán con mayor detenimiento con posterioridad en este escrito, en el capítulo relativo a la firma electrónica.

Otro documento creado por la OCDE, a manera de borrador y generado en una discusión pública al amparo del Comité de Asuntos Fiscales de dicha organización en enero de 1999 y que también será explicado con mayor detalle en el capítulo respectivo del presente trabajo es el titulado como “*¿Son los actuales tratados reglas para tributar beneficios apropiados a los negocios de comercio electrónico?*”, de 26 de noviembre de 2003. La idea surgió de Technical Advisory Group (TAG) on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for Taxing Business Profits. Esta discusión se realizó con el propósito de examinar las reglas de los actuales tratados para la tributación que apliquen beneficios a los negocios en el contexto del comercio electrónico y para examinar algunas propuestas alternativas a dichas reglas.⁵²⁷

Los temas abordados en el documento en cuestión, creado al abrigo de la discusión pública mencionada, son los relativos a la tributación de los negocios cuyos beneficios se obtengan en el contexto del comercio electrónico, con especial énfasis en los conceptos de establecimiento permanente, el lugar del manejo efectivo, la atribución de los beneficios al servidor del establecimiento permanente y a los precios de transferencia. Otras cuestiones consideradas en la discusión en comento son las

⁵²⁷ *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?*, Public Discussion Draft, de 26 de noviembre de 2003. “The Technical Advisory Group (TAG) on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for Taxing Business Profits (The “TAG”) was set up by the OECD Committee on Fiscal Affairs in January 1999 with the general mandate to “examine how the current treaty rules for the taxation of business profits apply in the context of electronic commerce and examine proposals for alternative rules”.”.

relacionadas con la identificación de alternativas para crear normas que determinen los derechos tributarios a aplicar cuando concurren dos o más jurisdicciones en las negociaciones realizadas en el contexto del comercio electrónico, entre otros aspectos interesantes en materia tributaria y que serán abordados en líneas posteriores de este escrito.

Los documentos creados al seno de la organización en cita son de diversas índoles y en el campo de la sociedad de la información existen otros más, aparte de los antes mencionados, que destacan por su notable línea de protección hacia los particulares o consumidores usuarios de los medios de comunicación electrónicos para realizar sus asuntos personales o de carácter comercial. En este sentido, existen dos importantes documentos que la OCDE ha elaborado como directrices o recomendaciones para proteger la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales y otra para proteger a los consumidores en el contexto del comercio electrónico. Ambas guías han sido adoptadas por países integrantes de la propia organización y también por los no integrantes de ella, en donde tanto unos como otros han encontrado ideas acertadas y adecuadas para la regulación de dichas materias en sus respectivas esferas normativas nacionales.

Los documentos en cuestión, se titulan propiamente como “Directrices de la OCDE sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales”⁵²⁸ de 23 de septiembre de 1980, y “Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico”⁵²⁹ de 9 de diciembre de 1999. El primero de dichos documentos, “Directrices de la OCDE sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales” de 23 de septiembre de 1980, señalan la necesidad de proteger los datos personales en línea ante el rápido y creciente desarrollo de las tecnologías de información

⁵²⁸ *Directrices de la OCDE sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales*, de 23 de septiembre de 1980, C(80)58/Final, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org>.

⁵²⁹ *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico*, de 9 de diciembre de 1999, C(99)184/Final, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org>.

y las comunicaciones. La Primera Parte, sobre Generalidades, señala que las directrices se aplican a datos personales tanto del sector público como el privado y tratan de servir más que nada “como estándares mínimos que se puedan complementar con otras medidas de protección de la privacidad y de las libertades individuales”.⁵³⁰

En la Segunda Parte de las Directrices antes indicadas, se describen los principios básicos de aplicación nacional que versan sobre la limitación de recogida de datos personales, de calidad de los datos, de especificación del propósito, de limitación de uso, de salvaguardia de la seguridad, de transparencia, de participación individual y de responsabilidad. En su Tercera Parte, las directrices contienen los principios básicos de aplicación internacional en cuanto a restricciones en el libre flujo y la legitimidad. La Cuarta Parte se refiere a la Implantación nacional y la Quinta Parte trata sobre la Cooperación internacional. En el apartado relativo a la protección de datos personales se hará explicar con mayor detalle sobre estas Directrices y cada uno de sus principios.

Respecto a la *“Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico”* ésta representa uno de los más importantes documentos que la OCDE ha elaborado como parte de su interés en el estudio de las modernas tecnologías de información y del comercio mismas que han revolucionado y cambiado los ambientes sociales, políticos y económicos de los países del orbe. Algunos de esos cambios, en mayor o menor medida han contribuido al desarrollo de dichos ambientes pero sin duda en una mayor proporción lo ha sido en el rubro económico.

Así, las economías de los países miembros y también los no miembros de la organización han experimentado a través del avance tecnológico un significativo desarrollo económico. En este aspecto, la parte destacada que compete analizar en esta

⁵³⁰ Alcance de las directrices, *Directrices de la OCDE sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales*, de 23 de septiembre de 1980, C(80)58/Final, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org>.

investigación es la relacionada con el comercio electrónico, uno de los tópicos centrales en los estudios e investigaciones realizadas por parte de la OCDE.

Por ser el Comercio Electrónico uno de los principales temas estudiados y analizados por la OCDE y en gran medida un elemento importante para el desarrollo del comercio internacional, la misma organización ha dedicado buena parte de su tiempo, por medio de sus expertos, quienes han elaborado una serie de lineamientos para apoyar a los gobiernos de sus diferentes países miembros, e incluso a los no miembros, para que tengan una visión sobre las grandes potencialidades que contiene esta manera de realizar el comercio. Como parte de sus trabajos y con el fin de apoyar el desarrollo sustentable de las economías de los países miembros y no miembros y a la vez promover a que sus habitantes accedan a tener más y mejores oportunidades de trabajo y por consecuencia una mejora en sus condiciones sociales, la OCDE sigue elaborando documentos, guías y recomendaciones para mejorar todos los aspectos involucrados en el comercio electrónico y tener así un ambiente favorable que lo propicie y desarrolle.⁵³¹

La Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, aprobada con fecha 9 de diciembre de 1999, expresa a manera de justificación que “Las leyes, políticas y prácticas relativas al consumidor limitan las conductas comerciales fraudulentas, engañosas y desleales. Tales protecciones son indispensables para construir la confianza del consumidor y para establecer una relación más equitativa entre empresarios y consumidores en las transacciones comerciales”.⁵³²

Otras razones que la OCDE expone, para proteger a los consumidores en las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos, es el hecho de que dada la naturaleza internacional de las redes digitales, se requiere de una atención global de

⁵³¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.oecd.org> .

⁵³² *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico*, <http://www.oecd.org> , 4 de marzo de 2002, 10:30 am., p. 2 de 10.

protección al consumidor que permita la conformación de un marco legal transparente y predecible para el comercio electrónico. Asimismo, enfatiza en la consulta y cooperación internacionales para tratar de manera más efectiva los temas relacionados con la protección de los consumidores.

La OCDE recomienda y sugiere a sus países miembros que adopten las medidas necesarias para implementar los contenidos más relevantes de los Lineamientos anexos a la Recomendación. A la vez, solicita su difusión entre las dependencias, organismos de gobierno y sectores empresariales involucrados en el comercio electrónico. La idea de proteger al consumidor en el comercio electrónico sin crear barreras al comercio surgió en el año de 1998 al seno del Comité de Política del Consumidor de la OCDE. Los lineamientos de que consta la recomendación elaborada por dicha organización son sugerencias dirigidas a los gobiernos, empresarios, consumidores y sus representantes con la idea de sumar esfuerzos y crear una efectiva protección al consumidor en el comercio electrónico. Sin embargo, dicho ordenamiento aclara que de ninguna manera restringirá derecho alguno que exceda sus disposiciones, como tampoco impedirá que los países miembros conserven o aprueben otras cuestiones más estrictas para proteger al tipo de consumidor en cuestión, por lo tanto, la recomendación pretende antes que todo servir como guía o marco de referencia.⁵³³

Los principios contenidos en la recomendación en cita pretenden orientar a los gobiernos para que formulen e implementen disposiciones normativas en materia de consumo que generen confianza y protección de los consumidores en el comercio electrónico. También, dichos principios se dirigen a las asociaciones empresariales y grupos de consumidores con orientación sobre los principios a considerar en la formulación de sistemas de regulación, asimismo y de manera individual se enfocan a los empresarios y consumidores para brindarles información sobre las características básicas que debe contener la información que se difunda en el comercio electrónico y todas

⁵³³ *Op. Cit.*, p. 2.

aquellas prácticas comerciales justas y a las que tienen derecho tanto los empresarios como los consumidores.

Para elaborar la recomendación en comento, el Consejo de la OCDE tomó en consideración otros acuerdos tomados con anterioridad y que evidentemente estaban en cierta forma relacionados con el tema relativo a los medios electrónicos y su uso, por ello consideró la Declaración Ministerial sobre Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico de 8-9 de octubre de 1998 (C(98)177) (Anexo 1); los Lineamientos que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales del 23 de septiembre de 1980 (C(80)58(Final)); la Declaración Ministerial sobre la Protección de la Privacidad en Redes Globales del 8-9 de octubre de 1998 (C(98)177) (Anexo 1), asimismo tomó en consideración la Declaración Ministerial sobre Autenticación en el Comercio Electrónico de 8-9 de octubre de 1998 (C(98)177 (Anexo 3), entre otros documentos.⁵³⁴

Otros documentos tomados en cuenta para la elaboración de la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico fue la Recomendación del Consejo sobre los Lineamientos para la Seguridad de Sistemas de Información del 26-27 de noviembre de 1992 (C (92)188/FINAL) y la Recomendación de la OCDE relativa a los Lineamientos sobre Política Criptográfica del 27 de marzo de 1997 (C (97)62/FINAL).

Con todos los documentos antes mencionados, se reconoció que el comercio electrónico puede ofrecer grandes beneficios a los consumidores con el rápido acceso a los bienes y servicios ofrecidos, asimismo, brinda facilidades por medio de la comunicación electrónica a los empresarios y consumidores en relación a las operaciones de compraventa electrónicas transfronterizas, mismas que por su naturaleza ponen en riesgo los intereses de ambos. No obstante, el énfasis de ese reconocimiento recae también en el considerar la ley y jurisdicciones aplicables al contexto del consumidor que

⁵³⁴ *Op. Cit.*, p. 3.

puedan tener implicaciones en un amplio rango de asuntos relativos al comercio electrónico y en la protección del mismo consumidor.⁵³⁵

La recomendación que el citado documento hace a los países miembros es principalmente de que adopten lo necesario para implementar las medidas aquí sugeridas y difundan entre todas sus dependencias y organismos gubernamentales, así como en los sectores involucrados en el comercio electrónico y a los consumidores estos lineamientos de la OCDE. Va implícita la invitación a los países no miembros para que también tomen en cuenta la recomendación y revisen sus políticas reguladoras en esta materia y adopten las medidas necesarias para tener una efectiva protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico.

Los Lineamientos anexos a la Recomendación de la OCDE no se aplican a las transacciones empresa-empresa, sino específicamente al comercio electrónico entre empresarios y consumidores. Los Principios Generales⁵³⁶ que contienen estas disposiciones en su Segunda Parte, son los siguientes: El primero de ellos conocido como *Protección transparente y efectiva*, insta a que los consumidores usuarios del comercio electrónico se les debe otorgar una protección transparente y efectiva que no sea menor a la de las formas tradicionales del comercio, para ello se requiere el trabajo conjunto de todos los involucrados, gobierno, empresarios, consumidores y representantes. El segundo principio denominado *Equidad en las prácticas empresariales, publicitarias y de mercadotecnia*, señala que las empresas que participan en el comercio electrónico deben respetar los intereses de los consumidores y actuar conforme a prácticas equitativas en el ejercicio de sus actividades empresariales, publicitarias y de mercadotecnia.⁵³⁷

Resulta importante destacar el segundo principio porque está enfocado directamente a la práctica empresarial, es decir, al elemento del comercio donde suelen presentarse la mayor parte de la problemática comercial misma que en gran medida

⁵³⁵ *Op. Cit.*, p. 3.

⁵³⁶ *Op. Cit.*, pp. 5 a 9.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 5

también va en detrimento de los derechos de los consumidores. De acuerdo con este principio, se trata de sensibilizar a las empresas para que no incurran en omisiones o recurran a prácticas falsas, engañosas o fraudulentas ni llevar a la práctica actividades de comercio que pongan en riesgo las garantías de los consumidores.

Las empresas en general están conminadas a conducirse con probidad y a realizar sus campañas publicitarias con claridad en donde los productos y servicios ofrecidos se muestren sin engaños al consumidor. Los mismos empresarios están comprometidos a respetar las políticas declaradas y acordadas con el consumidor en relación a la transacción comercial de que se trate, pero deben poner un mayor énfasis en considerar las particulares características que regulan las ofertas realizadas por medios electrónicos ante la naturaleza global que presenta el comercio realizado por dichos medios.

Cuando se trata de comercio electrónico, es evidente que las sugerencias a los empresarios van más allá del respeto que deben guardar a los acuerdos contractuales celebrados con el consumidor y se enfocan más a lo que representa uno de los riesgos más frecuentes en las transacciones electrónicas como lo son la publicidad engañosa. Por ello, se recomienda tener cuidado al momento de hacer la publicidad y también de acatarla, pues tanto la publicidad como la mercadotecnia deben identificar perfectamente a la empresa que se trate ante la cual se habrán de dar los ulteriores acuerdos en los que estará manifestada la voluntad de las partes.

Los mensajes publicitarios que envíen los empresarios a los consumidores no podrán recibirse por parte del consumidor sin su consentimiento, es decir, las propias empresas deberán implementar medios para que los consumidores manifiesten su voluntad para decidir si quieren o no recibir mensajes o publicidad no solicitada a través de su correo electrónico.

El tercer principio contenido en el anexo de los lineamientos en comento se refiere a la *información en línea* y se refiere a tres aspectos relacionados con la información sobre la empresa, la información sobre los bienes o servicios y la información relativa a la

transacción. Sobre la *información sobre la empresa*, señala que ésta debe proporcionar en forma clara, precisa y accesible la información suficiente sobre la misma, pues la identificación de la empresa, en cuanto a su nombre, domicilio o marca permitirá al consumidor y demás autoridades una mejor comunicación y relación entre todos.

Respecto a la *información sobre los bienes o servicios* las empresas deberán dar una información clara sobre los bienes y servicios ofrecidos para que los consumidores puedan tomar mejores decisiones antes de realizar la transacción. En cuanto a la *información relativa a la transacción*, las empresas deben informar sobre las condiciones y costos de la operación a realizar para que los consumidores los revisen con anticipación y puedan tomar una decisión más acertada.⁵³⁸

El cuarto principio contenido en el anexo de los lineamientos se refiere al *procedimiento de confirmación* que se hace con el fin de evitar las ambigüedades respecto a la intención del consumidor para realizar una compra antes de que ésta se concrete, para lo cual requerirá identificar el bien, expresar su voluntad de manera razonada y corregir antes de concretar la operación cualquier error que pudiera presentarse o bien cancelar la transacción antes de concluir la compra.⁵³⁹

El principio número cinco, sobre *pagos*, señala que a los consumidores se les debe de dar a conocer los medios de pago seguros y sencillos de utilizar, así como el nivel de seguridad que contengan. El sexto principio denominado *solución de controversias y reparación del daño*, presenta dos variables, una de ellas es sobre la ley y jurisdicción aplicables en donde indica que las transacciones transfronterizas entre consumidores y empresa realizadas por medios electrónicos están sujetas al marco legal vigente sobre ley aplicable y competencia jurisdiccional, por lo cual se recomienda modificar y adecuar los marcos jurídicos vigentes para aplicarlos al contexto del comercio electrónico, para lo que deberán los respectivos gobiernos asegurar la equidad entre

⁵³⁸ Anexo de la *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico*, <http://www.oecd.org> , p. 3.

⁵³⁹ *Op. Cit.* P. 7.

consumidores y empresarios y puedan los primeros tener un nivel de protección legal no menor al que se otorga en las tradicionales formas de hacer negocios.

La segunda variable del sexto principio que nos ocupa es el relativo a los *mecanismos alternativos para la resolución de disputas y reparación del daño*, donde se indica el deber de proporcionar a los empresarios y consumidores un fácil acceso a mecanismos alternativos para tener un proceso justo para resarcir y resolver los conflictos y sin cargos o costos onerosos para cualquiera de los dos. La resolución de conflictos es de por sí una de las partes más difíciles de regular ante cualquier desacuerdo de carácter comercial por lo cual tanto empresarios, consumidores, gobiernos y demás personas involucradas en el comercio electrónico deben sumar esfuerzos para crear un marco legal uniforme y justo que permita resolver los conflictos entre empresarios y consumidores de una manera rápida y equitativa sin gastos onerosos para unos u otros.

El séptimo principio denominado como privacidad sugiere que los empresarios y consumidores se apeguen a los Lineamientos que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales de la OCDE de 1980, así como de la Declaración Ministerial de la OCDE sobre protección de la Privacidad en redes Globales de 1998 para tener una protección más efectiva y apropiada para los consumidores.

El último principio contenido en los lineamientos en cuestión es el denominado como *educación y concientización*, el cual conmina a los gobiernos, empresas y demás involucrados en el comercio electrónico a educar a los consumidores participantes en dicho comercio para que estén bien informados en todo lo relacionado a las actividades desarrolladas en línea. Para ello, se sugiere utilizar todos los medios efectivos donde se incluyan también las innovadoras técnicas innovadoras de las redes globales que permitan dar a conocer de manera accesible a los consumidores las normas más relevantes que garanticen la protección de sus derechos.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ *Op. Cit.* P. 9.

Las dos últimas partes, la tercera y la cuarta, de la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, se refieren a la implementación y a la cooperación global respectivamente. La primera señala que para el logro de los propósitos de este documento los países miembros de la OCDE, tanto en su ámbito nacional como internacional, y en cooperación con empresarios, consumidores y representantes deberán realizar de manera conjunta algunas acciones que permitan la revisión, adopción y modificación de sus leyes y prácticas para que sean compatibles con el comercio electrónico, tomando en consideración la neutralidad de los principios de la tecnología y los medios de comunicación, asimismo, exhortar a quienes les compete el fomentar y promover todas lo inherente al desarrollo de la tecnología, información, asesoría, marcos jurídicos y todo aquello que permita el uso y desarrollo del comercio electrónico.⁵⁴¹

Sobre la cooperación global, los lineamientos sugieren a los países miembros de la OCDE que para proteger de manera efectiva a los consumidores en el contexto del comercio electrónico deberán cooperar de manera conjunta dentro del ámbito internacional por medio de las autoridades judiciales, legislativas y ejecutivas para coordinar, informar o comunicar acciones que permitan combatir conductas comerciales transfronterizas fraudulentas, engañosas y desleales. Se exhorta a los países a utilizar las redes internacionales existentes para participar en los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes entre ellos o bien celebrar otros nuevos para el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones o sentencias que se dicten en relación a disputas entre consumidores y empresarios.

La Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, si bien no es una norma o disposición de carácter general y obligatorio para todos los países miembros de la organización ni tampoco para aquellos que no pertenezcan a la misma, representa por sí un documento valioso con ideas claras y precisas respecto a lo que los gobiernos deben considerar para regular la protección de los consumidores en el contexto del

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

comercio electrónico. Algunos países han tomado en consideración la recomendación en comento para elaborar sus propias reglas relacionadas con el tema como lo es el caso de México que a través de la Procuraduría Federal del Consumidor ha implementado un programa para la defensa de los derechos de los consumidores en línea cuyos alcances de momento se concretan a las operaciones llevadas a cabo en el contexto del comercio electrónico interno, es decir, para aquellas que se realiza dentro del territorio nacional.

La OCDE sigue analizando y creando documentos, lineamientos, sugerencias y demás disposiciones tendientes a regular las diversas formas que se presentan en las transacciones realizadas a través de los medios electrónicos. Las contribuciones a esta importante manera de hacer negocios son numerosas y comprenden la mayor parte de las áreas que comprende, algunas de las cuales ya se han mencionado en líneas anteriores tales como la protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, la protección del consumidor, la seguridad de los sistemas de información, la autenticación de servicios y de firmas electrónicas, entre otras.

Otro documento creado al amparo de la OCDE y que en gran medida regula ciertas prácticas comerciales transfronterizas es uno denominado como *“Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Comercial Practices Across Borders”*, esta guía representa un esfuerzo que el Comité de Políticas del Consumidor adoptó como una Recomendación de la OCDE con fecha 11 de junio de 2003 y que se elaboró tomando en consideración la Declaración Ministerial para la Protección del Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico de fecha 8 de octubre de 1998 y la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico, aprobada el 9 de diciembre de 1999.⁵⁴²

⁵⁴² OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Comercial Practices Across Borders, 11 de junio de 2003, <http://www.oecd.org>.

Con la Guía antes mencionada se pretende que los países que la adopten puedan tener una referencia que les permita crear un sistema legal que proteja los derechos de los consumidores contra las prácticas comerciales engañosas y fraudulentas más allá de sus fronteras y puedan mantener una coordinación, cooperación e intercambio de información sobre estos asuntos con otros países que presenten la misma situación. Ante la evidencia de las prácticas comerciales engañosas y fraudulentas en contra de los consumidores, mismas que atentan también contra la integridad de los mercados nacionales e internacionales y que van en detrimento de todos los negocios y la confianza de sus consumidores, se requiere hacer un frente común entre los países que les permita prever este tipo de situaciones y otras más relacionadas con el comercio transfronterizo.⁵⁴³

Como parte de los estudios en la materia del comercio electrónico, la OCDE publicó un informe relativo al comercio electrónico en donde se plantea cómo sus propios análisis y debates pueden contribuir al comercio electrónico, cómo se puede construir la confianza en los usuarios y consumidores de tal disciplina, asimismo plantea otras cuestiones sobre cómo crear una infraestructura mayor y cómo establecer reglas de procedimiento para regular el comercio electrónico.⁵⁴⁴

El Comercio Electrónico es un tema central en la visión de la OCDE, representa para esta organización uno de los grandes potenciales para el futuro desarrollo de la economía mundial que lleva implícito la creación de más trabajos, la firma de más tratados y la mejora significativa de las condiciones sociales de la población. El comercio realizado a través de los medios electrónicos es una prioridad para muchos gobiernos y organizaciones internacionales que ven su desarrollo a la par del propio desarrollo de las modernas tecnologías de información.

⁵⁴³ *Op. Cit.* p. 7.

⁵⁴⁴ Policy Brief, *Electronic Commerce*, OECD Observer, OECD 2001, <http://www.oecd.org>

Lo que la OCDE ha planteado en sus foros relativos al comercio electrónico, como el de Ottawa en 1998 y el de Dubai en 2001, versan principalmente en la necesidad de crear un marco legal confiable que brinde seguridad a los empresarios y consumidores, asimismo sugiere que se maximicen los beneficios que brinda esta forma de hacer negocios y se incremente la infraestructura para el desarrollo del comercio electrónico.⁵⁴⁵

Sobre la manera de generar confianza en los usuarios y consumidores del comercio electrónico la OCDE considera que todo negocio requiere principalmente de un marco legal apropiado que permita el uso de la tecnología y señala tres aspectos de toda comunicación o transacción electrónica que deben estar legal y ampliamente regulados, como lo son la protección del consumidor, la protección de la privacidad, la seguridad y la autenticación.

Respecto a la protección al consumidor está lo antes mencionado sobre la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico de 1999; en cuanto a la protección de la privacidad está las también comentadas Directrices de la OCDE sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales de 1980 y sobre la seguridad y la autenticación están las Guías en Seguridad y Sistemas de Información de 1992 y las Guías en Política y Criptografía de 1997, así como las ya citadas Guidelines for the Security of Information Systems and Networks Towards a Culture of Security de 2002.

Sobre el establecimiento de reglas de procedimiento, la OCDE ha sugerido que si existe un marco legal comercial diseñado en una era no digital, los consumidores, los comerciantes y los gobiernos deben estar en contacto unos con otros para asegurarse de que las nuevas reglas del juego sean justas, transparentes y predecibles. En los trabajos que la organización realiza para elaborar guías o recomendaciones participan los actores que están involucrados e interesados en cada área de interés, así lo demuestran los documentos que sobre tributación, financiamiento, nombres de dominio, competencia y políticas de acceso al mercado se han elaborado en el contexto del comercio electrónico.

⁵⁴⁵ Policy Brief, *Electronic Commerce*, OECD Observer, Op. Cit. P. 2

La realidad demuestra que el desarrollo del comercio electrónico depende en gran medida de la infraestructura que se posea y de los servicios y atenciones apropiados que se brinden a los usuarios. La competencia en el mercado de las telecomunicaciones es importante pero su efectividad solamente puede darse si se cuenta con una gran infraestructura y un confiable marco legal que regule cada una de las acciones realizadas a través de los medios electrónicos. Los organismos internacionales concientes de la importancia del desarrollo del comercio electrónico siguen planteando sugerencias sobre como maximizar sus beneficios, para lo cual analizan sus diferentes contextos con el fin de conocer a profundidad sus características y áreas de mejora que van desde sus políticas reguladoras y el estudio de su impacto social y económico hasta las peculiaridades de los negocios involucrados en el sector.

II. Ley Modelo de UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), United Nations Comisión on International Trade Law (UNCITRAL) es, en el ámbito del derecho mercantil internacional, el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas que está dedicado a revisar y reformar la legislación en materia mercantil, siendo su principal función la de modificar y armonizar las reglas del comercio internacional, a través de normas modernas, equitativas y armonizadas. Como parte de sus razones y justificaciones para trabajar en esta importante área jurídica, la propia organización señala que el comercio contribuye al crecimiento y desarrollo de las economías de los países, genera beneficios a su población y mejora en consecuencia el nivel de vida de sus habitantes.⁵⁴⁶

Este organismo, UNCITRAL, se estableció mediante la resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de Naciones Unidas, al reconocer que “las disparidades entre las legislaciones nacionales que regían el comercio internacional

⁵⁴⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI), United Nations Comisión on International Trade Law (UNCITRAL), <http://www.uncitral.org> .

creaba obstáculos al comercio...”⁵⁴⁷, por tal motivo se creó dicha Comisión, con el fin de reducir o eliminar de cierta manera los obstáculos al comercio, por medio de la creación de normas para fomentar la armonización y la unificación en el ámbito del derecho mercantil internacional.

La UNCITRAL o CNUDMI es el principal órgano jurídico de las Organización de las Naciones Unidas en el área del derecho mercantil internacional. La Asamblea General de la ONU “encomendó a la Comisión el mandato general de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional”.⁵⁴⁸

La Comisión está constituida por 60 estados miembros que elige la Asamblea General de la ONU y representan significativamente las principales regiones geográficas del orbe, así como sus sistemas jurídicos y económicos. Los periodos de duración de cada Estado miembro dentro de la Comisión es de seis años y cada tres años expira el mandato de la mitad de ellos. En la actualidad México tiene su mandato vigente hasta el año de 2007, en tanto España y Estados Unidos lo tienen hasta el 2010, por citar algunos ejemplos. La secretaría de la CNUDMI la tiene la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas con sede en la ciudad de Viena.

En cuanto a la forma de operar, la CNUDMI tiene establecidos seis grupos de trabajo integrados por los Estados miembros que se encargan de la actividad preparatoria de fondo de los temas de su programa de trabajo. El Grupo de Trabajo I se encarga de los proyectos de infraestructura con financiación privada; el Grupo de Trabajo II trabaja en asuntos de Arbitraje y conciliación internacional; el Grupo de Trabajo III labora en asuntos relacionados con Derecho del transporte; el Grupo de Trabajo IV trabaja en temas relativos al Comercio Electrónico; el Grupo de Trabajo V trata asuntos

⁵⁴⁷ Gutiérrez Cortés, Fernando, “*Comprensión de la economía digital*”, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental, México, 2000, p. 270.

⁵⁴⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI), United Nations Comisión on International Trade Law (UNCITRAL), *Op. Cit.* p. 2.

relativos al Régimen de la insolvencia y el Grupo de Trabajo VI lo hace sobre el tema de Garantías reales.⁵⁴⁹

La CNUDMI sesiona cada año de manera alterna en sus sedes de las Naciones Unidas en Nueva York y en el Centro Internacional de Viena. Los Grupos de Trabajo alternan también en dichas sedes y celebran uno o dos periodos de sesiones al año, dependiendo del tema que se trate. Las sesiones se convocan para los Estados miembros de la Comisión, pero los Estados no miembros y las organizaciones internacionales pueden asistir como observadores tanto a las sesiones de la Comisión como a la de los Grupos de Trabajo y pueden participar en las deliberaciones de ambas sesiones en la misma medida que los Estados miembros de la Comisión.⁵⁵⁰

En relación a los trabajos que la CNUDMI ha realizado en sus Grupos de Trabajo vale la pena mencionar algunos de los temas más significativos que ha estudiado como lo es el relativo a la Compraventa internacional de mercaderías y operaciones conexas de donde surgió la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974), documento enmendado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980, vigente a partir del año de 1988), misma que contiene importantes disposiciones relativas a la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, las obligaciones del vendedor y del comprador y los derechos y acciones para el caso de incumplimiento y demás aspectos relativos a los contratos.

Sobre los trabajos celebrados en relación al tema del Transporte internacional de mercaderías surgió el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978, en vigor desde el 1 de noviembre de 1992, conocido también como “Reglas de Hamburgo”. En este documento se establece un régimen jurídico uniforme

⁵⁴⁹ *Op. Cit.* p. 3.

⁵⁵⁰ *Op. Cit.* p. 3.

para los derechos y obligaciones, tanto de los cargadores, porteadores y consignatarios, que nacen de un contrato de transporte marítimo de mercancías.

En materia de Arbitraje y conciliación comercial internacional la CNUDMI ha sido muy prolífica en virtud del gran número de disposiciones reguladoras que ha creado. Uno de los primeros documentos elaborados fue el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI de 1976, el cual contiene las normas de procedimiento que las partes pueden emplear para la sustanciación de las acciones arbitrales derivadas de actividades comerciales. Este documento fue reforzado con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980 para efectos de solucionar pacíficamente una controversia.⁵⁵¹

Uno de los documentos de la CNUDMI más conocidos y empleados de manera frecuente por su reconocida eficacia y que ha servido como ley modelo en países desarrollados como en aquellos que están en vías de desarrollo, mismos que incluso la han incorporado a sus legislaciones nacionales, es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Esta Ley ayuda a los países a reformar y modernizar sus leyes sobre procedimiento arbitral para que tomen en cuenta las peculiaridades del arbitraje comercial internacional.

Otras disposiciones relacionadas con el tema del arbitraje son las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral de 1996 como una ayuda para los profesionales del arbitraje en la preparación de los procesos arbitrales. Otra disposición es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2001 fue creada para orientar a los Estados para que adopten un nuevo régimen o mejoren el que ya tienen respecto a la conciliación o mediación con intervención de un tercero para dirimir amablemente las diferencias o controversias en las relaciones comerciales internacionales. La Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 aunque se formó antes de la constitución formal de la CNUDMI forma parte de sus programas de trabajo.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 4

El tema de la contratación pública es otro de los tópicos estudiados y analizados por la CNUDMI de aquí surgió la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 que ayuda a los países en sus procesos de reforma y actualización de sus leyes en materia de adquisiciones por el sector público en su proceso de contratación. Sobre Contratos de Construcción la Comisión expidió la Guía para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales de 1988 para plantear las cuestiones jurídicas de las diversas etapas de la contratación en relación a la construcción de instalaciones industriales.⁵⁵²

Un tema interesante que la CNUDMI ha trabajado con persistencia y cuyos resultados han favorecido tanto a los Estados miembros como a lo no miembros es el relativo a Pagos Internacionales. En 1988 surgió la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales con el fin de proporcionar nuevos títulos valores internacionales de uso facultativo para ser utilizados por las partes en las operaciones comerciales internacionales, en donde la forma del documento negociable queda sujeto a la Convención de la CNEDMI.

Existe la Ley Modelo de CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, de 1992, por la cual las operaciones que resulten de una orden hecha por una persona a un banco éste, la institución bancaria, pone a disposición de un beneficiario una suma de dinero. Este tipo de norma regula otros aspectos relativos a la transacción bancaria como las obligaciones que tiene el banco que ordena y el banco que recibe la orden de pago, así como los plazos de que disponen para hacer el pago correspondiente al beneficiario.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997 tiene como objetivo el promover “la adopción de una normativa legal moderna y equitativa para aquellos casos en los que un deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado”. Esta Ley comprende la regulación de las condiciones en que un administrador de un

⁵⁵² *Ibidem*, p. 5.

procedimiento extranjero de insolvencia tiene acceso a los tribunales del Estado donde se adoptó la Ley Modelo y se define las condiciones del procedimiento.

Parte esencial de las actividades de la CNUDMI es la de recopilar y difundir información sobre decisiones judiciales y laudos arbitrales en relación con sus Convenciones y Leyes Modelo. Esta actividad parte de la idea de que a nivel internacional exista el interés por sus textos jurídicos, así como por su aplicación e interpretación, por lo cual la divulgación de la jurisprudencia se realiza a través de un documento que puede solicitarse directamente a la Secretaría de la Comisión.⁵⁵³

El comercio en general, sea nacional o internacional, es una actividad indispensable para el desarrollo de toda economía en cualquier país del orbe y que conlleva a una elevación o mejoría en el nivel de vida de una sociedad. Sin embargo, para que pueda darse ese desarrollo en la economía nacional o internacional es indispensable tener un sistema jurídico amplio, seguro y uniforme que regule cada una de las acciones involucradas en los procesos comerciales que elimine o disminuya en la mayor medida posible las disparidades existentes entre las diversas legislaciones nacionales o internacionales involucradas. Por ello, el trabajo desempeñado por organismos internacionales como la CNUDMI debe ser apoyado por los países que reclaman seguridad en sus actividades de comercio, en virtud de que los documentos que en forma de convenios, recomendaciones, guías o leyes modelo con carácter internacional al ser aceptados a escala mundial y con un alto sentido de equidad y armonización hacen exitosas y seguras las diversas operaciones comerciales celebradas en cualquier parte del mundo.⁵⁵⁴

Las Leyes Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sirven de guías a muchas legislaciones nacionales para crear sus propios marcos jurídicos en materia de derecho mercantil y específicamente en la expedición de normas para regular el comercio

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁵⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI), United Nations Comisión on International Trade Law (UNCITRAL), *Op. Cit.* p. 1

internacional, pero también realiza estudios y análisis sobre jurisprudencia relacionada a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme para su incorporación al derecho interno. Asimismo, presta asistencia técnica para proyectos de reforma de la legislación y organiza seminarios nacionales y regionales sobre derecho mercantil uniforme.

Las áreas más importantes sobre las que trabaja la Comisión de referencia y que ya se mencionaron con antelación son aquellas relacionadas con la compraventa internacional de mercaderías; el transporte internacional de mercaderías; el arbitraje y la conciliación internacional; la contratación pública; el comercio electrónico; los pagos internacionales y las cartas de crédito, entre otros importantes rubros.⁵⁵⁵

Sobre el tema relativo al Comercio Electrónico, existe una ley que la UNCITRAL (CNUDMI) expidió en el año de 1996, por Resolución No. 51/162 de la Asamblea General de fecha 16 de diciembre, denominada Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, la cual fue aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuyo objetivo primordial es el de armonizar y unificar el derecho mercantil internacional con la idea de eliminar los obstáculos al comercio internacional, ya sea por las insuficiencias o divergencias del derecho interno que afecten al comercio mismo.⁵⁵⁶

Los términos y disposiciones empleados por la Ley Modelo de CNUDMI sobre Comercio Electrónico han sido incorporados a diversas legislaciones de Derecho Interno de algunos países; la propia Comisión, elaboró además una Guía para la incorporación de dicha Ley al derecho interno. Esto es evidente en la legislación mexicana, recientemente reformada y adicionada, donde se aprecian algunos conceptos similares entre ambos

⁵⁵⁵ *Op. Cit.* p. 1

⁵⁵⁶ Amescua Ornelas, Norahenid, *e-commerce en México, Aspectos Legales*, Ed. Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A. de C.V., México, 2000, p. 3.

La autora hace mención a las reformas y adiciones introducidas al Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor, a través del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo de 2000 y hace también, en su citado texto, una descripción sobre la ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno, de fecha 16 de diciembre de 1996.

ordenamientos, aunque no tanto como se pretende al menos existen atisbos para una más amplia reforma legislativa mexicana en la materia. La Ley en cuestión adoptada en 1996, tiene entre otros objetivos el facilitar el uso de los medios de comunicación electrónicos y el almacenamiento de la información, como lo es el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico y la telecopia, con o sin soporte como el Internet. Esta ley, de cierta forma genera los criterios necesarios para apreciar el valor jurídico de la comunicación electrónica y a la vez promueve su uso. Brinda los criterios suficientes para determinar el valor legal de los mensajes electrónicos, promueve su uso para incrementar las comunicaciones sin soportes en papel.

Como parte de los objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Asamblea General de las Naciones Unidas menciona que el hecho de que una ley facilite "...el uso del comercio electrónico y sea aceptable para Estados que tengan sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes podría contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas".⁵⁵⁷

Parte de las recomendaciones que la Asamblea General de Naciones Unidas hace a los Estados es que "...consideren de manera favorable la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutos de los que utilizan papel sea uniforme... y que no se escatimen esfuerzos para velar por que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos".⁵⁵⁸

Buena parte de las reformas y adiciones hechas a la legislación mexicana se realizaron de acuerdo con los preceptos establecidos en la Ley Modelo de la CNUDMI, basta mencionar que las definiciones y aplicaciones sugeridas para palabras tales como *mensaje de datos*, *intercambio electrónico de datos*, *firma*, *contrato*, son semejantes en ambas legislaciones, específicamente en el Código de Comercio de México.

⁵⁵⁷ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno*, <http://www.uncitral.org>, 27 de agosto de 2001, 7:30 am., p. 3 de 55.

⁵⁵⁸ *Op. Cit.*, p. 3 de 55.

Sobre las firmas electrónicas, la propia Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su trigésimo cuarto periodo de sesiones, celebrado en Viena del 25 al 13 de julio de 2001, expidió una Ley Modelo que se adoptó el 5 de julio de 2001, con la que se regula todo lo relativo a la *firma electrónica*. Esta Ley tiene como objetivo el que los usuarios de firmas electrónicas tengan mayor certeza jurídica y puedan ser equiparadas a las firmas manuscritas cuando se cumplan ciertos criterios de fiabilidad. Llama la atención el criterio de neutralidad tecnológica que maneja esta disposición en cuanto a que no se favorece el empleo de un determinado producto técnico para considerarla como válida y también las reglas de conducta para establecer los límites de responsabilidad que en su proceso puedan tener los actores participantes: el firmante, la parte que confía en la firma y los terceros en que se confía.⁵⁵⁹

La ley sobre firmas electrónicas, a la que posteriormente se hará referencia, fue propuesta por la CNUDMI para los Estados que deseen ampliar su ámbito de aplicación y para ser aplicable a todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de actividades comerciales. Para ello, la propia Comisión aclara que el término “*comercial*” debe “ser interpretado en forma lata de manera que abarque las cuestiones que dimanen de toda relación de índole comercial, sea o no contractual”.⁵⁶⁰

La propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, de 2001, señala en el Anexo II, artículo 1 sobre el ámbito de aplicación, que las relaciones de índole comercial comprenderán, aunque no exclusivamente, operaciones tales como: la de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; facturaje; arrendamiento con opción de compra; construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones de explotación; empresas conjuntas y otras formas de

⁵⁵⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI), United Nations Comisión on International Trade Law (UNCITRAL), *Op. Cit.* p. 7.

⁵⁶⁰ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas (2001)*, Anexo II, p. 1 de 6, <http://www.uncitral.org>

cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.⁵⁶¹

Las disposiciones legales emanadas de la CNUDMI (UNCITRAL), son importantes instrumentos jurídicos que de manera significativa están apoyando en la actualidad a todos los Estados para fortalecer la promulgación, estudio, reforma y adición de sus leyes que trae como consecuencia mantener y establecer relaciones comerciales internacionales armoniosas, dentro de las nuevas formas y pautas que marca el uso de los instrumentos electrónicos, dentro de los servicios de la sociedad de la información.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho Interno, de 1996, con la inclusión de la adición del Artículo 5 Bis en la forma aprobada en 1998, como lo indica su artículo 1 relativo al Ámbito de aplicación, es un ordenamiento legal aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de una actividad comercial. En este caso, el término *comercial* se sugiere ser interpretado como una forma que comprenda todo derivado de una relación comercial, sea o no contractual, mismas que pueden estar comprendidas en toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato judicial; de factoraje ("*factoring*"); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("*leasing*"), de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; sobre concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta o de otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o carretera.⁵⁶²

⁵⁶¹Op. Cit., p. 1 de 6.

⁵⁶²Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno, <http://www.uncitral.org> , 27 de agosto de 2001, 7:30 am., p. 4 de 55.

Como puede observarse, el término comercial es muy amplio y comprende prácticamente toda la gama susceptible de ser considerada como tal, es decir, no queda nada fuera de lo que pueda considerarse cabalmente como una relación comercial. Los términos comunes a todo tipo de transacciones electrónicas están definidos en el artículo 2 de la Ley en comento, así “*mensaje de datos*” es definido como la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. Esta definición es amplia pues aún sigue comprendiendo la mayoría de los medios de comunicación, aún algunos que posiblemente estén obsoletos o tengan poca utilidad como el télex.⁵⁶³

Respecto al EDI o *Intercambio Electrónico de Datos*, término muy conocido y empleado en el contexto de la comunicación electrónica, se define como la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, en donde la información está estructurada conforme a una norma técnica previamente convenida. Por *iniciador* de un mensaje de datos se entiende a la persona que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar el mensaje antes de ser archivado y no haya actuado como intermediario respecto a él. *Destinatario* de un mensaje de datos es la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, siempre y cuando no actúe como intermediario respecto a dicho mensaje. Por intermediario se entiende a toda persona que al actuar por cuenta propia envíe, reciba o archive el mensaje o preste algún otro servicio respecto a él. Por último, se entiende como *sistema de información* todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.⁵⁶⁴

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, para ser interpretada, sugiere su artículo 3, debe de tomarse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. Asimismo,

⁵⁶³ *Op. Cit.*, pp. 4 y 5.

⁵⁶⁴ *Op. Cit.*, p. 5.

aclara dicho artículo, que las cuestiones no resueltas en las disposiciones de la Ley se resolverán con los principios generales que la crearon.

El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos es pleno, es decir, según el artículo 5 del capítulo II sobre Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información contenida en forma de mensaje de datos. Si la ley requiere la información por escrito, el mensaje de datos satisface la solicitud si la propia información que contiene es accesible para ser consultada posteriormente. Esta disposición contenida en el artículo 6.1 es aplicable si el requisito se expresa en forma de obligación o si la ley prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito (Artículo 6.2).⁵⁶⁵

Señala el artículo 7 de la ley que nos ocupa que si se requiere de la firma de una persona, con un mensaje de datos puede quedar satisfecho dicho requerimiento siempre y cuando se utilice un método para identificar a la persona y se indique que esa misma persona aprueba la información contenida en el mensaje de datos y también si ese método es fiable y apropiado para los fines para los que se creó o comunicó el mensaje de datos, con todas las circunstancias del caso en donde puede estar incluido un acuerdo pertinente. Esta disposición se aplica si está como obligación o si la ley prevé consecuencias para el caso de que no exista una firma.

Para efectos de que la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, también se satisfará tal solicitud con un mensaje de datos si hay garantías fidedignas de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en forma definitiva, ya sea como mensaje de datos o en otra forma, asimismo, si se requiere que la información sea presentada y puede mostrarse a la persona que debe presentarse. La evaluación de la integridad de la información se hará conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo que se haya adicionado un endoso o bien exista un cambio

⁵⁶⁵ *Op. Cit.*, p. 6.

inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación. Respecto al grado de fiabilidad que se requiera se determinará conforme a los fines para los que se generó la información y también de las circunstancias del caso.

En cuanto a la admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, el artículo 9 indica que en todo trámite legal no se aplicará una regla que sea un impedimento para admitir como prueba un mensaje de datos, por dos cuestiones, una por la razón de que se trata de un mensaje de datos y la otra por no haberse presentado en su forma original, de ser el mensaje la mejor prueba que razonablemente se espera de la persona que la presenta.⁵⁶⁶

Otra cuestión, relativa también a la admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, es que toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria y se enfatiza que al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se tendrá presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Un punto regulado en la Ley es la conservación de los mensajes de datos, para lo cual el artículo 10 indica que para cuando la ley exija su conservación, será menester que la información contenida sea accesible para su posterior consulta y que el mensaje de datos se conserve con el formato en que se generó, envió o recibió o bien en otro formato pero que reproduzca con exactitud tal información. También se requiere la conservación de algún dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, así como la hora y la fecha en que se envió o recibió.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 7.

Un punto interesante tratado en la Ley de la CNUDMI, en el Capítulo III sobre Comunicación de los mensajes de datos, está contenido en el artículo 11 relativo a la Formación y validez de los contratos que como instrumentos legales por excelencia deben existir en toda transacción comercial. Los contratos, independientemente del medio a emplear, ya sea electrónico o tradicional, son necesarios para perfeccionar cualquier acuerdo de voluntades. Cuando se trata de una contratación electrónica, es decir, aquella que se lleva a cabo a través de los medios electrónicos, la idea lógica sería que requiere de un tratamiento especial para su validación, sin embargo, el citado precepto indica simple y llanamente que para la formación de un contrato, si no se conviene otra cosa, la oferta y la aceptación se pueden expresar a través de un mensaje de datos, por lo cual no se le podrá negar validez o fuerza obligatoria.⁵⁶⁷

Bajo esta misma premisa se reconoce que en las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos no se le negará a una manifestación de voluntad u otra declaración sus efectos jurídicos, ni su validez, ni su fuerza obligatoria, porque se hayan dado en forma de mensaje de datos.⁵⁶⁸

La atribución de los mensajes de datos tiene varias consideraciones, por lo cual el artículo 13 señala entre las más importantes las siguientes: por decir, se considera que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por él mismo; en cambio, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entiende que el mensaje de datos proviene del iniciador si lo envía una persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto del mensaje o bien por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁶⁸ Esta disposición echa por tierra algunas especulaciones respecto a no considerar la validez y la fuerza obligatoria de los contratos electrónicos. Salirse de un esquema tradicional puede causar dudas, pero si la norma tradicional acepta la existencia y la validez de los contratos formales (escritos) y los concensuales (orales), por qué no habría de darse esa legalidad a la contratación electrónica, en donde solamente se diferencia el medio de elaboración, no obstante que sigue siendo escrito y por lo tanto formal.

En cuanto a las relaciones entre el iniciador y el destinatario, éste último tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador y actuará en consecuencia en dos circunstancias, la primera, cuando para comprobar que el mensaje provenía del iniciador, el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin y, la segunda, cuando el mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio.⁵⁶⁹

Lo anterior, no se aplicará “A partir del momento en que el destinatario haya sido informado por el iniciador de que el mensaje de datos no provenía del iniciador y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia” o desde el momento en que el destinatario sepa, o debiera saber haber actuado con diligencia o aplicado un método convenido, que el mensaje de datos no provenía del iniciador.⁵⁷⁰

Respecto al acuse de recibo de un mensaje de datos, señala el artículo 14 de la Ley en comento que éste se podrá dar cuando el iniciador lo solicite o lo acuerde con el destinatario en una forma determinada, pero si dicha forma no se acuerda se podrá acusar recibo por medio de toda comunicación del destinatario, sea o no automatizada o todo acto del destinatario con lo cuales se baste para indicar al iniciador que ha recibido el mensaje de datos. Este apartado deja claro cuando la voluntad de las partes no existe en relación a la petición de un acuse se recibo del mensaje de datos, sin embargo, cuando el iniciador lo solicite como condicionante de los efectos del mensaje de datos y dicho acuse no se proporciona, se considerará que el mensaje no existe, es decir, que no se ha enviado.

⁵⁶⁹Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno, <http://www.uncitral.org>, 27 de agosto de 2001, 7:30 am., p. 8 de 55.

⁵⁷⁰Op. Cit., p. 8

Por el contrario, cuando no se condiciona el acuse de recibo a la validez del mensaje de datos, transcurrido un plazo razonable el iniciador le puede avisar al destinatario de que no lo ha recibido y pueden fijar un plazo razonable para su recepción. Asimismo, si no se recibe en el plazo convenido, conforme a lo antes dicho, se podrá avisar al destinatario y ejercer lo que en derecho proceda. Una cuestión especial derivada del uso de los medios electrónicos es que no existe la presunción cuando existe un acuse de recibo con el mensaje de datos correspondiente, pues la existencia de una presunción no implica que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido, excepto cuando se corrobore con los requisitos técnicos convenidos que es así. Por último, y de manera contundente el artículo señala que las consecuencias jurídicas derivadas de esta acción, solamente competen al envío o recepción del mensaje de datos, pero no a las que se puedan derivar del mensaje de datos o de su acuse de recibo en sí.⁵⁷¹

En otra circunstancia, sobre el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, el artículo 15 de la nombrada Ley de la CNUDMI, contiene ciertas consideraciones que se resumen principalmente en el hecho de que si el iniciador y el destinatario no convienen otra cosa, el mensaje de datos se tendrá como expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del primero o de quien envió el mensaje de datos en nombre de éste. Si no convienen otra cosa ambos, iniciador y destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se podrá determinar en dos momentos, uno de ellos será si el destinatario designa un sistema de información para recibir el mensaje de datos y que la recepción sea en el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado, o bien, cuando el destinatario recupere el mensaje de datos en un sistema de información que no sea el designado; el otro momento es cuando el destinatario no ha designado un sistema de información y por lo cual la recepción tiene lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.⁵⁷²

⁵⁷¹ *Op. Cit.*, p. 9. El artículo 14 de la Ley de la CNUDMI contempla diversas situaciones por las cuales se considera la recepción del denominado acuse de recibo en donde la importancia del mismo será consecuencia de la solicitud que de él haga el iniciador y lo acuerde con el destinatario, sin embargo, tal como se aprecia en la práctica, el cumplimiento de tal solicitud en la forma y plazos convenidos no siempre se cumplen, ante lo cual habrán de derivarse ciertas consecuencias jurídicas que quedan perfectamente delimitadas e aquellas que podrían adquirirse o derivarse del propio mensaje de datos.

⁵⁷² *Ibidem*, Artículo 15.2.a, pp. 9 y 10.

En otro apartado del citado artículo, se considera que si el iniciador y el destinatario no convienen otra cosa, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el sitio donde el primero tenga su establecimiento y por recibido donde lo tenga el segundo. Para el caso de que ambos tengan más de un establecimiento, se considerará como tal el que tenga más relación con la operación o bien el establecimiento principal. Si en última instancia ninguno de los dos tiene establecimiento, se considerará como tal el lugar de residencia habitual.

La segunda parte de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Comercio Electrónico denominada Comercio electrónico en materias específicas comprende el Capítulo I sobre Transporte de mercancías, constituido por dos artículos, el artículo 16 sobre Actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías y el artículo 17 sobre Documentos de transporte. Este capítulo es aplicable a los actos que guarden relación con un contrato de transporte de mercancías, entre los cuales destacan, de acuerdo con el artículo 16 y sin que la lista sea exhaustiva, los siguientes: la indicación de las marcas, el número, la cantidad o el peso de las mercancías; la declaración de la índole o el valor de las mercancías; la emisión de un recibo por las mercancías; la confirmación de haberse completado la carga de las mercancías; la notificación a alguna persona de las cláusulas y condiciones del contrato; la comunicación de instrucciones al portador; la reclamación de la entrega de mercancías; la autorización para proceder a la entrega de mercancías; la notificación de la pérdida de las mercancías o de los daños que hayan sufrido.⁵⁷³

Existen otros actos regulados en el artículo 16 relacionados con los contratos de transporte de mercancías, como aquellos que tengan relación con cualquier otra notificación o declaración relativas al cumplimiento del contrato; la promesa de hacer entrega de las mercancías a la persona designada o a una persona autorizada para reclamar la entrega; la concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o

⁵⁷³ *Op. Cit.*, Artículo 16, pp. 10 y 11.

negociación de algún derecho sobre mercancías y, por último, la adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato.⁵⁷⁴

Por otra parte, en lo relativo a los documentos del transporte, tema abordado y regulado en el artículo 17 del ordenamiento en referencia, existen puntos importantes a considerar en donde se trata entre otros asuntos el que si la ley requiriera que alguno de los actos contemplados en el artículo 16 de la misma ley se hiciera por escrito, bastará hacerlo con un mensaje de datos. Esto se aplicará tanto como si estuviera previsto como una obligación o si la ley lo contempla como consecuencia en caso de que no obre por escrito.

Si se concede un derecho a una persona determinada o ésta adquiera una obligación y que la ley requiera que para que surta efectos el acto, ese derecho u obligación deban transferirse a dicha persona a través del envío o el uso de un documento, tal requerimiento quedará satisfecho si el derecho o la obligación se transfieren con el uso de uno o más mensajes de datos, para lo cual se emplee un método confiable que sirva para garantizar la singularidad del mensaje o de los mensajes de datos. Para ello, el nivel de fiabilidad se determinará conforme a los fines para los que se transfirió el derecho o la obligación, así como de todas las circunstancias del caso o de cualquier acuerdo pertinente.⁵⁷⁵

Cuando se use uno o más mensajes de datos para la concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías o de la adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de dichos actos a no ser que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos. Por lo tanto, todo documento que se emita en esas circunstancias deberá

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁷⁵ *Op. Cit.*, Artículo 17, puntos 3 y 4, p. 11.

contener una declaración al efecto. Tampoco afectará los derechos ni las obligaciones de las partes la sustitución de mensajes de datos por documentos.⁵⁷⁶

Si se aplica obligatoriamente una norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías que esté consignado o del que haya constancia en un documento, dicha norma no se dejará de aplicar a un contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes de datos por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en un documento.⁵⁷⁷

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 contiene una Guía para su incorporación al derecho interno, misma que presenta algunas directrices que vale la pena comentar a groso modo. Si bien, esta norma tiene como finalidad principalmente el que sea aplicada por los Estados, entre lo cuales pueden estar aquellos que incluso no estén muy familiarizados con las técnicas de comunicación que regula, los conmina también a que de ser posible pueda ser modificada dicha ley si existiera alguna circunstancia nacional particular.⁵⁷⁸

Resulta clara la introducción que la Guía en cuestión presenta en cuanto a los objetivos que persigue, por decir, es enfática en señalar que la finalidad de la Ley Modelo es más que nada la de ofrecer a los legisladores nacionales un conjunto de normas de carácter internacional que les permitan eliminar los obstáculos jurídicos existentes en la regulación del comercio electrónico y crear así un marco legal que permita también su desarrollo. Esto se determinó, entre otras cuestiones, por la incertidumbre que generan

⁵⁷⁶ *Ibidem*, Artículo 17, punto 5, pp. 11 y 12.

Es importante destacar que con esta disposición lo que se pretende es antes que nada evitar utilizar un doble sistema de medios como lo sería el uso de documentos tradicionales y el uso de mensajes de datos, para lo cual deberá existir un documento que aclare tal circunstancia, para el caso de que se quiera o se esté utilizando uno y se quiera después emplear o cambiar por otro.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, Artículo 17, punto 6, p. 12.

⁵⁷⁸ Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, <http://www.uncitral.org>

En esta circunstancia la Guía aclara varias de las disposiciones contenidas en la Ley Modelo para su incorporación al derecho interno y enfatiza a la vez que independientemente del nivel de conocimiento o uso de los medios tecnológicos que tenga cada país, éste podrá adaptarla a sus propias realidades o necesidades.

los mensajes electrónicos en cuanto a su validez o eficacia jurídica, puesto que si no tienen un soporte en papel, algunas legislaciones dudan de su legalidad.

Lo anterior está reforzado en el hecho de que un régimen legal nacional inadecuado obstaculiza el comercio internacional, por ser las modernas tecnologías de la sociedad de la información las que están influyendo en mayor o menor medida en el acceso de las empresas a los mercados internacionales, por lo cual solamente un marco legal neutro podría dirimir los problemas que se presentan con la aplicación de los diversos y variados instrumentos legales nacionales aplicables a operaciones de comercio internacional.

En relación al ámbito de aplicación de la Ley, la Guía indica que el término “*comercio electrónico*” no queda especificado en dicho ordenamiento, pues solamente se define en su artículo 2 el concepto de “intercambio electrónico de datos (EDI)” con el cual se pretendía que éste abarcara una serie de aplicaciones relacionadas entre sí y que podrían incluirse en un término amplio de “comercio electrónico”. Por lo cual ciertas vías de transmisión basadas en el uso de técnicas electrónicas quedaban comprendidas en dicho término, tales como la comunicación a través del EDI; la transmisión de mensajes electrónicos usando normas patentadas o de libre acceso, así como la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre como lo sería el propio Internet y en algunas circunstancias el empleo del télex o del fax.⁵⁷⁹

⁵⁷⁹ Ámbito de aplicación de la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996*, pp. 13 y 14, <http://www.uncitral.org>

Aún cuando la Guía y la propia Ley sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI puedan prever el uso de ciertos medios de comunicación y por ende de las diversas formas de transmisión de la información, lo cierto es que el avance tecnológico es cada vez más rápido y muchos de los programas o soportes técnicos utilizados para realizar cualquier tipo de comunicación, incluida aquella necesaria para la celebración de una transacción electrónica, quedan rápidamente obsoletos o desfasados por nuevas formas tecnológicas que hacen a veces imposible la durabilidad de la vigencia de las normas jurídicas reguladoras tanto de dichos medios como de los asuntos que se realizan a través de ellos. Por lo tanto, el hecho de que la citada Ley y su respectiva Guía consideren los cambios como una consecuencia del rápido desarrollo tecnológico, permite que las sugerencias propuestas en dichos documentos le den valor y consistencia a las adopciones que los gobiernos nacionales hagan de tales disposiciones y puedan prever y adecuar sus marcos jurídicos a todo cambio o innovación tecnológicos.

Las variables que pueden presentar las diferentes manifestaciones de la comunicación electrónica pueden variar cuando una de dichas manifestaciones se puede transformar en otra, por decir, en ciertos casos un mensaje en formato numérico transmitido en forma de mensaje EDI se transformará, en algún punto de la cadena de transmisión entre el expedidor y el destinatario, en un mensaje télex expedido por una terminal informática o bien en un fax recibido por la impresora informática del destinatario. Asimismo, un mensaje de datos podrá nacer en forma de una comunicación verbal y ser recibido en forma de fax o nacer como fax que se entrega al destinatario en forma de mensaje EDI.⁵⁸⁰

Un punto interesante que aclara la propia Guía que nos ocupa es que el Comercio Electrónico tiene como característica el que “supone el empleo de mensajes programables, cuya programación en una terminal informática constituye el rasgo diferencial básico respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel”.⁵⁸¹ Todos los anteriores supuestos están previstos en la Ley ante los cuales los usuarios pueden de manera confiada y segura emplear las diversas técnicas de comunicación e incluso alguna otra de eventual innovación en este campo, pues dicho ordenamiento no excluye ninguna técnica de comunicación de su ámbito.⁵⁸²

Existen otros aspectos importantes a considerar sobre lo que la Guía de la citada Ley de Comercio Electrónico de la CNUDMI contempla en sus apartados. Por mencionar algunos dicha normatividad es enfática al señalar que sus objetivos pueden ser mejor logrados en tanto mayor sea su aplicación, por lo cual deja un margen bastante amplio para que sean los Estados adoptantes los que decidan no imponer en su derecho interno algunas restricciones al ámbito de aplicación de la Ley Modelo, por lo cual se recomienda que ésta se incorpore al derecho nacional en forma de norma unitaria de rango legal.⁵⁸³

⁵⁸⁰ *Op. Cit.* p. 14.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁸² *Op. Cit.* p. 14.

⁵⁸³ *Op. Cit.* p. 14.

La idea de que la Ley de Comercio Electrónico de la CNUDMI deba de complementarse con un reglamento técnico, lo señala la Guía de la propia ley en su apartado D, al considerar que por tratarse de una ley “marco”, ésta no enuncia por sí sola todas las reglas a aplicarse en la práctica, independientemente del país que se trate y del mayor o menor uso de tecnología que tenga. Por lo tanto se sugiere atenerse a las normas del propio derecho interno del país que se trate aún cuando para evitar esto mismo sea necesaria la promulgación de un reglamento técnico de aplicación.

Existen otros vocablos dentro de la Guía en mención que brindan mayor entendimiento a quienes la estudian, interpretan y aplican, por decir, los problemas existentes entre la distinción de lo que se entiende por un mensaje de datos y el mensaje tradicional consignado en papel ha traído ciertas divergencias que solamente podrían remediarse con una reforma normativa, entre otras cuestiones que no viene al caso señalar. De hecho, el criterio que sigue la propia Ley Modelo denominado como “*criterio del equivalente funcional*”, mencionado en su Guía respectiva, está basado precisamente en el estudio y análisis “de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico”.⁵⁸⁴

Quizá para algunos la diferencia existente entre un mensaje tradicional y un mensaje de datos no sea motivo de mayor discusión, pero la propia Guía señala la importancia de un mensaje en papel al indicar las importantes funciones que se le atribuyen. Para este caso, un documento en papel es un documento legible para todos que asegura su inalterabilidad a lo largo del tiempo y que además permite su reproducción para que cada parte disponga de un ejemplar del escrito. La autenticación de los datos contenidos en documentos de este tipo se suscriben con una firma y su presentación es una forma aceptable ante las autoridades públicas y los propios tribunales.⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, p. 15, <http://www.uncitral.org>

⁵⁸⁵ Op. Cit., p. 15.

Por su parte, los documentos consignados en medios electrónicos pueden ofrecer el mismo grado de seguridad equivalente al del papel, pero presentan evidentemente una mayor rapidez y fiabilidad, sobre todo en cuanto a la determinación del origen y del contenido de los datos, con la consecuente observación de algunos requisitos técnicos y jurídicos. Esto no quiere decir que la adopción del denominado criterio del equivalente funcional traiga como consecuencia la aplicación de normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico y por ende el consecuente costo en relación con las normas y los costos aplicables a la documentación consignada en papel.

La naturaleza de un mensaje de datos es diferente a la de un documento en papel, pues el primero de ellos nunca cumplirá con todas las funciones que tiene el segundo, por lo cual la flexibilidad de la Ley permite tomar en cuenta la graduación de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel, por ello, al adoptar el criterio del “*equivalente funcional*” se atendió primordialmente a la jerarquía sobre los requisitos de la forma que otorgan al papel el grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreo que convenga a la función que le sea atribuida, por ello, el requisito de que los datos se presenten por escrito es mínimo en relación con otros requisitos más estrictos como el de escrito firmado, original firmado o acto jurídico autenticado.⁵⁸⁶

El criterio del equivalente funcional está considerado en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley Modelo, en donde se mencionan los requerimientos que a veces son solicitados en cuanto a que la información deba constar por escrito, se requiera la firma de alguna persona, o bien que la misma información se presente y conserve en su forma original en un mensaje de datos. Caso contrario ocurre en el artículo 10 de la citada Ley al no recurrir a dicho criterio respecto a la conservación de los mensajes de datos en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún otro que demuestre que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ *Op. Cit.*, p. 16.

⁵⁸⁷ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno 1996*, pp. 6 y 7, <http://www.uncitral.org>,

Sobre la solución a los conflictos jurídicos que se puedan presentar con la aplicación de la Ley Modelo y que evidentemente seas motivados por el uso de los medios de comunicación, la propia Guía sugiere que se haga a través de la vía contractual. Para ello señala en su apartado F las denominadas reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo en donde en una clara referencia al artículo 4 de la propia Ley, sobre el principio de la autonomía de las partes conforme a lo dispuesto en el capítulo III, respecto a la incorporación de ciertas normas que aparecen en acuerdos concertados entre las partes, como por ejemplo en aquellos relativos al intercambio de comunicaciones o en el denominado “reglamento de un sistema de información” o red de comunicaciones. Respecto al reglamento, éste puede comprender dos tipos de reglas: las condiciones generales impuestas por una red de comunicaciones y las reglas especiales que puedan ser incorporadas a dichas condiciones para regular la relación bilateral entre ciertos iniciadores y destinatarios de mensajes de datos, siendo el artículo 4 de la Ley la que con su noción de “*acuerdo*” tiene por objeto abarcar los dos tipos de reglas.⁵⁸⁸

Las omisiones o lagunas contenidas en las normas contractuales de la Ley pueden ser colmadas por las reglas enunciadas en su capítulo III de la primera parte o bien éstas últimas pueden servir de inicio a la concertación de acuerdos. Dicho capítulo relativo a la Comunicación de los mensajes de datos regula la formación y validez de los contratos y el reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, entre otras cuestiones. Dichas normas fijan una norma mínima de conducta para el intercambio de mensajes de datos en casos de que no se haya concertado acuerdo alguno para el intercambio de información entre las partes, como en el caso de las redes de comunicación abiertas.⁵⁸⁹

Por su parte, la Guía señala que las reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo son más difíciles de aplicar a disposiciones como las del Capítulo II de la Ley, por ser normas de carácter imperativo que reflejan decisiones inspiradas en principios de orden público interno y que por consecuencia expresan el “mínimo aceptable” respecto a

⁵⁸⁸ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno 1996*, Op. Cit., p. 16.

⁵⁸⁹ *Op. Cit.*, p. 16.

los requisitos de forma para el comercio electrónico. El capítulo II es el relativo a la Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos, en cuanto a su reconocimiento, incorporación, escrito, firma, original, conservación, admisibilidad y fuerza probatoria, entre otras cuestiones, y si éstas se consideran excepciones al régimen tradicional, como se mencionó, tampoco será motivo para establecer requisitos más estrictos a los señalados en la Ley Modelo.⁵⁹⁰

Las disposiciones creadas al abrigo de la CNUDMI son variadas y en relación con el comercio electrónico aparte de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996, existe otro documento no menos importante denominado Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001 que bien vale la pena comentar, por ser esta última norma en gran medida y en ciertas circunstancias un complemento de la primera. Esta Ley se adoptó el 5 de julio 2001 y no obstante su brevedad tiene una practicidad significativa para todos los asuntos que requieran para su validez de una firma electrónica.⁵⁹¹

Sobre el ámbito de aplicación la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas en su artículo 1 se explica que ésta se aplicará en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de actividades comerciales, pero, enfatiza en dicho precepto, que no derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor. La Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) propone la adopción de esta Ley por parte de los Estados en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas con excepción de algunas situaciones específicas.

Cuando la Ley de referencia señala que el término “*comercial*” se debe de interpretar es sentido lato, no estricto, es para que comprenda todos aquellos aspectos provenientes de una relación comercial, sea ésta contractual o no. Ante lo cual las relaciones comerciales pueden consistir, aunque no exclusivamente como lo indica el

⁵⁹⁰ *Op. Cit.*, p. 17.

⁵⁹¹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, 2001*, <http://www.uncitral.org>,

propio artículo 1 de la Ley, en todas aquellas operaciones comerciales de suministro o intercambio de bienes o servicios; los acuerdos de distribución; la representación o mandato comercial; el factoraje; el arrendamiento con opción de compra; la construcción de obras; la consultoría; la ingeniería; la concesión de licencias; las inversiones; la financiación; la banca; los seguros; los acuerdos o concesiones de explotación; las empresas conjuntas y otras formas de cooperación industrial o comercial; el transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.⁵⁹²

Los conceptos definidos en el artículo 2 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas explican cada uno los elementos a considerar en una transacción comercial en donde se requiera el uso de la firma electrónica. Así, la denominada “*firma electrónica*” se define como “...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”.⁵⁹³

Por otra parte, por “*certificado*”, se entiende todo mensaje de datos o cualquier otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma. En tanto, el denominado “*mensaje de datos*” es toda aquella información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, representada en gran medida por lo que se conoce como intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.⁵⁹⁴

Evidentemente, el principal concepto a definir por el citado artículo 2 de la Ley en cuestión es el de “*firmante*”, entendido éste como “la persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa por cuenta propia o por cuenta de la persona a la que representa”.⁵⁹⁵

⁵⁹² Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, 2001, Op. Cit., p. 1.

⁵⁹³ Op. Cit., Artículo 2, pp. 1 y 2.

⁵⁹⁴ Op. Cit., p. 2.

⁵⁹⁵ Op. Cit., p. 2.

En este mismo tenor, la otra parte importante y necesaria para conformar la figura anterior, la del “firmante”, está representada por otra figura, la del denominado “*prestador de servicios de certificación*”, es decir, la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas, pero también existe la otra parte conocida como “*parte que confía*”, es decir, aquella persona que actúa sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.⁵⁹⁶

Existe un principio dentro de la Ley, artículo 3, sobre la igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma en donde se aclara que en la aplicación de sus normas no se excluirá, restringirá o privará de efecto jurídico los métodos para crear firmas electrónicas de acuerdo con los requisitos contenidos en el párrafo 1 del artículo 6 o que cumpla de otra manera los requisitos del derecho aplicable, todo ello con la excepción del artículo 5, sobre modificación mediante acuerdo, que señala que “Las partes podrán establecer excepciones a la presente ley o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable”. En esta circunstancia, el citado artículo 6, relativo al cumplimiento del requisito de firma, en su párrafo 1 menciona la validez una firma electrónica cuando esté sustentada sea fiable y apropiada para los fines con los cuales se creó y comunicó el mensaje.⁵⁹⁷

Cuando se requiera la interpretación de la Ley, indica el artículo 4, se tomará en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la de asegurar la observancia de la buena fe. Aquello que no esté expresamente resuelto en la Ley se someterá a lo dispuesto en sus principios generales que le dan sustento.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁹⁷ *Op. Cit.*, pp. 2 y 3.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 2.

Sobre el cumplimiento del requisito de firma, la Ley considera algunos aspectos como el mencionado en párrafos anteriores, relativo al artículo 6.1 (sobre la fiabilidad de la firma electrónica) pero en otras de sus secciones (6.3) dicho precepto considera que la firma electrónica será fiable en ciertas circunstancias, por ejemplo, si los datos de creación de la firma, en el contexto empleado, corresponden al firmante; si los datos de creación de la firma estaban bajo el control del firmante, al momento de la firma; si es posible detectar alguna alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; cuando el requisito legal consista en dar seguridad sobre la integridad de la información correspondiente, será posible detectar alguna alteración de la información que se haga después del momento de la firma. Sin perjuicio de lo anterior, será posible que una persona demuestre de cualquier otra forma la fiabilidad de una firma electrónica o aporte pruebas de que una firma electrónica no es fiable.⁵⁹⁹

Para comprobar que una persona, el órgano o la entidad, ya sea del sector público o privado, o el Estado promulgador hayan atribuido la competencia expresamente, éstos podrán determinar qué firmas electrónicas cumplen lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley, anteriormente explicado. Por ello, la determinación con arreglo al párrafo 1 deberá estar acorde con las normas o criterios internacionales reconocidos, para lo cual se considerarán en todo caso y sin perjuicio alguno la aplicación de las normas del derecho internacional privado.⁶⁰⁰

En relación con el proceder del firmante, el artículo 8 plantea algunos supuestos. Para el caso de que se utilicen datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos (Artículo 8.1), el firmante está obligado a actuar diligentemente para evitar el empleo no autorizado de sus datos de creación de la firma. Asimismo, deberá utilizar los medios que le brinde el prestador de servicios de certificación, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley en cuestión, o en cualquier otra situación deberá esforzarse para avisar a cualquier persona para que prevea al firmante y se considere fiable la firma

⁵⁹⁹ *Ibid*, p. 3.

⁶⁰⁰ *Ibid*, p. 3.

electrónica o prestar los servicios que la apoyen si el propio firmante sabe que los datos de creación de la firma quedaron en entredicho o las circunstancias en conocimiento del firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma también queden en entredicho.⁶⁰¹

Para el caso de que se utilice un certificado para refrendar la firma electrónica, el firmante deberá actuar con diligencia razonable para comprobar que las declaraciones hechas respecto al ciclo vital del certificado o las consignadas en él sean exactas y cabales. Asimismo, toda consecuencia jurídica derivada del hecho de no haber cumplido con los requisitos del artículo 8.1 será a cargo del firmante.⁶⁰²

Una de las cuestiones más estudiadas y analizadas en las disposiciones legales reguladoras de los servicios de la sociedad de la información, comercio electrónico, firma electrónica, entre otras materias afines, versan sobre las acciones que debe emprender un prestador de servicios, que para la materia que nos ocupa en este apartado será aquella para el apoyo de una firma electrónica. Por ello, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas señala en su artículo 9, sobre el proceder del prestador de servicios de certificación, que cuando el prestador de servicios de certificación preste sus servicios en apoyo de una firma electrónica a emplearse con efectos jurídicos, dicho prestador de servicios de certificación deberá cumplir con ciertos requisitos.

Son varios los requisitos a cumplir por parte del prestador de servicios de certificación que van desde su actuación conforme con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas hasta actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que las declaraciones importantes hechas en relación con el ciclo vital del certificado o consignadas en él sean exactas.⁶⁰³

⁶⁰¹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, 2001, Op. Cit., p. 4.*

⁶⁰² *Op. Cit., p. 4.*

⁶⁰³ *Op. Cit., p. 4.*

Otra de las obligaciones del prestador de servicios de certificación es la de proporcionar a la parte que confía en el certificado los medios razonables suficientes y accesibles que permitan a dicha parte determinar con dicho certificado tres cuestiones. La primera de ellas, la identidad del prestador de servicios de certificación; la segunda, que el firmante nombrado en el certificado haya tenido bajo su control los datos de creación de la firma en el momento al momento en que se expidió el certificado; la tercera, que los datos de creación de la firma fueron válidos en la fecha o antes de la fecha en que se expidió el certificado.⁶⁰⁴

Otra de las obligaciones que el prestador de servicios deberá de cumplir es la de proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles para cuando se requiera permitan a dicha parte determinar con el certificado o bien de otra forma, lo siguiente: el método empleado para comprobar la identidad del firmante; las limitaciones de los fines o del valor respecto de los cuales se puedan utilizar los datos de creación de la firma o el certificado; si los datos de creación de la firma son válidos y no están en entredicho; cualquier limitación del alcance o del grado de responsabilidad que haya establecido el prestador de servicios de certificación; si existe un medio para que el firmante avise de que los datos de creación de la firma están en entredicho, de acuerdo con el artículo 8, apartado b) del párrafo 1) de esta Ley Modelo; y por último, si se ofrece un servicio para revocar con oportunidad el certificado.⁶⁰⁵

En el apartado e) del artículo 9, se menciona que cuando se ofrezcan servicios en donde los datos de creación de la firma estén en entredicho, se deberá proporcionar un medio para que se avise al firmante y revocar oportunamente el certificado; en tanto, en el apartado f) se indica que el prestador de servicios de certificación deberá utilizar sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables, por lo tanto todas las consecuencias jurídicas derivadas de dicha omisión serán con cargo a él.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶⁰⁶ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, 2001, Op. Cit.*, p. 5.

Para determinar la fiabilidad de los sistemas de certificación, el artículo 10 de la Ley Modelo describe una serie de factores que habrían de tomarse en cuenta para constatarla. Por principio, uno de los principales factores están representados por los recursos humanos y los recursos financieros con la consecuente existencia de activos; otros factores están representados por la calidad de los sistemas de equipo y programas informáticos y por los procedimientos utilizados para tramitar el certificado y las solicitudes de certificados y la conservación de registros. Otros aspectos son la disponibilidad de información para los firmantes nombrados en el certificado y para las partes que confíen en él y la periodicidad y alcance de la auditoría hecha por un órgano independiente. Por último, se tomará en cuenta la existencia de una declaración del Estado, de un órgano de acreditación o del prestador de servicios de certificación en relación al cumplimiento o la existencia de los factores antes mencionados o bien otros pertinentes.⁶⁰⁷

Respecto al proceder de la parte que confía en el certificado, el artículo 11 de la Ley Modelo indica que las consecuencias jurídicas serán a su cargo si no tomó las medidas razonables para verificar la fiabilidad de la firma electrónica o bien si la firma electrónica está refrendada por un certificado para verificar la validez, suspensión o revocación del certificado o tener en cuenta cualquier limitación relacionada con el certificado.⁶⁰⁸

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001 culmina con el artículo 12, sobre el reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras, en el cual se expresan algunos de los supuestos que habrían de considerarse en tales circunstancias. Por un principio, tal disposición señala dos aspectos que no deberán tomarse en cuenta cuando se trate de determinar si un certificado o una firma electrónica producen efectos jurídicos o en qué medida producen éstos, siendo el lugar donde se haya expedido el certificado o en donde se haya creado o utilizado la firma

⁶⁰⁷ *Op. Cit.*, p. 5.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 6.

electrónica o bien el lugar en que se encuentre el establecimiento del expedidor o del firmante.⁶⁰⁹

En el apartado 2 del citado artículo (12.2) se prescribe que “Todo certificado expedido fuera (*del Estado promulgante*) producirá los mismos efectos jurídicos en (*el Estado promulgante*) que todo certificado expedido en (*el Estado promulgante*) si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente”. Por otra parte, en el punto 3 del mismo artículo (12.3) se indica que “Toda firma electrónica creada o utilizada fuera (*del Estado promulgante*) producirá los mismos efectos jurídicos en (*el Estado promulgante*) que toda firma electrónica creada o utilizada en (*el Estado promulgante*) si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente”.⁶¹⁰

Determinar el grado de fiabilidad de un certificado o de una firma electrónica para efectos de los anteriores apartados (2 y 3) del artículo 12 se tomarán en cuenta las normas internacionales reconocidas y cualquier otro ordenamiento o factor que ayude a determinarla. Cuando las partes acuerden el uso de determinados tipos de certificados o firmas electrónicas se reconocerá la suficiencia de tal acuerdo para efectos del reconocimiento transfronterizo, exceptuando tal disposición si el acuerdo no es válido o eficaz de acuerdo con las normas legales aplicables.⁶¹¹

Las Leyes Modelo expedidas por la CNUDMI, tanto la relativa al Comercio Electrónico como la de Firmas Electrónicas, son ordenamientos legales que la mayoría de los países, miembros o no miembros de la organización, están adoptando e incorporando a sus legislaciones nacionales en donde tratan de adecuarlas de la mejor manera posible a su propia realidad. Esta adecuación que implica la consideración de las peculiaridades de cada país lleva implícita también la potestad de modificar las normas en la medida posible para su adecuada implementación.

⁶⁰⁹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, 2001, Op. Cit., p. 6.*

⁶¹⁰ *Op. Cit., p. 6.*

⁶¹¹ *Ibidem, p. 6.*

El empleo de la firma electrónica es cada vez más común en la mayor parte de los países del orbe, sobre todo en aquellos que tienen un desarrollo económico avanzado y donde el uso de la tecnología está extendido y forma parte incluso de la vida cotidiana de sus ciudadanos. En la medida en que se considere a la firma electrónica como equivalente funcional de la firma tradicional, es decir, la manuscrita, se podrán ir sorteando los inconvenientes legales y técnicos que en las transacciones realizadas por medio de Internet se presentan, con lo cual se cumplirá con sus funciones básicas en el ámbito contractual como lo es el constituir una identificación personal y una representación de la voluntad para obligarse.⁶¹²

En cierto países, como los de la Unión Europea, existen ordenamientos legales de carácter general, como en este caso serían las denominadas Directivas, con las cuales se pretende que cada uno de los Estados miembros de dicha unión y en la esfera de su normatividad nacional, incorporen tales disposiciones a través de sus propios órganos legislativos. Las Leyes Modelo emanadas de organismos internacionales como los antes expuestos, OCDE, UNCITRAL, etc., facilitan la tarea a los países adoptantes como en este caso serían los pertenecientes a la UE, que como órgano supranacional, previamente analiza, adopta y modifica tales disposiciones para adecuarlas a la realidad particular de cada uno de sus territorios en donde habrán de aplicarse, los cuales tienen a su vez la libertad y la soberanía para adecuarlos a sus propias necesidades y peculiaridades.

Para este apartado se consideraron principalmente las Leyes Modelo emanadas de los organismos internacionales antes descritos y otros más que se tomarán en cuenta en ulteriores páginas de este mismo capítulo, sin embargo, en un apartado independiente y posterior a éste se abordarán otros aspectos particulares de ciertas normas reguladoras del comercio electrónico y de la firma digital, pero en contextos nacionales en donde ya son aplicados este tipo de preceptos.

⁶¹² De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, Madrid 2002, p. 389.

Los frecuentes cambios tecnológicos y la consecuente innovación en esta rama hacen cada vez más necesaria la constante creación de nuevas normas jurídicas y la revisión de las ya existentes, reguladoras de cada aspecto particular de la materia, en este caso sería todo lo relativo al Comercio Electrónico, para no detener u obstaculizar el desarrollo de toda clase de operaciones celebradas al amparo de las modernas tecnologías de la sociedad de la información.

III. La Organización Mundial del Comercio

El surgimiento del nombre de lo que hoy se conoce como Organización Mundial del Comercio es prácticamente reciente, no obstante de que sus funciones como tal empezaron muchos años atrás. Como ya se había mencionado en líneas anteriores respecto al auge del nacimiento de diversas Organizaciones internacionales de apoyo al comercio internacional, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, y que con la creación del Consejo Económico y Social (ECOSOC), dependiente de la ONU, se crearon las bases para que organismos como ese coordinaran las acciones de carácter económico, industrial y comercial en diversas regiones del mundo.

Pues bien, una de las propuestas iniciales realizadas por el ECOSOC, durante sus primeros años de gestión tuvo que ver con negociaciones relacionadas con la reducción de aranceles y demás barreras existentes al comercio, mismas que culminaron con la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

La Organización Mundial del Comercio es el máximo organismo en materia de comercio internacional que tiene afiliados a la mayor parte de los países del orbe. Su origen se remonta al año de 1947 con el surgimiento del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, cuyas siglas en inglés, GATT, significan General Agreement on Tariffs and Trade, y cuyo objetivo primordial era la creación de un sistema comercial basado en el libre intercambio comercial entre los países miembros. No obstante, es conocido que este organismo, el GATT, nunca existió como una auténtica estructura organizacional en virtud de que las partes contratantes en lo individual eran las

que tomaban sus propias decisiones. Esa falta de estructura en gran medida debilitaba su funcionamiento y provocaba a la vez que muchos de sus países afiliados realizaran acuerdos regionales al margen de dicho organismo.

Las rondas multilaterales celebradas con los representantes de los países miembros del GATT culminaron en 1993 con la Ronda Uruguay de donde resurgió el organismo con una estructura más formal para apoyar los acuerdos comerciales a celebrar entre sus miembros. Los estatutos jurídicos reguladores del organismo surgieron en el año 1994 con la Ronda de Marrakech, en donde la agrupación cambió su nombre por el de Organización Mundial del Comercio, pero ya con la integración plena de sus normas administrativas y jurídicas. Con el acuerdo de Marrakech surgieron instrumentos legales relacionados con la propiedad intelectual en su contexto comercial así como otros ordenamientos relacionados con el desarrollo del GATT y del comercio, entre otros aspectos.⁶¹³

El comentar sobre la deficiente estructura organizacional del GATT no implica que durante su vigencia no se hayan logrado importantes acuerdos o códigos de conducta comerciales internacionales, tanto entre sus países miembros como los no adscritos a la organización, por lo cual basta señalar el importante documento que surgió una vez celebrada la Ronda Tokio en 1979 denominado como Acuerdos Comerciales Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías mismos que tienen carácter incluyente para todos los países miembros de la OMC.⁶¹⁴

Durante el lapso de siete años y medio que duraron las negociaciones de la Ronda Uruguay los países en desarrollo o con economías en transición aplicaron de manera autónoma programas de liberalización del comercio y tuvieron una participación activa e influyente en las negociaciones que culminaron dicha Ronda. Así, no obstante las diferencias económicas existentes entre los países en vías de desarrollo con los países

⁶¹³ Fernández Rozas, José Carlos, *Sistema del Comercio Internacional*, Ed. Civitas, Madrid 2001, p. 95.

⁶¹⁴ Martínez Vera, Rogelio, *Legislación del Comercio Exterior*, Ed. McGraw-Hill, México 2000, p. 217.

desarrollados, los primeros han asumido la responsabilidad de cumplir con las obligaciones que se imponen a los segundos, para ello se les ha concedido periodos de transición y flexibilidad respecto al tiempo que cada país requiere para adaptarse a las disposiciones y aplicar los acuerdos tomados.

Organismos como la OMC han sido piezas importantes en la constitución de un verdadero “*sistema económico internacional*” cuyos altos niveles de especialización reflejan un auténtico derecho económico internacional caracterizado por un importante nivel de cooperación internacional institucionalizada con “actores económicos” titulares con capacidad propia para generar su propia estructura jurídica, al margen de los propios Estados, adaptable a los repentinos y frecuentes cambios de las relaciones económicas internacionales.⁶¹⁵

El marco jurídico y operativo de la Organización Mundial del Comercio, le ha sido conferido por los países miembros a través del cual se le permite ejercer funciones legales al amparo también de los privilegios e inmunidades conferidos en términos de la Convención de las Naciones Unidas sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de 1947.⁶¹⁶

La OMC como organismo internacional en términos del derecho internacional posee una personalidad jurídica propia y una competencia plena para el ejercicio de sus funciones con privilegios e inmunidades extensivos también para los funcionarios que conforman sus diferentes áreas de trabajo. Por ello se está ante un organismo internacional con facultades legales plenas y con una estructura organizacional que ha dejado atrás la que durante mucho tiempo estuvo cuestionada por sus deficiencias. Ante dicho organismo se ha reinstaurado su organización institucional como sistema regulador del comercio internacional y a su vez se le ha dotado con un alto contenido normativo aplicable a las diversas ramas de su disciplina.

⁶¹⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Op. Cit.* p. 80.

⁶¹⁶ Martínez Vera, Rogelio, *Legislación del Comercio Exterior, Op. Cit. P. 221.*

Una de las funciones principales que tiene la OMC es facilitar de la mejor manera posible la aplicación de los tratados creados en la Ronda de Uruguay y aplicar las normas y procedimientos del mecanismo de solución de controversias. En gran medida le compete también a este organismo aplicar las reglas y procedimientos del mecanismo de examen de las políticas comerciales y trabajar conjuntamente con otros organismos de carácter internacional, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, con la finalidad de compartir y homologar ideas en materia de política comercial global.

El Acta Final de Marrakech, del 15 de abril de 1994, muestra los resultados de las negociaciones de la Ronda de Uruguay y contiene una parte denominada como Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio en donde se distinguen las disposiciones que establecen ciertos principios relativos a la regulación del comercio. Estas disposiciones establecen los principios que rigen el orden jurídico del sistema del comercio internacional, los que regulan la integración de la OMC, los que rigen el sistema del comercio internacional y los que regulan los tratados relativos a las materias específicas del comercio mundial.⁶¹⁷

Las normas fundamentales que contiene el *Acuerdo que establece la OMC* son principalmente aquellas que tienen como fin el garantizar la unidad y efectividad de las leyes que regulan el sistema del comercio internacional negociadas en la Ronda de Uruguay o las incorporadas a dicho sistema por el artículo XVI, fracción 1, incisos a y b del propio *Acuerdo que establece la OMC*. Por otra parte, están las normas que rigen la organización y funcionamiento de la propia OMC.

El *Acuerdo que establece la OMC* describe tres principios relativos a las normas que regulan el sistema del comercio internacional. En dicho documento se establece que los tratados son parte integrante de mismo acuerdo, aunque esto no siempre ocurra, ya que si se trata de los tratados multilaterales (aquellos a que los Estados signatarios del *Acuerdo que establece la OMC* se encuentran obligados a acceder y que no requieren

⁶¹⁷ Rojas Amandi, Víctor Manuel, La protección del medio ambiente en el TLCAN y la OMC, Ed. Oxford, México, 2000, p. 5.

ratificación especial) la integración se hace de forma automática y el cumplimiento de las obligaciones contenidas en ellos es imperativo para todos los Estados que forman parte de la organización. Respecto a los tratados plurilaterales (aquellos cuya accesoión no es obligatoria para los Estados miembros de la OMC) la integración tiene efectos solamente para los Estados que voluntariamente accedieron a ellos.⁶¹⁸

Respecto a los otros dos principios contenidos en el Acuerdo que establece la OMC, uno de ellos señala que la versión del GATT que se incluye en el Acta Final de Marrakech (GATT, 1994) es un tratado jurídicamente distinto e independiente, por lo cual no se le considera como sucesor de la versión del GATT de 1947. En cuanto al tercer principio éste se refiere a que la OMC es competente para observar el cumplimiento de las normas de los tratados que regulan el comercio internacional.⁶¹⁹

La OMC tiene una serie de acuerdos que son extensos y complejos pues se trata de normas jurídicas que regulan una serie de actividades que por su propia diversidad y complejidad requieren de un variado y nutrido número de leyes que a su vez se deben de ir adecuando tanto a las dinámicas propias de la economía global como a las nuevas disciplinas que surjan como parte del mismo proceso del comercio internacional. Así, habrán de regularse temas tan importantes como el de la contratación pública, la propiedad intelectual, las telecomunicaciones, la agricultura, los servicios bancarios, entre otros, mismos que poseen características particulares y que por lo tanto habrán de regularse en base a los principios del sistema multilateral de comercio.⁶²⁰

Sobre la concurrencia que puedan tener las normas de los tratados de la OMC entre sí existen dos reglas básicas en donde se indica que para el caso de concurrencias normativas entre las disposiciones de la OMC y las de un tratado plurilateral prevalecerán las primeras, en tanto cuando se trate de normas del GATT y las de otros tratados multilaterales que regulen el comercio de bienes prevalecerán éstas últimas.

⁶¹⁸ Rojas Amandi, Victor Manuel, *Op. Cit.*, p. 5.

⁶¹⁹ *Op. Cit.*, p. 6.

⁶²⁰ Organización Mundial de Comercio (OMC) <http://www.wto.org> .

Entre los principios básicos que considera la OMC está el de la Nación más favorecida (NMF), donde se establece que los países no pueden establecer discriminaciones entre sus interlocutores comerciales, por lo cual todos los miembros tienen un trato igualitario. Existen otros principios con los cuales este importante organismo reduce en gran medida los obstáculos al comercio, tales como el alto cobro de aranceles por importar o exportar ciertas mercancías. Otros importantes principios que la OMC ha luchado por consolidar son aquellos relativos a la previsión del entorno comercial con el fin de que las empresas tengan una visión clara de las oportunidades y fomenten sus inversiones para aprovechar los beneficios que la propia competencia puede brindar. En este aspecto, no se considera solamente el comercio de mercancías sino también el de los servicios, un aspecto del comercio internacional que genera altos ingresos como los puede generar el de cualquier otra mercancía palpable y real. El comercio de servicios se define como “*el suministro de un servicio a través de las fronteras*” como podrían ser los servicios que se prestan por teléfono, el consumo realizado por los turistas en el extranjero, las inversiones directas de las empresas en alguna institución bancaria del extranjero, o bien los mismos servicios que puede prestar un profesionista en el exterior.⁶²¹

La OMC conciente de la necesidad de regular lo concerniente al comercio de servicios, elaboró un documento denominado Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), mismo que constituye el primer acuerdo normativo de carácter multilateral en donde se contempla ese importante rubro del comercio. El objetivo central de este acuerdo es “establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y liberalización progresiva y como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales...”⁶²²

⁶²¹ Fernández Rozas, José Carlos, *Op. Cit.* p. 108.

⁶²² *Op. Cit.*, p. 108.

Los textos jurídicos emanados de la OMC, ya sea que regulen el ámbito de los servicios, los derechos, las mercancías, la tecnología, entre otros, es evidente que son extensos y regulan una diversidad de actividades, todas ellas dentro del contexto del comercio internacional. Por ello, siendo el comercio electrónico una disciplina cuya proliferación ha rebasado toda expectativa, ha sido necesario que la propia organización haya intervenido con el fin de regular entre sus Estados miembros algunas áreas de tan importante disciplina. Los intercambios de mercancías y servicios están cada vez más liberados de las barreras arancelarias a que estaban sujetos años atrás. El trabajo desempeñado por la OMC en el contexto de las nuevas actividades desempeñadas en la moderna economía internacional ha facilitado los accesos a los nuevos mercados, pero también se ha adaptado a las condiciones creadas por los propios avances tecnológicos que han abierto las fronteras más allá de lo que los propios acuerdos han previsto.

El incremento de la producción y las consecuentes actividades empresariales en el marco del comercio internacional han trascendido las fronteras y los empresarios están conscientes de las ventajas que esto conlleva, pero también de los riesgos que implica el hacer transacciones que vulneren las competencias y jurisdicciones de las naciones, lo cual va en detrimento de los principios de la organización internacional de mercado que promueve la OMC. Por este y otros problemas que la práctica mercantil mundial plantea es necesario incluir dentro de los trabajos del máximo organismo regulador del mercado global la creación y adopción de textos jurídicos que aseguren el funcionamiento transparente de las actividades de comercio.

Respecto al avance de la tecnología y lo difícil que resulta prever sus consecuencias es una realidad que el incremento cada vez mayor en las compraventas de bienes y servicios que se realizan a través de los medios electrónicos deja patente como ese aumento en el flujo de mercancías se debe también a que las mismas atraviesan las fronteras con la mayor rapidez y el mínimo trámite posible. Es así, como los productos, tanto en su publicidad, venta y distribución, viajan por las redes de las telecomunicaciones hasta llegar a su destinatario. Así, podrían mencionarse los productos de compraventa más comunes que circulan por la Red, como la música, los libros y los

videos, pero también existen otros más que son adquiridos en línea tales como diferentes tipos de software. No obstante, hay otros productos a la venta que aunque se adquieran a través de Internet, su traslado se hace por los medios tradicionales, como lo son los servicios de correo o paquetería.

La OMC conciente de las necesidades que las nuevas tecnologías de información han propiciado en el ámbito del comercio internacional ante el flujo de mercancías que atraviesan las fronteras por medios electrónicos, ha elaborado una serie de documentos legales tendientes a regular diversos aspectos de esta importante disciplina, como lo es el comercio electrónico. Así, en la Segunda Conferencia Ministerial, Segundo Periodo de Sesiones, celebrada en Ginebra los días 18 y 20 de mayo de 1998, el Consejo General de la OMC adoptó la Declaración sobre el Comercio Electrónico Mundial (20 de mayo)⁶²³ con la finalidad de establecer un programa de trabajo tendiente a examinar y analizar la problemática que afecta al comercio electrónico mundial.

El proyecto de este programa se aceptó el 25 de septiembre de 1998 habiéndose deliberado una serie de cuestiones relativas a este tipo de comercialización que en cierta forma culminaron en acordar en no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas. Los consejos que participaron en este acuerdo fueron los de Comercio de Mercancías, de Comercio de Servicios, de Propiedad Intelectual (ADPIC) y del Comité de Comercio y Desarrollo.⁶²⁴

Para la OMC una parte importante del comercio está representada por las ideas y los conocimientos implícitos en los productos nuevos de alta tecnología en donde la investigación, los diseños y la innovación constituyen principalmente la mayor parte del valor de los mismos. Por ello, mercancías tales como los servicios en línea, los programas de computación, las grabaciones musicales, las películas, entre muchas otras más, se

⁶²³ *Declaración sobre el comercio electrónico mundial*, WT/MIN(98)/DEC/2, 25 de mayo de 1998 (98-2148), Organización Mundial de Comercio, OMC, <http://www.wto.org>.

⁶²⁴ *Organización Mundial de Comercio*, OMC, <http://www.wto.org>.

venden más por la información y la creatividad que poseen que por su material por el que están elaborados.

Ciertas mercancías independientemente de que se adquieran de manera tradicional o a través de algún medio electrónico llevan implícitos los denominados *derechos de propiedad intelectual*, por lo cual habrá ciertos productos, como los libros, las películas y las pinturas, que estarán protegidos por el *derecho de autor*, en tanto las invenciones estarán amparadas por una *patente* y los nombres comerciales y los logotipos de los productos se pueden registrar como *marcas de fábrica o de comercio*.

La aplicación de las normas relativas a los derechos de propiedad intelectual han sido diferentes en cada uno de los países integrantes de la OMC, pero en la medida en que la economía global se ha desarrollado y por ende el comercio internacional, el tema de la propiedad intelectual ha adquirido mayor relevancia. Por esta razón la propia organización consideró relevante ordenar y prever todas aquellas diferencias que podrían surgir con la aplicación de las normas comerciales internacionales acordadas por los diversos países participantes en el marco de los derechos de propiedad intelectual.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) surgió al abrigo de la OMC, negociado en la Ronda Uruguay (1986-1994) y en él se incorporaron por vez primera las normas sobre la propiedad intelectual en el sistema multilateral de comercio. Este acuerdo pretende reducir en mayor medida las diferencias existentes en la forma de proteger los derechos en los diversos países del mundo y aplicar en todos ellos normas comunes de carácter internacional.

Sobre los acuerdos que la OMC ha tomado en relación a la protección intelectual existen algunos documentos que en líneas posteriores se abordarán para describir en el apartado denominado como propiedad intelectual los alcances de sus disposiciones. Por lo cual se habrán de analizar los acuerdos internacionales emanados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) existentes mucho antes de que se formara la OMC mismos que están representados por el Convenio de París para la Protección de la

Propiedad Industrial (relativo a las patentes, dibujos, modelos industriales, etc.) y por el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, sobre los derechos de autor.⁶²⁵

Respecto a los bienes que circulan por los medios electrónicos, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) emanados de la OMC hace referencia a los programas de ordenador al indicar que éstos serán protegidos como obras literarias en base al Convenio de Berna, asimismo señala la manera de proteger las bases de datos.

El citado Acuerdo de la OMC hace referencia también a las normas internacionales de derecho de autor en cuanto a que los autores de programas de ordenador y los productores de grabaciones de sonido o de películas cinematográficas deben tener el derecho de prohibir el arrendamiento comercial al público de sus obras, porque en la práctica es común observar que con el arrendamiento comercial se ha extendido la copia de las obras y como consecuencia un menoscabo en los ingresos de los titulares de esos derechos. Estas disposiciones abarcan también las obras de los artistas intérpretes o ejecutantes cuyo derecho los protege para impedir la grabación, reproducción o radiodifusión, sin su consentimiento y por un plazo no menor a cincuenta años.

Esta parte del Acuerdo de la OMC es fiel a su principio de previsibilidad en cuanto a que por ser los derechos de autor uno de los aspectos más vulnerables dentro de los derechos de propiedad intelectual, ahora con los avances de la tecnología, específicamente de los medios electrónicos, se ha facilitado su uso y reproducción de una manera indiscriminada por parte de los usuarios de la Red y sin el consentimiento de sus autores. Entre toda la gama de derechos de propiedad industrial e intelectual susceptibles de ser ilegalmente apropiados se encuentran las marcas, las patentes, los diseños industriales, la tutela de los conocimientos técnicos secretos, los diseños

⁶²⁵ Organización Mundial de Comercio, OMC, <http://www.wto.org>.

industriales, las indicaciones geográficas de algún producto y los derechos de autor propiamente dichos, entre otros.

Otros de los derechos protegidos se encuentran en las marcas de fábrica o de comercio dentro de los cuales se encuentran algunos productos con referencias geográficas respecto al origen del mismo en donde se dan casos en que el producto hace referencia a un lugar, pero se fabrica en otro o bien si se fabrica en el lugar oficial sus características esenciales no son las mismas por lo cual se comete una infracción que trae entre otras consecuencias el inducir a error a los consumidores o a una competencia desleal respecto a otros productores.

Ahora bien, si se trata de una compraventa de productos realizada a través de los medios electrónicos el problema puede complicarse para determinar las leyes aplicables y la jurisdicción a la que pertenece el asunto. Por ello, la regulación del comercio electrónico difícilmente puede estar circunscrita a la legislación de un solo organismo, como lo sería en este caso el de la OMC, sino que habrán de existir también otros ordenamientos jurídicos emanados de otras organizaciones que puedan aplicarse a la diversidad de asuntos que se presentan y también, por supuesto, estar adecuadas a los ordenamientos nacionales de los países que los adopten y apliquen.

Parte de los acuerdos de la OMC, entre los cuales se encuentra el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) prescriben en sus disposiciones que los Estados miembros tienen la obligación de establecer en el ámbito de sus respectivas legislaciones nacionales los procedimientos y recursos civiles y administrativos necesarios, con la posibilidad de adoptar medidas cautelares, para garantizar la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual.⁶²⁶

⁶²⁶ Fernández Rozas, José Carlos, *Op. Cit.* p. 114.

En la Segunda Conferencia Ministerial celebrada en Ginebra el 20 de mayo de 1998, el Consejo General de la OMC adoptó la Declaración sobre el Comercio Electrónico Mundial para establecer un programa de trabajo amplio para examinar todas las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico mundial que afectan al comercio, pero tomando en consideración las necesidades económicas, financieras y de desarrollo de los países menos avanzados, sugiriéndose que una vez analizadas estas cuestiones se rindiera un informe sobre sus resultados y también se plantearan las recomendaciones sobre posibles medidas.

El Programa de Trabajo (WT/L/274) fue adoptado por el Consejo General el 25 de septiembre de 1998 para los órganos competentes de la OMC representados por el propio Consejo General, el Consejo del Comercio de Servicios, el Consejo del Comercio de Mercancías, el Consejo de los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual) y el Comité de Comercio y Desarrollo. Cada uno de estos órganos, a petición de los Miembros, puede abordar otras cuestiones no señaladas en el objetivo principal del programa de trabajo y los demás órganos de la OMC informarán al Consejo General sobre sus actividades relacionadas con el comercio electrónico.⁶²⁷

Para los efectos del programa de trabajo en cuestión se entiende como “*comercio electrónico*” la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos”, no obstante en el programa se especifica que en él también se considerarán los aspectos relativos al desarrollo de la infraestructura del comercio electrónico, por lo cual el espectro de análisis de esta materia es amplio. Aunado a lo anterior, el programa sugiere a los órganos participantes que deberán tener en cuenta los trabajos relativos al tema realizados por otras organizaciones intergubernamentales pertinentes.⁶²⁸

⁶²⁷ Organización Mundial de Comercio, OMC, <http://www.wto.org>.

⁶²⁸ OMC, *Op. Cit.*

Las recomendaciones a los órganos de la OMC involucrados en las tareas del programa de trabajo comprenden varios aspectos sobre el tema común que es el comercio electrónico. El Consejo del Comercio de Servicios se encargará de examinar el trato del comercio electrónico en el marco del AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) donde se incluye el alcance y los modos de suministro, el trato NMF, la transparencia, la participación creciente de los países en desarrollo, la reglamentación nacional, normas y reconocimiento, la competencia, la protección de la intimidad y la moral y prevención del fraude. Otra cuestión importante es sobre los accesos a los mercados para el suministro electrónico de servicios donde se encuentran los compromisos sobre los servicios de telecomunicaciones básicas y de telecomunicaciones de valor añadido y los servicios de distribución donde se incluye el trato nacional; el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y su uso; los derechos de aduana y sobre clasificación.

En lo que corresponde al Consejo del Comercio de Mercancías sus funciones no dejan de ser menos importantes que las de los demás órganos, pero se le enfatiza en examinar las normas del GATT de 1994 y los acuerdos comerciales multilaterales del Anexo 1ª del Acuerdo sobre la OMC y al programa de trabajo aprobado. Los temas que destacan para este Consejo son los relacionados con las normas de origen; la clasificación, las normas en relación con el comercio electrónico; los derechos de aduana y otros derechos o cargas conforme al artículo II del GATT de 1994; lo derivado de la aplicación del Acuerdo sobre Procedimientos para el trámite de Licencias de Importación; el acceso de los productos relacionados con el comercio electrónico a los mercados y el acceso a esos productos y lo relativo a la valoración que se derive de la aplicación del Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994.

Para el Consejo de la ADPIC se le encomienda examinar asuntos relativos a la propiedad intelectual que se planteen en relación al comercio electrónico donde se incluyen la protección de los derechos de autor y de las marcas de fábrica o de comercio así como todo lo que tenga vinculación con las nuevas tecnologías y el acceso a la tecnología.

Por último, las recomendaciones al Comité de Comercio y Desarrollo son para que examine las consecuencias del comercio electrónico para el desarrollo. Para cumplir esta actividad y ante la evidente desigualdad existente entre todos los países será indispensable tomar en cuenta las necesidades económicas, financieras y de desarrollo de los países en desarrollo. A este Comité le compete un trabajo de prospectiva y de realidades en los países con menor desarrollo, pero que en el rubro de la tecnología presentan ciertas disparidades respecto a su crecimiento, desarrollo y regulación jurídica. Así, tendrá que analizar los efectos del comercio electrónico en las perspectivas comerciales y económicas de los países en desarrollo, con especial énfasis en las pequeñas y medianas empresas (PYMES), así como los medios para incrementar sus beneficios. También habrá de analizar los desafíos a vencer para la efectiva participación de los países en desarrollo en el comercio electrónico como exportadores de productos a entregar por medios electrónicos.⁶²⁹

Otra misión importante para el Comité de Comercio y Desarrollo es analizar las posibilidades que tienen los países en desarrollo para tener un mejor acceso a la infraestructura y la transferencia de tecnología. También estudiará las consecuencias financieras del comercio electrónico para dichos países y las consecuencias de las repercusiones que pudiera tener el comercio electrónico en los medios tradicionales de distribución de las mercancías físicas. Por último, estudiará sobre el uso de la tecnología de la información en la integración de los países en mención al sistema multilateral de comercio.

Sobre los resultados del programa de trabajo de la OMC adoptado por el Consejo General el 25 de septiembre de 1998 existen numerosos documentos en donde se exponen todos sus avances, sin embargo, es pertinente mencionar que en la Cuarta Conferencia Ministerial celebrada en Doha (Qatar) en noviembre de 2001, los representantes de los países miembros de la OMC acordaron iniciar nuevas negociaciones y ocuparse de la aplicación de los acuerdos recientes, así surgió el Programa de Doha para el Desarrollo. Los trabajos de esta Declaración de Doha se

⁶²⁹ OMC, *Ibidem*

encomendaron al Comité de Negociaciones Comerciales y a sus órganos subsidiarios siendo varios los temas a considerar entre los cuales se incluye el de Comercio Electrónico.⁶³⁰

La Declaración de Doha respalda los trabajos realizados en esta área, pero encomienda al Consejo General para que considere las disposiciones institucionales más apropiadas para aplicar el programa de trabajo y para informar sobre los avances que se logren en la Quinta Conferencia Ministerial (México, 2003) y que mantenga la práctica de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas como lo prescribió también en su momento la Segunda Conferencia Ministerial (Ginebra, 1998). La continuación de las disposiciones contenidas en el Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de 25 de septiembre de 1998, refrendadas en la Declaración de Doha de 2001, se debió a que el comercio electrónico sigue planteando nuevos desafíos y genera oportunidades de comercio nuevas para todos los países miembros de la OMC, independientemente de sus etapas de desarrollo, de ahí su reconocimiento a la importancia de crear y mantener condiciones favorables en su entorno para su futuro desarrollo.

Los resultados del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de 25 de septiembre de 1998 se dieron en base a los debates celebrados en diversas fechas en donde se dieron propuestas para diferentes temas de esta disciplina y se hicieron a la vez recomendaciones tendientes a regular la materia en sus variados ámbitos. Estos resultados están contenidos en los Informes de Situación presentados al Consejo General de la OMC, por parte de los órganos involucrados, de los cuales se mencionarán algunos de sus planteamientos.⁶³¹

⁶³⁰ OMC *Ibidem*

⁶³¹ Informes de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, Consejo General de la OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

En el Quinto Debate Específico sobre el Comercio Electrónico celebrado el 16 de mayo y el 11 de julio de 2003 bajo los auspicios del Consejo General en el cuarto periodo de sesiones de la Conferencia Ministerial en Doha, se analizaron tres aspectos: la clasificación del contenido de ciertas transmisiones electrónicas; los objetivos generales aplicables al examen del comercio electrónico y el informe que habría de presentarse a la reunión del Consejo General.⁶³²

Sobre la clasificación del contenido de ciertas transmisiones electrónicas, las delegaciones participantes debatieron sobre si determinados productos digitalizados entregados por los medios electrónicos equivalen a una prestación de servicios, sin embargo, no se tenía claridad respecto a qué significa “*productos digitalizados*”, pero se aplicaba a todo lo que podía digitalizarse, lo cual en términos monetarios representa una buena parte de la economía de muchos países miembros. Cuando se menciona el concepto de digitalización se alude a la digitalización de cierta información almacenada y distribuida electrónicamente para su posterior procesamiento por una máquina, como productos digitalizados pueden estar los datos, los sonidos y las imágenes.

Para efectos de lo anterior se concluyó en el debate en comentario que las normas del GATT no se pueden aplicar a los “productos digitalizados” sino solamente cuando esto tienen un equivalente físico, por lo cual se les considera como servicios a los cuales se les aplica el AGCS, como a los informes de reconocimiento médico general o a los extractos de cuentas bancarias digitalizados, por lo tanto los problemas a resolver en tal situación serían aquellos en determinar qué sería uno u otro producto, es decir el digitalizado o el equivalente físico.

Sobre este aspecto las Comunidades Europeas enviaron al Consejo de la OMC la Comunicación de fecha 8 de mayo de 2003 donde planteaba entre otros asuntos que el concepto de información digitalizada con equivalentes físicos era un concepto equívoco porque no toma en cuenta las consecuencias sistémicas de esa construcción, pues para

⁶³² Quinto Debate Específico sobre el Comercio Electrónico, Consejo General de la OMC, WT/GC/W/509 de fechas 16 de mayo y 11 de julio de 2003, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

el caso de los sistemas arancelarios de la OMC éstos pretenden captar todo lo que físicamente atraviesa una frontera, por lo cual si se clasificaran los suministros de productos transmitidos electrónicamente con equivalentes físicos, en el marco del GATT, muchos servicios que tienen resultados materiales quedarían dentro de su ámbito. Así, el documento concluye y enfatiza señalando que " las normas del GATT no pueden aplicarse a los "productos digitalizados", sino solamente a la importación de sus equivalentes físicos".⁶³³

Otra cuestión analizada en el debate de referencia era determinar la esencia de los objetos transmitidos por medios electrónicos y la forma de clasificarlos, por lo cual se planteaba la duda de si respecto al acceso a los mercados los productos digitalizados eran parte de las transacciones consideradas en el AGCS o el GATT o bien de los ADPIC, sin embargo, la cuestión se centró más en calificar desde un punto de vista jurídico los productos, más no sobre su acceso a los mercados. Respecto a la aplicación, se determinó que ni el GATT ni el AGCS se podían aplicar a las entregas electrónicas porque jurídicamente era imposible y el AGCS no se concibió para eso. En esta línea, se concluyó que el GATT abarcaba el suministro transfronterizo en tanto el AGCS las formas de suministro.

Otros aspectos importantes tratados durante las discusiones de las delegaciones respecto a la clasificación de los productos era si los equivalentes materiales de los productos enviados por los medios electrónicos se consideraban mercancías por el carácter físico de su transporte y por su contenido. De esta manera distinguían las características existentes entre una cinta de video y un DVD y entre una cinta de música y un CD donde cada uno como producto era distinto respecto al otro, ante lo cual se especificaba que lo relacionado a la clasificación era un asunto técnico que debía estar basado en razonamientos lógicos y principios coherentes en contraste con los asuntos relacionados con el acceso a los mercados y el trato nacional.

⁶³³ Comunicación de las Comunidades Europeas a la OMC, en el marco del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, WT/GC/W/497 de fecha 9 de mayo de 2003, <http://www.omc.org>.

Una parte interesante de esta discusión trató sobre la distinción entre mercancías y servicios, para ello, la delegación exponente señaló tres criterios: primero, la producción y el consumo solían ser simultáneos en el caso de los servicios, pero no en el de las mercancías; segundo, a diferencia de las mercancías, los servicios no podían almacenarse; tercero, los servicios eran intangibles en tanto las mercancías eran tangibles. Parecía que no era determinante distinguir lo tangible frente a lo intangible ni lo almacenable o no almacenable o lo transportable o lo no transportable, ante lo cual otra delegación señaló que no apoyaba la idea de que los productos suministrados por medios electrónicos se consideraran servicios por el hecho de entregarse mediante un servicio lo cual ejemplificó con productos considerados tradicionalmente mercancías como los libros, las películas, los programas informáticos, los CD, los DVD y los videos que podían digitalizarse y transmitirse por la Red y que el propio Acuerdo del GATT no mencionaba en ninguna de sus partes que solamente se aplicaría a los productos materiales por lo cual no objetaban el que los productos transmitidos por vía electrónica estuvieran regidos por ese acuerdo.

El tema de la seguridad jurídica es uno de los más polémicos y que genera preocupación a todos quienes participan en actividades relacionadas con el comercio electrónico, por ello los analistas de una de las delegaciones asistentes a este Quinto Debate indicaron que perderse en detalles sobre la clasificación no lograrían seguridad jurídica alguna y que en relación con los programas informáticos propiamente dichos y considerados como mercancías por el carácter físico de su modo de envío no existía aún nada concreto respecto a los programas informáticos propiamente dichos. Ante estas y otras cuestiones se planteó en repetidas ocasiones si el envío digitalizado de productos era una evidente evasión de los derechos de aduana.

Ante los debates de las diferentes delegaciones no es sencillo llegar a acuerdos definitivos por ello regularmente se exponen opiniones en diversos sentidos y se hacen una serie de preguntas cuyas respuestas pueden verse plasmadas en algún documento que sirva de guía a los problemas que se trataron. En otro rubro y dentro del marco de este mismo debate se encuentra el otro punto discutido relativo a los objetivos generales

aplicables al examen del comercio electrónico en donde se plantearon una serie de propuestas una de las cuales tenía como objetivo aplicar los acuerdos de la OMC en vigor al comercio electrónico con el fin de aumentar el crecimiento y las oportunidades a todos los miembros. Esta idea ya se había debatido con anterioridad y la conclusión a la que llegaron era que el comercio electrónico requiere de varios apoyos entre los cuales destacan principalmente el servicio de las telecomunicaciones, el soporte físico empleado para facilitar este tipo de comercio y la adopción de un sistema jurídico adecuado para todos los países pero principalmente para los menos avanzados quienes podrían aprovechar este tipo de comercio como parte de su futuro desarrollo.

Sobre los puntos mencionados y en el marco del Programa de Trabajo que nos ocupa, la Misión Permanente de los Estados Unidos envió al Consejo general de la OMC la Comunicación de fecha 4 de julio de 2003 con vista a la Quinta Conferencia Ministerial de Cancún en donde a diferencia de la Comunicación enviada por las Comunidades Europeas de fecha 8 de mayo de 2003 que enfatizaba sobre los denominado “*productos digitalizados*” ésta última versó más sobre el desarrollo del comercio electrónico. De esta manera, planteó una serie de objetivos con los cuales se pretende estimular su avance.

Los puntos medulares de la citada Comunicación enviada a la OMC por los Estados Unidos sugieren la urgente necesidad de que todos los países se adhieran a un entorno comercial liberal con la aplicación de los acuerdos de la organización al comercio electrónico, para ello se debe asumir un compromiso para tener mayor acceso a los mercados y el trato nacional a una diversa gama de sectores de bienes y servicios. En ambos casos se requerirá tener una normatividad transparente y no discriminatoria y consecuentemente dejar con carácter permanente la moratoria de la imposición de derechos de aduana a la transmisión electrónica.⁶³⁴

⁶³⁴ Comunicación de los Estados Unidos a la OMC, en el marco del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, WT/GC/W/493/Rev. 1, de fecha 4 de julio de 2003, <http://www.omc.org>.

Las explicaciones que los Estados Unidos proporcionan en relación a los objetivos planteados tienen varios puntos interesantes, entre los que destaca la necesidad de hacer compromisos y concesiones en el foro multilateral de comercio tendientes a proporcionar la estabilidad y previsibilidad necesarias para el logro del crecimiento económico. En otro apartado consideran importante la creación de redes de telecomunicaciones bien desarrolladas para las empresas donde a la par de una disminución de los aranceles y una efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual para los productos enviados a través de la Red se generará un “*efecto multiplicador*” donde el principal beneficiado será el propio comercio.

La interconexión electrónica cada vez más frecuente entre personas de diversos países genera oportunidades tanto para los empresarios como para los consumidores. Para el caso de los primeros la OMC deberá evitar en la medida posible que sus miembros pongan obstáculos al desarrollo del comercio electrónico, en tanto para los segundos deberá crear un marco jurídico adecuado que brinde seguridad a las compras que realicen por vía electrónica. Un importante aspecto a considerar dentro del ámbito que nos ocupa es el relativo a los programas informáticos, mismos que adquiridos a través de la Red pueden generar problemas relativos a su norma de origen en virtud de la ubicación que pueda tener cada uno de los pasos que se tengan en el proceso de su elaboración, por decir la creación, la producción, la publicación, el almacenaje y la transmisión pueden tener diferentes ubicaciones.

Otra importante declaración en la citada Comunicación hecha por los Estados Unidos a la OMC es la referente a que cada Miembro tiene la libertad y el derecho a regular su comercio electrónico, siempre y cuando las disposiciones reguladoras no representen un obstáculo a su desarrollo ni tampoco sean una medida proteccionista a favor de los intereses comerciales nacionales. En otro apartado se considera necesario, como lo han declarado otras delegaciones participantes, el hecho de mantener la moratoria a la imposición de derechos de aduana a la transmisión electrónica, no obstante

que algunos opinan que las consecuencias fiscales por tal medida son pequeñas, pero en términos económicos son muy importantes.⁶³⁵

Un tema central planteado en las diversas discusiones versa sobre los beneficios del comercio electrónico y el uso de la tecnología, sin embargo, esto último es la parte más delicada a tratar puesto que adaptar los adelantos tecnológicos a nuevos entornos de comercio representa una inversión de grandes cantidades de tiempo y dinero. Desarrollar las capacidades técnicas en cada país supone un desafío difícil de enfrentar en solitario y con deficientes políticas nacionales de apoyo al desarrollo y competencia en las telecomunicaciones.

Los informes rendidos por otros órganos de la OMC en relación al Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de 25 de septiembre de 1998 son numerosos y no resulta necesario comentar a detalle sus contenidos ya que la mayoría de ellos coincide en los puntos planteados, pero para tener la visión de dichos órganos se mencionarán algunas de sus principales propuestas para conocer las actividades realizadas a las que fueron convocados por dicho documento.

El Consejo del Comercio de Mercancías presentó un informe al Consejo General de la OMC (G/C/W/158 de fecha 26 de julio de 1999) de donde se elaboró un resumen fáctico de las situaciones de los debates realizados por el propio Consejo, al seno de una serie de reuniones informales, sobre los aspectos del comercio electrónico relativos al sector de las mercancías.⁶³⁶

⁶³⁵ Comunicación de los Estados Unidos a la OMC, en el marco del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, *Op. Cit.* <http://www.omc.org>.

⁶³⁶ Resumen del Presidente del Consejo de Comercio de Mercancías de la OMC, en relación al Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de fecha 30 de septiembre de 1998 (WT/L/274). G/C/W/158 de fecha 26 de julio de 1999, <http://www.omc.org>.

Como en casi todas las reuniones convocadas por la OMC y sus respectivos órganos relacionados con el tema sobre el comercio electrónico, la mayoría de las discusiones convergen en determinar si las transmisiones electrónicas son servicios o son mercancías (su caracterización), también hacen alusión a puntos medulares como los derechos de aduana, la clasificación, la valoración en aduana, las normas de origen y los procedimientos para el trámite de licencias de importación.

Los grandes apartados en que se dividen las discusiones sobre el comercio electrónico son principalmente aquellas que versan sobre las transacciones electrónicas combinadas con el suministro físico de las mercancías para los cuales se aplican las tradicionales reglas del GATT; otro aspecto es el relativo al comercio de computadoras donde también se aplica el GATT; otra cuestión es sobre la venta de soportes informáticos entre los que se incluyen artículos como los CD o las cintas magnéticas con información digitalizada (software o música) cuyo régimen corresponde a la valoración en aduana; otra sería la información digitalizada transmitida por medios electrónicos (transmisión electrónica propiamente dicha).

Los asuntos debatidos caen siempre en cuestionamientos sobre si las transacciones electrónicas caen en el ámbito de los bienes o servicios y si las disposiciones aplicables serían las del GATT o las de los AGCS, pero es una realidad que cada vez son más los productos que circulan por la Red que al hacer su clasificación algunos de ellos no cabrían en ninguna de esas dos categorías, pues “el número de nuevas categorías de productos que la digitalización hace posible es limitado”, en este aspecto se puede ejemplificar con aquellos productos digitalizados que se comercializan por Internet y los que aparte de ello se almacenan en soportes informáticos y por ende están más próximos a semejarse a una mercancía tradicional.⁶³⁷

⁶³⁷ Resumen del Presidente del Consejo de Comercio de Mercancías de la OMC, en relación al Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de fecha 30 de septiembre de 1998 (WT/L/274). G/C/W/158 de fecha 26 de julio de 1999, *Op. Cit.*

Respecto al concepto importación, cabe hacer algunas consideraciones en cuanto a definir si se trata de una importación cuando se transmiten datos electrónicamente y por lo tanto se requiera el pago de los respectivos derechos de aduana pues se trata de una transacción comercial transfronteriza. En este sentido, aunque el GATT en su artículo II se refiere a los derechos de aduana aplicados a una importación, para el caso del comercio electrónico, específicamente en relación con Internet, aún no se ha especificado si existe algo que realmente atraviese la frontera, por lo tanto no existirá una importación en el sentido que marca dicha disposición del GATT y se reitera lo que en todas las discusiones se ha concluido: “las transmisiones electrónicas están fuera del ámbito de la aplicación de los derechos de aduana”.⁶³⁸

El gran dilema que se plantea ante la transmisión electrónica es la distinción entre un bien y un servicio, es decir, una transmisión electrónica podrá estar comprendida en la disciplina de los bienes o bien en la disciplina de los servicios, sin embargo, las características que debe tener cada uno de ellos para poderlos definir como tales causan aún ciertas confusiones. Ante las dudas planteadas al respecto se requiere de una valoración tanto de los bienes como de los servicios en el comercio electrónico porque al momento de hacer una transmisión electrónica de un software la venta recae en la licencia más no el producto o programa que sigue siendo propiedad de quien lo vende, por lo tanto habría que aclarar qué es lo que realmente se está comprando a través de los medios electrónicos.

En relación a las relaciones jurídicas y sus objetos (bienes), el texto “*Crisis y re-creación del derecho*”⁶³⁹ del Dr. Ángel Sánchez de la Torre señala que en el ámbito del

⁶³⁸ *Op. Cit.*

⁶³⁹ Sánchez de la Torre, Ángel, *El ámbito de las relaciones jurídicas y sus objetos*, en *Crisis y re-creación del derecho*, p.21.

Las reflexiones hechas por el Dr. Ángel Sánchez de la Torre en su texto antes citado, contienen una serie de cuestionamientos que versan principalmente sobre los conceptos de licitud e ilicitud en el ámbito jurídico, pero varios apartados del mismo texto están enfocados en demarcar también esos términos legales pero en el contexto de la propiedad. La mención hecha a los bienes de la sociedad del conocimiento, es decir, aquellos bienes o difusiones instantáneas de toda clase de conocimientos comercializados a través de los medios electrónicos, resulta pertinente para cotejar, comparar y analizar si de verdad podrá existir una forma legal efectiva que pueda tipificar dichos bienes en un nuevo contexto o bien puedan ser parte de la tipificación en el dominio clásico de los bienes que puedan estar implicados en una negociación tradicional o en una negociación hecha por algún medio electrónico.

ordenamiento jurídico a las personas se les identifica en su dimensión como “*sujetos jurídicos*” y a los recursos en su dimensión jurídica como “*cosas*”. Sin embargo, cuando se trata de aquellos bienes correspondientes a la “*sociedad de conocimiento*”⁶⁴⁰ se plantean ciertas dudas respecto a la manera de identificar como “*cosa jurídica*” los datos utilizados en la “*sociedad del conocimiento*” y la relación jurídica que guardan éstos en relación a las personas que los crean y emplean, entre otros cuestionamientos que no es menester de explicar en este apartado, pero cuya simple mención puede dar una nota sobre los alcances y limitaciones que los propios bienes tienen cuando son transmitidos por medios electrónicos, discusión frecuente en los foros de los diversos organismos internacionales, como en este caso lo comentado sobre los debates al centro de de la OMC.

Los Códigos Civiles tanto de España como de México coinciden en la definición de bienes como “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación”, misma que incluye tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles, sin embargo, para cada uno de éstos habrá reglas específicas para poder tipificar esa “apropiación”, pero, en ninguna de dichas legislaciones se mencionan aquellos objetos o cosas que circulan de forma instantánea por los medios electrónicos y cuya identificación no queda comprendida en ninguna de las dos clases. La clasificación de los bienes comprendida en las diferentes legislaciones de algunos países quizá incluyan ya la de los bienes de conocimiento más no están aún en otras legislaciones, como por ejemplo la legislación mexicana, lo cual puede dar objeto a nuevas discusiones dentro de los organismos internacionales para poder determinar desde esta perspectiva una clasificación de los bienes de conocimiento más precisa, en tanto se delimitan y aclaran también con mayor precisión las categorías hasta hoy debatidas sobre los bienes y los servicios transmitidos por los medios electrónicos.

Otros puntos debatidos con motivo del Programa de Trabajo (WT/L/274) en comento versaron sobre la determinación del origen de las transmisiones electrónicas consideradas como mercancías. Este aspecto resulta complejo si se toma en cuenta que

⁶⁴⁰ Sánchez de la Torre, Ángel, *Op. Cit.*, p.22.

la tecnología y su efecto multiplicador permiten enviar datos digitalizados desde cualquier parte del mundo sin conocerse con exactitud el lugar donde se origine dicha transmisión. Las conclusiones comunes de la mayor parte de las delegaciones participantes coinciden en el hecho de que para conocer con exactitud si las transmisiones electrónicas cruzan una frontera es necesario conocer a detalle la Red utilizada por los interesados así como la ubicación de sus respectivos servidores. El identificar el origen de una transmisión electrónica cuando se trata de una transacción comercial ha sido uno de los asuntos más debatidos en materia de comercio electrónico, y representa en muchos sentidos un problema al momento de estandarizar normas entre países.

Otro órgano de la OMC encargado de cumplir con el Plan de Trabajo en cuestión es el Consejo de Comercio de Servicios, mismo que en a través de los debates de rigor recopiló una serie de sugerencias de las delegaciones participantes en donde la parte esencial de las mesas de discusiones fueron las relativas a las cuestiones intersectoriales planteadas en el comercio electrónico, entre otros temas inherentes a la competencia, los productos suministrados electrónicamente y los derechos de aduana.⁶⁴¹

El entendimiento común de la mayor parte de las delegaciones participantes fue en relación al tema sobre suministro electrónico de servicios, el cual se sugiere debe estar regulado por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), en virtud de que este se aplica a todo tipo de servicios independientemente el medio de suministro utilizado, por lo cual el suministro electrónico podría quedar en cualquiera de los modos de suministro establecidos en dicho documento.⁶⁴²

Sobre el concepto de “*suministro de servicios*”, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios lo define en su artículo XXVIII como aquel que “abarca la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio”. Este mismo

⁶⁴¹ Informe Oral del Presidente del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General de la OMC sobre comercio electrónico, S/C/13 de 6 de diciembre de 2000 (00-5279), <http://www.omc.org>

⁶⁴² Informe Intermedio del Consejo del Comercio de Servicios, sobre el Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, al Consejo General de la OMC, S/C/8 de 31 de marzo de 1999 (99-1371), <http://www.omc.org>

documento, en su Anexo sobre Telecomunicaciones, define en su punto 3 inciso a) que “telecomunicaciones” se refiere a “la transmisión y recepción de señales por cualquier medio electromagnético”.⁶⁴³

El Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS define en su objetivo que su creación se debe a las características especiales que tiene el sector de los servicios de telecomunicaciones como sector independiente de la actividad económica y como medio esencial de transporte de otras actividades económicas para ser protegidos con disposiciones del propio Acuerdo en lo referente a las medidas que afecten el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones. Los alcances de este Anexo son aplicables a las medidas de un país miembro que afecten al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, así como a las medidas que afecten a la distribución por cable o radiodifusión de programas de radio o de televisión.⁶⁴⁴

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) en su artículo I.2, sobre Alcance y Definición, define el comercio de servicios como “el suministro de un servicio” del territorio de un país miembro al territorio de otro país miembro; en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro; por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro miembro o bien por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un miembro en el territorio de otro Miembro.⁶⁴⁵

Por otra parte, el mismo artículo I.3.b señala que el término “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales y, aclara el mismo artículo pero en su inciso c) que un “servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio

⁶⁴³ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), LT/UR/A-1B/S/1 de 15 de abril de 1994, <http://www.omc.org>

⁶⁴⁴ Anexo sobre Telecomunicaciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), LT/UR/A-1B/S/1 de 15 de abril de 1994, <http://www.omc.org>

⁶⁴⁵ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), LT/UR/A-1B/S/1 de 15 de abril de 1994, <http://www.omc.org>

que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.⁶⁴⁶

Aún con las explicaciones e indicaciones contenidas en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), las discusiones en torno a incluir el suministro electrónico de servicios a dicho documento no está aún determinado como tal, pues los debates continúan y se recomienda seguir analizando a detalle tal proceso y tener conformada una claridad jurídica que pueda determinar si todos los productos suministrados por medios electrónicos, independientemente de su modo, deben ser tipificados como servicios al amparo de dicho acuerdo.

Por su parte, el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), presentó sus informes de situación en relación al Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de 25 de septiembre de 1998 (WT/L/274), cuyas propuestas trataron aspectos relativos a la jurisdicción, los contratos electrónicos, las leyes aplicables, la observancia y la clasificación de los productos de propiedad intelectual.⁶⁴⁷

Los puntos legales a considerar en los debates por parte del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio versan principalmente en desarrollar e implementar normas reguladoras sobre el uso de las tecnologías digitales y de las telecomunicaciones en la gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) para hacerlos extensivos a sus titulares, pero sobre todo en los países en desarrollo. Se incluye en este sentido el detectar la explotación que constituyan violaciones a los DPI en Internet, así como el uso de patentes en el entorno

⁶⁴⁶ *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)*, Op. Cit. <http://www.omc.org>

⁶⁴⁷ *Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico*, del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC dirigido al Consejo General de la OMC, IP/C/20 de 4 de diciembre de 2000 (00-5217). http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

digital, entre otras cuestiones tendientes a mejorar dichos derechos en frontera y con la cooperación internacional prevista en el artículo 69 de los ADPIC.⁶⁴⁸

El artículo 69, sobre Cooperación Internacional, indica textualmente lo siguiente: “Los Miembros convienen en cooperar entre sí con objeto de eliminar el comercio internacional de mercancías que infrinjan los derechos de propiedad intelectual. A este fin, establecerán servicios de información en su administración, darán notificación de esos servicios y estarán dispuestos a intercambiar información sobre el comercio de las mercancías infractoras. En particular, promoverán el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades de aduanas en lo que respecta al comercio de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y mercancías piratas que lesionan el derecho de autor”.⁶⁴⁹

Las sugerencias planteadas en cada uno de los debates señalan que se debe continuar con los estudios en cuestiones de comercio electrónico y dentro de tales asuntos se analicen los aspectos relacionados con la propiedad intelectual. Por ello se ponderan las actividades que viene realizando la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en este terreno, mismas que serán expuestas en apartados posteriores de este trabajo.

El informe de situación IP/C/18 de 30 de julio de 1999 (99-3254) hecho por el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC, dirigido al Consejo General de la propia organización, plantea una serie de conclusiones derivadas de los debates celebrados con motivo del plan de trabajo sobre comercio electrónico. Aunque se especifica que este informe no pretende exponer de manera exhaustiva todas las actividades que ha desempeñado el Consejo de los

⁶⁴⁸ *Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico*, del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC dirigido al Consejo General de la OMC, IP/C/20 de 4 de diciembre de 2000 (00-5217), Op. Cit. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

⁶⁴⁹ *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994, <http://www.omc.org>

ADPIC en dicha área de comercio, su contenido muestra los apartados principales a los cuales se han dirigido sus análisis y expone de manera precisa sus alcances.⁶⁵⁰

Las funciones específicas desarrolladas por el Consejo de los ADPIC versan principalmente en la protección de tres aspectos básicos como lo son los derechos de autor, de las marcas de fábrica o de comercio y los de las nuevas tecnologías y el acceso a la tecnología. Para cada uno de estos temas se han realizado innumerables debates y discusiones cuyas conclusiones se han reflejado en los acuerdos que organismos internacionales tan importantes como la OMPI han creado para regular tan importante materia.

El artículo 7 de los ADPIC, sobre sus objetivos, señala textualmente lo siguiente: “La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.⁶⁵¹

Es evidente que toda actividad comercial realizada por medios electrónicos lleva implícito un alto contenido de propiedad intelectual por lo cual la creación de un sistema jurídico seguro que garantice las transacciones de comercio electrónico es una de las prioridades de organismos como la OMC porque no obstante de que se pueda tener la mejor infraestructura tecnológica la ausencia de un marco legal efectivo afecta su funcionamiento y desarrollo.

⁶⁵⁰ *Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico*, del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC dirigido al Consejo General de la OMC, IP/C/18 de 30 de julio de 1999 (99-3254). http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

⁶⁵¹ *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*, Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994, <http://www.omc.org>

El punto relativo a los derechos de autor y derechos conexos en el ámbito del comercio electrónico ha sido muy debatido en los foros convocados por los organismos de la OMC. Las redes digitales han cambiado las formas en el uso y protección de dichos derechos en cuanto a la creación, producción y distribución de las obras comercializadas a través de dichas redes. Sin embargo, existen otras implicaciones que hacen todavía más difícil su regulación, pues los aspectos relacionados con la publicación de las obras transmitidas, así como la determinación exacta de sus orígenes y los derechos a su reproducción, entre otros aspectos, dificultan todavía más su control.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha elaborado dos importantes tratados sobre Derechos de Autor (TDA) y otro sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, ambos suscritos en Ginebra en 1996, de los cuales se hará referencia en líneas posteriores, y que fueron suscritos como respuesta al impacto que las tecnologías de la información y la comunicación han tenido en relación a la creación y producción de obras artísticas y literarias, así como en las interpretaciones o ejecuciones de fonogramas. Sin embargo, el trabajo de la OMPI ha ido más allá pues también está participando en estudios y análisis sobre las ejecuciones audiovisuales, las bases de datos y los derechos de las organizaciones de radiodifusión, entre otros puntos más que en el siguiente apartado de este trabajo se hará referencia.⁶⁵²

Respecto a la protección de las marcas de fábrica y de comercio que circulan por Internet los debates plantean ciertas cuestiones que versan principalmente sobre la naturaleza territorial de los derechos derivados de las marcas, algunas de las cuales son especiales para ciertos productos y servicios, pero también se enfatiza la importancia de proteger las marcas reconocidas y su relación con los nombres de dominio de Internet. Este último aspecto ha sido tratado por la OMPI en un informe de fecha 30 de abril de 1999 sobre el Proceso de Nombres de Dominio de Internet relativo a "La gestión de los

⁶⁵² *Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico*, del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC dirigido al Consejo General de la OMC, IP/C/18 de 30 de julio de 1999 (99-3254), *Op. Cit.* http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

nombres y direcciones de Internet y las correspondientes cuestiones de propiedad intelectual”⁶⁵³

La función desempeñada por los organismos de la OMC en apoyo al comercio electrónico ha sido activa durante los últimos años, sin embargo, los resultados no han sido concretos en lo relativo a las cuestiones jurídicas, pues falta aún desarrollar un marco legal operativo que aparte de contemplar cada uno de los supuestos emergentes a regular se adapte también a las legislaciones nacionales de los Estados miembros y de esta forma se puedan estandarizar en la comunidad internacional todas aquellas operaciones comerciales a realizar a través de los medios electrónicos. La parte que le ha correspondido analizar al Consejo de los ADPIC es quizá uno de los que han concretizado más las ideas debatidas, sin embargo, es cierto que la mayor parte de los resultados en el contexto de esta temática la haya aportado la OMPI. Ante dicha situación, la propia OMC sugiere que se sigan realizando estudios para comprender mejor los asuntos relativos a esta disciplina y se tomen en cuenta los análisis y acuerdos emanados de la OMPI, por la importancia de sus aportaciones a al materia.⁶⁵⁴

No obstante los resultados que cada uno de los organismos de la OMC aporten a través de los debates, discusiones y análisis celebrados en el marco de sus diferentes reuniones interdisciplinarias, existe una constante en cada uno de ellos que es la de promover el uso y desarrollo de la tecnología en todos los países miembros, pero con un énfasis especial en todos aquellos países que se encuentran en vías de desarrollo. Por ello, se enfatiza a cada momento que las tecnologías relacionadas con el comercio electrónico representan una gran oportunidad para el desarrollo de las economías y que el uso de las redes electrónicas mundiales disminuye las dificultades de acceso a los mercados en cualquier parte del mundo, pero es evidente que ante la ausencia de una regulación jurídica efectiva en el ámbito global también aumentan los conflictos inherentes a su utilización.

⁶⁵³ *Op. Cit.* http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

⁶⁵⁴ *Op. Cit.* http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Los principales cuestionamientos relativos a los derechos de propiedad intelectual se basan en las delimitaciones territoriales que plantea el uso de las redes electrónicas en asuntos de comercio. Esto lleva implícito el conocer con certeza las jurisdicciones competentes y las leyes aplicables a las transacciones comerciales que se traten, así como las responsabilidades de los vendedores de productos y servicios respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual. Aunque al amparo de este tipo de derechos, en el contexto del comercio electrónico, se consideran principalmente a los derechos de autor y los derechos conexos y las marcas de fábrica y de comercio, existen otros ámbitos a considerar como parte de esta disciplina, como lo son los aspectos relacionados con los dibujos y modelos industriales, las patentes, los esquemas de trazado de los circuitos integrados y la información no divulgada.⁶⁵⁵

Por último, otro de los temas analizados como parte del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico (WT/L/274) fue realizado por el Comité de Comercio y Desarrollo (CCD) de la OMC, en cuyo Informe de Situación WT/COMTD/26 de fecha 13 de noviembre de 2000 (00-4814) más que exponer las discusiones y debates planteadas en su rama, plantea una serie de cuestionamientos sobre el desarrollo del comercio electrónico y hace la sugerencia que los anteriores comités de la OMC plantearon en sus respectivos informes como lo es el que se sigan debatiendo y analizando todos los aspectos relacionados con el comercio electrónico sin limitarse a un área específica, es decir, que consideren todas las ramas relacionadas con esta materia que van desde los estudios sobre las mercancías, servicios y propiedad intelectual hasta su dimensión de desarrollo, entre otros puntos medulares.⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ *Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico*, del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC dirigido al Consejo General de la OMC, IP/C/18 de 30 de julio de 1999 (99-3254), *Op. Cit.* http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

⁶⁵⁶ *Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico*, del Comité de Comercio y Desarrollo (CCD) de la OMC, WT/COMTD/26 de 13 de noviembre de 2000 (00-4814), http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Las preguntas que contiene el Informe de Situación elaborado por el Comité de Comercio y Desarrollo de la OMC aunque no tuvieron respuestas inmediatas en el momento en que se elaboraron, sus planteamientos siguen vigentes si se considera que los trabajos realizados para regular la mayor parte de las cuestiones propuestas no han podido culminar en su totalidad. Son tantas las aristas derivadas del uso de la tecnología y la modalidad del comercio electrónico que su propia evolución y desarrollo no se alcanza a prever aún ni en cortos plazos.

Las preguntas en comento versan principalmente en lo relativo a los efectos que puedan tener las relaciones interempresariales en el comercio electrónico y la forma en que éste podría afectar a las obligaciones y los compromisos de los Miembros en el marco de los Acuerdos de la OMC, asimismo con las preguntas en comento se plantea cuáles serían las necesidades de perfeccionamiento de los recursos humanos para atender las necesidades de los países menos desarrollados en el ámbito del comercio electrónico.

Otras preguntas plantean la idea de que si el comercio electrónico no tuviera restricciones y reglamentaciones podría dar mayor acceso a los mercados a los países menos desarrollados, pero a la vez hay otro cuestionamiento que versa sobre la duda de cómo podrían participar esos países en desarrollo en el comercio electrónico. Una pregunta más expuesta en el informe en cuestión, muy adecuada a los intereses primordiales que la OMC plantea en la mayoría de sus foros, está relacionada con el pago de aranceles, esto lo indica al cuestionarse sobre las repercusiones que pueda tener el comercio electrónico en los ingresos aduaneros de los países en desarrollo, lo cual en sí representa una de las mayores preocupaciones de la OMC, no obstante la moratoria existente para que no se apliquen aranceles a las operaciones de comercio realizadas por medios electrónicos.⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, del Comité de Comercio y Desarrollo (CCD) de la OMC, WT/COMTD/26 de 13 de noviembre de 2000 (00-4814), Op. Cit., http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Los trabajos desarrollados en cumplimiento al Programa de Trabajo WT/L/274 de la OMC de fecha 25 de septiembre de 1998, se realizaron en diferentes fechas como puede observarse en los respectivos Informes de Situación elaborados por los órganos competentes de la propia organización, mismos que estuvieron encargados de realizarlos. Los órganos responsables de trabajar desde sus respectivas esferas en el marco del comercio electrónico, estuvieron representados por el Consejo General, el Consejo del Comercio de Servicios, el Consejo del Comercio de Mercancías, el Consejo de los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual) y el Comité de Comercio y Desarrollo.⁶⁵⁸

Los debates y discusiones en torno a los diversos aspectos implicados en el comercio electrónico se siguen realizando en foros internacionales bajo el auspicio de la OMC y otras importantes organizaciones. Seguramente existirán y surgirán nuevas ideas, nuevos conceptos y nuevas regulaciones sobre esta rama, pero es una realidad que el auge y el desarrollo de las modernas tecnologías de información en breve las dejen obsoletas o bien esas novedosas ideas, conceptos y regulaciones no logren adaptarse a los diferentes esquemas políticos que cada país posee. Esto implica una constante derogación y actualización de normas o de políticas, mismas que requieren a su vez de un trabajo constante y permanente que permita estar a la par de la vanguardia tecnológica, pero desde un punto de vista de la operatividad y normatividad del comercio realizado a través de los medios electrónicos.

El comercio electrónico es parte del auge y desarrollo de las tecnologías de información, la relación existente entre ambos fenómenos es indisoluble, no se puede hablar de redes comerciales sin uso de tecnología, sin embargo, el gran conflicto se presenta cuando el mismo avance de la tecnología y las redes electrónicas desconocen los límites fronterizos entre las naciones y no tienen una regulación estandarizada en todas ellas.

⁶⁵⁸ Organización Mundial de Comercio, OMC, <http://www.wto.org>.

La revolución generada por las tecnologías de información ha transformado las formas tradicionales de hacer negocios. Internet ha permitido reducir los precios y aumentar la productividad en el sector económico con la transacción de bienes y servicios por medio de sus redes. No obstante, las implicaciones legales de esta forma de hacer negocios consideran que los aspectos fiscales por la transmisión de productos transmitidos electrónicamente representan uno de los grandes problemas a resolver, pues la misma Red podría convertirse en un cyber duty free ante las inexistentes líneas fronterizas del cyber espacio.⁶⁵⁹

IV. Tratados de la OMPI y Propiedad Intelectual

El tema relacionado con la propiedad intelectual dentro del contexto del comercio electrónico, es también una disciplina de carácter jurídico que requiere de todo un conocimiento y análisis sobre la materia para determinar sus alcances y limitaciones con el uso de la red, máxime que por medio de ella pueden circular sin dificultad cualquier tipo de bienes o servicios ante los cuales no siempre se tiene el derecho de comercializarlos. La transmisión, almacenamiento y reproducción de información no tiene limitaciones cuando se utiliza a través de la Red electrónica, ante la ausencia de una frontera geográfica que delimite su radio de acción. El concepto de originalidad del bien o de la información publicada en un medio electrónico como Internet, se pierde cuando éstos son copiados y re-copiados con la certeza de que cada copia podrá reproducirse a su vez en un número infinito cuyas características seguirán siendo tan idénticas de su original que será imposible distinguir unas de otras.⁶⁶⁰

⁶⁵⁹Pérez-Esteve, Rosa, *A Quantitative Assessment of Electronic Commerce*, World Trade Organization (Economic Research and Analysis Division), Staff Working Paper ERAD-99-01, September, 1999, pp. 4 y 6, Organización Mundial de Comercio, OMC, <http://www.wto.org>.

⁶⁶⁰ Munar Bernat, Pedro A., *Propiedad intelectual y comercio electrónico, en Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001, p. 311.

El término propiedad intelectual generalmente hace referencia a las ideas y a la información que pueden estar en diversos formatos que brindan un estatus legal y la protección de la propiedad de un bien tanto en lo individual como en lo empresarial.⁶⁶¹

Las formas primarias que presentan los derechos de propiedad intelectual en las redes mundiales se pueden clasificar en tres áreas básicas que son: las patentes, las marcas registradas y los derechos de autor. Estas formas están fortalecidas con la introducción e innovación de productos y trabajos creativos que dirigidos al público conservan su originalidad y tienen derechos limitados y exclusivos por tiempo determinado cuyas recompensas económicas en el mercado se asignan a sus creadores.⁶⁶²

Las normas sobre propiedad intelectual tienen su creación en las legislaciones nacionales de cada país y las que tienen jurisdicción o aplicación en ámbitos extraterritoriales tienen su origen en los organismos internacionales o supranacionales. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO), ha creado algunos documentos, tratados o acuerdos, sobre la materia de los derechos de autor a través de los Tratados de 1996, en tanto, la Unión Europea también han generado su propio documento por medio de la Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, del 22 de mayo de 2001.⁶⁶³

El procedimiento que siguen las legislaciones nacionales para regular la propiedad intelectual es incorporar a sus normas los preceptos emanados de los organismos internacionales o supranacionales, como lo tiene programado hacer la legislación española a sus normas jurídicas vigentes, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

⁶⁶¹ Shaw, Paul D., *Op. Cit.*, p. 33. Literalmente, la nota en inglés señala lo siguiente: "Intellectual property generally refers to ideas and information residing in various formats that is given the legal status and protection of property as an asset of an individual or enterprise".

⁶⁶² *Op. Cit.*, p. 33.

⁶⁶³ Carbajo Cascón, Fernando, *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Ed. COLEX, Madrid 2002, p. 22.

La protección, garantía y seguridad de la propiedad intelectual de un bien, cuando se emplea su venta o distribución por medio de un instrumento telemático, no tiene una estandarización en las diferentes legislaciones de los países que se encuentran involucrados, porque no ha sido posible incorporar a todos sus ordenamientos internos los preceptos legales emanados de organismos internacionales, como los de la OMPI, o bien no se han adherido a otros acuerdos internacionales para poder aminorar este conflicto que adolece de una efectiva reglamentación jurídica en el ámbito internacional, cuando se trata de un asunto relacionado con la llamada “sociedad de la información”, “sociedad del conocimiento” o “sociedad conectada”, donde circulan sin límite alguno una serie de bienes y servicios digitalizados y protegidos con sus respectivos derechos de autor.⁶⁶⁴

El desarrollo de los medios telemáticos y de la tecnología en general, y su relación con el comercio electrónico presenta diversas variables a considerar para su regulación jurídica. Una de esas variables indiscutiblemente está representada por la propiedad intelectual, pues si bien los derechos de propiedad intelectual se ejercen sobre obras que si bien pueden ser comercializadas a través de las vías tradicionales en soporte material, también pueden ser objeto dentro del mercado electrónico que se desarrolla principalmente por medio de Internet.⁶⁶⁵

Estas obras al poder ser digitalizadas en los medios electrónicos adquieren otras dimensiones con su distribución virtual al poder ser explotadas por quienes no tienen los derechos para realizarlo. La tecnología permite y posibilita realizar a bajo costo y con reproducciones exactas y múltiples cualquier tipo de obra intelectual, cuyas diferencias en sus características respecto a la obra original no pueden ser percibidas por los sentidos, así como tampoco el detectar la ubicación del lugar exacto donde ésta se reproduce o envía.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ Carbajo Cascón, Fernando, *Op. Cit.*, p. 23.

⁶⁶⁵ De Miguel Asensio, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, Madrid 2002, p. 209.

⁶⁶⁶ *Op. Cit.*, p. 210.

En cuanto a las funciones específicas que desempeñan los organismos internacionales respecto a la regulación jurídica de ciertas disciplinas, como en este caso la de propiedad intelectual, es evidente que contribuyen con su trabajo en la elaboración de normas de carácter internacional que la mayor parte de los países, miembros o no miembros de dichas organizaciones, adoptan y trasponen en sus legislaciones nacionales.

En relación al tema sobre comercio internacional, existen sistemas supranacionales como los anteriormente mencionados, la UE, la OCDE, la UNCITRAL, la CCI, la OMC, entre otros, que han elaborado una serie de disposiciones legales que han venido a subsanar algunas lagunas jurídicas de las legislaciones nacionales, tanto para regular sus asuntos internos como aquellos de carácter internacional derivados de las relaciones públicas o privadas que sostienen con otros países.

Como se mencionó en líneas anteriores, la Organización Mundial del Comercio (OMC) a través de su Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) incorporó por primera vez las normas de propiedad intelectual en el sistema multilateral del comercio con las cuales pretende reducir de manera significativa las diferencias existentes en la forma de proteger este tipo de derechos en los países, miembros o no, y aplicar en sus territorios normas comunes de carácter internacional.

Por su parte, la Organización Mundial de la propiedad intelectual (OMPI), conocida en inglés como World Intellectual Property Organization (WIPO) como parte del sistema de organizaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), está “dedicada a fomentar el uso y la protección de las obras de intelecto humano”⁶⁶⁷, para lo cual creó en el año de 1996 dos importantes convenios cuyo objetivo es “adoptar el régimen internacional de protección de la propiedad intelectual al nuevo entorno tecnológico de la llamada sociedad de la información”.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Señala este organismo: “Dichas obras –la propiedad intelectual– amplían las fronteras de la ciencia y la tecnología y enriquecen el mundo de la literatura y de las artes”. <http://www.OMPI.org/about-wipo/es/overview.html>.

⁶⁶⁸ De Miguel, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, 3ª. Ed., Madrid 2002, p. 218.

La OMPI distingue dos ramas principales dentro de la propiedad intelectual: la propiedad industrial, específicamente las invenciones, marcas de fábrica y de comercio, dibujos y modelos industriales y denominaciones de origen; y los derechos de autor, representados por obras literarias, musicales, artísticas, fotográficas y audiovisuales.⁶⁶⁹

Respecto a la normatividad jurídica internacional, existen dos importantes documentos expedidos por la OMPI en relación a los temas esenciales que le compete regular. Por una parte, se encuentra el Convenio de la OMPI sobre Derechos de Autor (TDA) y por otra, el Convenio de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, ambos suscritos en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996⁶⁷⁰, donde se regulan importantes acciones relacionadas con la propiedad intelectual.

El Convenio sobre Derechos de Autor señala en su artículo 4 lo siguiente: “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión”.⁶⁷¹ En tanto, el Convenio sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas en su Artículo 2 define algunos conceptos de donde “parece desprenderse que las transmisiones a través de Internet encajan en los conceptos de publicación y comunicación al público”.⁶⁷² Los contenidos de ambos tratados, ordenamientos medulares del presente apartado, se abordarán posteriormente en donde se podrán observar sus alcances legales y su aplicabilidad en el uso de los medios electrónicos.

⁶⁶⁹ Gutiérrez Cortés, Fernando, *Op. Cit.*, p. 268.

⁶⁷⁰ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/94dc.htm>

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

⁶⁷¹ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 2 a 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/94dc.htm> , Artículo 4, p. 2 de 6, 20/06/02, 1:39 PM.

⁶⁷² De Miguel, Pedro, *Op. Cit.*, p. 221.

La Cámara de Comercio Internacional es otro importante organismo supranacional que ha formulado ciertas reglas uniformes para la regulación del comercio internacional, las cuales son consideradas como instrumentos de uso dentro de los procesos de contratación internacional y cuya eficacia está subordinada a que las partes se remitan a su utilización dentro de su propio marco negocial autónomo.⁶⁷³

Los INCOTERMS (Términos de Comercio), elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, son un instrumento normativo básico dentro de la compraventa internacional, cuya incorporación al contrato, por acuerdo de las partes, resuelve ciertas dificultades propias de las negociaciones. Este organismo ha creado los denominados E-TERMS, términos de comercio electrónico, considerados como “útiles para superar dificultades técnicas asociadas a la contratación electrónica en redes abiertas”.⁶⁷⁴ Estos términos o instrumentos de negociación contienen importantes disposiciones legales para la regulación de las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos.

Existen otras instituciones importantes, de carácter supranacional, encargadas de coordinar el funcionamiento y desarrollo de Internet, que adoptan las medidas pertinentes que tienen como objetivo principal el garantizar el uso de la red, ya sea definiendo los estándares de los protocolos de comunicación, o bien, asignando las direcciones que permiten la identificación de las computadoras conectadas a la misma. Cada uno de los organismos que se han dado a la tarea de implementar una serie de normas para estandarizar el uso de Internet lo han hecho a través de diversas disposiciones que se mencionarán a continuación, pero con la intención solamente de ubicar sus alcances jurídicos y mencionar a grandes rasgos ciertas dificultades que plantean.

Explicar las funciones específicas que desarrollan cada uno de los organismos internacionales en comento sería una tarea que llevaría a explicar otras cuestiones de otros contextos, por eso se circunscriben sólo aquellos tópicos relativos al tema que

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 504.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 504.

compete a esta investigación. Lo mismo ocurre con las disposiciones normativas emanadas de tan importantes organizaciones al comentar solamente aquellas que tienen relación directa con la temática central de este escrito o bien otras más que le puedan dar contexto a las mismas.

Un importante organismo que ha llevado a cabo un importante trabajo es la *Internet Society* (ISOC), creada en 1992 por la *Non-Profit Corporation Act* del Distrito de Columbia, en los Estados Unidos, cuyos fines son "... el desarrollo de los estándares y las tecnologías de interconexión de Internet, el crecimiento de la arquitectura de Internet y la armonización de actuaciones que faciliten la disponibilidad de Internet."⁶⁷⁵

La ISOC es en la práctica la institución que indirectamente participa en la definición de los estándares técnicos para el funcionamiento de Internet, en tanto otros, como *Internet Engineering Task Force* (IETF) que designa los estándares y en la cual participan de manera informal y espontánea los comerciantes, diseñadores e investigadores interesados en el desarrollo de Internet.

Internet Architecture Board (IAB), antes *Internet Activities Board*, crea las reglas sobre los estándares de funcionamiento de Internet y auspicia las actividades de *Internet Engineering Task Force* (IETF), que se encarga de todo lo relacionado con los protocolos y la arquitectura de la Red, y de *Internet Research Task Force* (IRTF), encargada de investigar y desarrollar nuevas tecnologías en esta materia. La organización *Internet Engineering Steering Group* (IESG) está integrada fundamentalmente por especialistas técnicos responsables del área de *Internet Engineering Task Force* (IETF) las cuales se encargan de elaborar en detalle los estándares de Internet, pero si en algún momento

⁶⁷⁵ *ibidem*, p. 32.

El Artículo 2.e señala que se entenderá como "publicación" de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma, la oferta al público de la interpretación o ejecución fijada o del fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan al público en cantidad suficiente".

El Artículo 2.g que se entenderá como "comunicación al público" de una interpretación o ejecución o de un fonograma, la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. A los fines del Artículo 15, se entenderá que "comunicación al público" incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público".

existieran controversias, le corresponde a la *Internet Architecture Board* (IAB) resolverlos o dirimirlos.

La organización IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*) se encarga de coordinar la atribución de valores de parámetros únicos en Internet, donde se incluyen las direcciones IP (*Internet Protocol*) y de administrar el sistema de nombres de dominio al asignar bloques de direcciones numéricas o registros regionales de direcciones IP (*Internet Protocol*). En Norteamérica es la ARIN; en Europa es la RIPE NCC y en la zona Asia/Pacífico es la APNIC, pero a quien le compete hacer la gestión del sistema y asignar las direcciones a los usuarios es a los diferentes registros locales de Internet.

En 1998 se creó un organismo no lucrativo denominado *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), cuya organización se hizo conforme a la *Nonprofit Public Benefit Corporation Law* (NPBCL) de California, en Estados Unidos, con el fin de administrar el espacio de direcciones *Internet Protocol* (IP) y el sistema de nombres de dominio, misma que se ha encargado de introducir la competencia en la administración del registro de ciertos nombres de dominio genéricos.⁶⁷⁶

Los *Network Information Centers* (NIC), son los encargados de administrar el dominio del nivel superior geográfico que corresponda a cada región, por decir *.mx* en el caso de México o *.es* respecto a España. En cuanto a los nombres de dominio de segundo nivel, no existen restricciones en cuanto a que las personas físicas o morales o las mismas entidades registren nombres con las categorías *.org*, *.com* o *.net*, ni sobre las obligaciones para utilizar el nombre de dominio, tampoco hay restricciones en relación a los nombres que puedan registrarse, siempre y cuando no coincida con otro similar y registrado con anterioridad, por lo tanto, solamente se sigue el criterio de prioridad temporal. Estos nombres de dominio pueden ser transmitidos contractualmente.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 54.

Las normas o reglas establecidas por los organismos antes mencionados, tienen un tipo jurídico que hace posible el funcionamiento y desarrollo de Internet. La *Request for Comments* (RFC), traducida literalmente como “invitación a formular comentarios” contiene reglas que han sido resultado de prolongadas y profundas discusiones, por parte de IESG, IAB, IETF y la propia RFC, que van facilitando la adhesión de la mayoría usuaria de Internet con la creación de estándares de carácter internacional.

Dichos estándares contienen normas sobre organización, funcionamiento y coordinación de las estructuras básicas de Internet, tales como las relativas a la asignación de direcciones, a la construcción de un sistema de nombres de dominio, a la creación de las políticas de asignación de direcciones en la Red, entre muchas otras, incluso algunas meramente informativas como la Netiquette Guide-lines, sobre los principios de la denominada Netiquette (Network Etiquette) sobre el “uso responsable de la red”.⁶⁷⁸

Sobre los alcances legales de las disposiciones emanadas de los organismos descritos, es importante mencionar que poseen una naturaleza jurídica especial ya que el estar abiertos a las opiniones y sugerencias de cualquier persona, física o moral, denotan que no están subordinados a la aprobación de algún poder de gobierno, parlamentario o judicial, ya sea nacional o internacional. Por lo tanto, la legitimidad que puedan tener se deriva primordialmente de la posición que tengan las estructuras de las que surgen las instituciones de coordinación de la Red y de la aceptación de los que participan en la misma.

Es claro que el alcance material de las normas emanadas por los organismos ya descritos es limitado, pues la mayoría se restringen a la fijación de los estándares tecnológicos y a la ordenación de las cuestiones técnicas indispensables para el correcto funcionamiento de Internet. No obstante, dichas reglas se imponen a todos los participantes para que respeten los estándares acordados y se haga un buen uso de la Red.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 36.

Sin que sea un organismo nacional o supranacional, ni tampoco una normatividad reguladora del comercio electrónico a nivel internacional, en sentido estricto, existe una Declaración conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica (UE-EEUU) sobre comercio electrónico, dictada el 5 de diciembre de 1997, en donde se enfatiza la importancia que tiene el comercio electrónico global, promovido por el desarrollo de Internet, como un importante motor para el crecimiento de la economía mundial del siglo XXI. Esta Declaración aunque pudiera ser parte de lo que a finales del pasado siglo se preveía para los tiempos actuales y que con mucho se han rebasado sus propias expectativas, tiene cierto aire vigente porque el comercio electrónico aunque sea uno de los importantes motores de la moderna economía aún no es un fenómeno común y estandarizado en la mayor parte de los países del mundo, pues sus diferencias e inequidades son palpables en cada región del orbe.

Dicha declaración conjunta, propone un diálogo abierto entre los gobiernos y el sector privado mundial para construir un entorno legal y comercial acorde a la realización de los negocios por Internet y acuerda trabajar para el mercado global con ciertas recomendaciones que buscan ante todo expandir el comercio electrónico global orientado especialmente al mercado, pero tomando en consideración los intereses de todos los actores, particularmente los consumidores, las escuelas y las instituciones públicas, asegurando en lo posible el uso más amplio de las nuevas tecnologías.

En este documento se recomienda también a los gobiernos el que proporcionen un marco legal claro y consistente que promueva un entorno competitivo para que pueda crecer el comercio electrónico y asegurar y proteger de cierta manera cuestiones de interés público como la intimidad, los derechos de propiedad intelectual, la protección del consumidor, entre otros derechos. Entre otras recomendaciones, la declaración conjunta en comento, señala que los impuestos en materia de comercio electrónico deben ser claros, consistentes, neutrales y no discriminadores, la permanencia de la ausencia de aranceles en las importaciones, así como la no aplicación de aranceles adicionales que graven el uso de medios electrónicos.

Sobre las recomendaciones importantes de mencionar está la de ratificar y aplicar cuanto antes los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor y sobre Derechos de Ejecución y Fonogramas y asegurar la protección eficaz del derecho a la intimidad con respecto al tratamiento automatizado de datos personales en redes informáticas globales. Asimismo, se acuerda seguir participando para el logro de sus objetivos en los diferentes foros multilaterales apropiados, como la OCDE, la propia OMPI y la UNCITRAL, organismos que, como ya se indicó anteriormente, juegan un papel determinante en la creación de normas jurídicas reguladoras de diversos aspectos relacionados con el comercio electrónico.⁶⁷⁹

Ante el fenómeno de la globalización, es evidente que las relaciones comerciales internacionales han sufrido una radical modificación, también, es patente que la interdependencia que genera esta nueva forma de desarrollo en el mundo ha provocado cambios tanto en los ámbitos políticos y económicos como en los sociales y jurídicos. Por lo tanto, el papel que desempeñan los organismos supranacionales, como los antes mencionados, ha sido importante en la elaboración de normas legales de carácter internacional y que cada uno de los Estados interesados adopta y adapta de acuerdo a sus intereses y a su propia realidad jurídica.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es un organismo internacional especializado del sistema de organizaciones de la ONU y tiene como parte de sus actividades la administración y de diversos tratados internacionales que abordan diferentes aspectos de la propiedad intelectual. Entre los principales objetivos de esta organización se encuentran el fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano (propiedad intelectual) mismas que enriquecen el mundo de la ciencia, la tecnología, la literatura y el arte.

⁶⁷⁹ Declaración conjunta UE-EEUU sobre comercio electrónico, de 5 de diciembre de 1997. Última actualización: Enero 1998. <http://www.onnet.es/08001009.htm>, 17/05/02 10:44 AM.

Por la importancia contenida en las disposiciones de los tratados emanados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de fecha 20 de diciembre de 1996, sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas y sobre Derecho de Autor, es menester hacer referencia a ellos. Estos documentos cuyas disposiciones están más dirigidas a la protección de obras de arte en formatos tradicionales como lo podría ser el papel o cualquier otro medio palpable físicamente, también puede comprender lo que las modernas tecnologías de información han propiciado con el uso, transferencia y reproducción de obras a través de los medios electrónicos.

En lo que respecta al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, su preámbulo señala la necesidad de crear nuevas normas de carácter internacional que ofrezcan soluciones adecuadas a las interrogantes que plantean los actuales sucesos económicos, sociales y tecnológicos. Este último aspecto representado por el impacto que el desarrollo de las tecnologías de información ha tenido en relación a los medios de comunicación y la producción y uso de interpretaciones o ejecuciones y de fonogramas, ha generado en parte la creación de estas normas para mantener en la mayor medida posible “un equilibrio entre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información”.⁶⁸⁰

Las disposiciones contenidas en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas del 20 de diciembre de 1996, entre otras cuestiones plantea que ninguna de sus disposiciones irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tienen entre sí de acuerdo con la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de fecha 26 de octubre de 1961 y denominada como “*Convención de Roma*”. El Artículo 1 del Tratado de la OMPI en mención que la protección concedida por el Tratado de la OMPI en mención dejará intacta la protección

⁶⁸⁰ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

del derecho de autor en obras literarias y artísticas y no tendrá conexión alguna ni tampoco perjudicará los derechos u obligaciones contenidas en cualquier otro tratado.⁶⁸¹

Entre los conceptos definidos en el Tratado que nos ocupa figuran principalmente aquellos que son más utilizados en los trámites o acciones relativas con la materia. Los términos “*artistas intérpretes o ejecutantes*” se entienden como “todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore”. La palabra “*fonograma*” es definida como “toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual”.⁶⁸²

Por “*fijación*” se entiende “la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual pueden percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo”. El concepto “*productor de fonogramas*” es definido como “la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos”.

Se entiende por “*publicación*” de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma, la oferta al público de la interpretación o ejecución fijada o del fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan al público en cantidad suficiente. El concepto “*radiodifusión*” se entiende como la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una “radiodifusión”; la transmisión de señales codificadas será “radiodifusión” cuando los medios de decodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento.

⁶⁸¹ *Op. Cit.*, Artículo 1.

⁶⁸² *Ibidem*, Artículo 2.

Por último, el citado artículo 2 del ordenamiento legal en cuestión define “*comunicación al público*” de una interpretación o ejecución o de un fonograma, la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma. Este concepto también incluye hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público.⁶⁸³

Algunos aspectos contemplados en el Tratado en mención versan sobre las características de las personas que intervienen en la celebración de un contrato de estas características. Así, el Artículo 3 sobre los beneficiarios de la protección al amparo del tratado señala que las partes contratantes protegerán a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas que sean nacionales de otras Partes Contratantes, es decir, los artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas cuyas obras estén conforme a los criterios que sobre elegibilidad de protección están previstos en la Convención de Roma y que por ende las Partes Contratantes en este Tratado sean Estados contratantes de la citada Convención.⁶⁸⁴

Respecto a lo que debe entenderse como trato nacional el artículo 4.1 del Tratado de referencia prescribe que cada parte contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes el mismo trato concedido a sus propios nacionales en cuanto a los derechos exclusivos concedidos por el propio Tratado y en su caso al derecho de una remuneración equitativa, prevista en el artículo 15 respecto a la radiodifusión y comunicación al público de la interpretación o ejecución del fonograma de que se trate.

Existen diversos tipos de derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes para los cuales existen disposiciones particulares contenidas en el Tratado en cita. Los *derechos morales* de los artistas intérpretes o ejecutantes regulados en el artículo 5

⁶⁸³ Los conceptos definidos en este apartado están prácticamente tomados de manera literal del Artículo 2, sobre Definiciones, del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de fecha 20 de diciembre de 1996. Tratar de parafrasear definiciones tan precisas como las antes mencionadas podría dar lugar a confundir algunas de las palabras utilizadas y aunque pueda ser una diferencia sutil entre unas y otras el cambio de significado podría ser más radical. Va pues esta razón sobre la mención literal del significado de las definiciones antes descritas.

⁶⁸⁴ Artículo 3 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas del 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

contemplan que el artista intérprete o ejecutante conservará el derecho a reivindicar ser identificado como tal, exceptuándose tal derecho cuando la omisión venga ordenada por la forma de emplear la interpretación o ejecución; tiene también la facultad de oponerse a la deformación, mutilación o modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que causen perjuicios a su reputación. Estos derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante se mantienen aún después de su muerte y pueden ser ejercidos por las personas o instituciones autorizadas previamente por el artista, si no se previó esta circunstancia dichos derechos no se mantendrán.

Los denominados *derechos patrimoniales* de los artistas intérpretes o ejecutantes por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas permiten a éstos gozar del derecho de autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituye por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida, asimismo, le permite la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.

Respecto al *derecho de reproducción*, los artistas intérpretes o ejecutantes poseen el derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier forma o procedimiento.⁶⁸⁵

Con el denominado *derecho de distribución* los artistas intérpretes o ejecutantes podrán autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas a través de la venta o transferencia de su propiedad. Las partes tienen el derecho de agotar el derecho de referencia después de la primera venta o transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada con la autorización del artista intérprete o ejecutante.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ *Op. Cit.*, Artículos 5 y 6.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, Artículo 8.

Por otro lado, el denominado *derecho de alquiler* permite a los artistas intérpretes o ejecutantes el gozar del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público, ya sea del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, tal y como lo establezca la legislación nacional de las llamadas Partes Contratantes, esto aún después de la distribución hecha por el propio artista intérprete o ejecutante o con su autorización. Sin embargo, si la Parte Contratante al día 15 de abril de 1994 tenía o tiene vigente un sistema de remuneración equitativa para los artistas intérpretes o ejecutantes por el alquiler de ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en los fonogramas, podrá mantener ese sistema siempre y cuando el alquiler comercial de fonogramas no menoscabe de manera considerable los derechos de reproducción exclusivos de los propios artistas.⁶⁸⁷

Existe un *derecho de disposición* regulado en el artículo 10 del tratado en mención sobre el poner a disposición del público las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, con autorización de los artistas intérpretes o ejecutantes a través de medios inalámbricos para quien lo requiera y pueda tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento en que cada quien elija.⁶⁸⁸

La anterior disposición es al menos un atisbo de lo que en gran medida las modernas tecnologías de información están propiciando ante el fácil acceso a los diversos portales de Internet que ofrecen variadas formas para obtener las interpretaciones o ejecuciones de las obras literarias o artísticas interpretadas o ejecutadas por los actores, cantantes o músicos que las producen o realizan.

Asimismo, existe el denominado *derecho de reproducción* que permite a los productores de fonogramas gozar del exclusivo derecho de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, ya sea por algún procedimiento particular o por cualquier otra forma. Este derecho que aunado al *derecho de distribución* por el cual los

⁶⁸⁷ *Ibidem*, Artículo 9.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, Artículo 10.

productores de fonogramas pueden autorizar la disposición al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas por medio de la venta o transferencia de propiedad brindan muchas posibilidades a la tecnología en cuanto a que sea ésta la plataforma de distribución de las obras si las Partes Contratantes así lo determinan.⁶⁸⁹

De esta manera y conforme se vayan reseñando en este escrito las características de los derechos de propiedad intelectual en los tratados ya considerados o a considerar, quedará patente la vulnerabilidad que los sistemas electrónicos puedan tener si son éstos el soporte técnico de los reproductores o distribuidores de las obras que se traten.

Sobre las demás características que poseen los derechos contenidos en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas del 20 de diciembre de 1996, hay otra mención al *derecho de alquiler* en el artículo 13 en cuanto a que los productores de fonogramas lo poseen para alquilar comercialmente al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas aún después de su distribución realizada ya sea por ellos mismos o con su autorización. Asimismo, indica dicha disposición que la Parte Contratante que tenga dicho derecho lo podrá mantener otorgando la remuneración respectiva a los productores y siempre y cuando no cause un menoscabo a los derechos de exclusividad de dichos productores.

Respecto al derecho de poner a disposición del público los fonogramas, los productores gozan de ese derecho para que el propio público pueda tener acceso a ellos en cualquier momento y desde cualquier lugar, pudiendo hacerse tal disposición por hilo o por medios inalámbricos. Los derechos inherentes al uso directo o indirecto de la radiodifusión, hecha por cualquier medio de comunicación, se traducen en una remuneración equitativa tanto para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. Las Partes Contratantes pueden acordar en legislación nacional, ante la

⁶⁸⁹ *Ibidem*, Artículos 11 y 12.

ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma la remuneración en comento.⁶⁹⁰

Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales las limitaciones y excepciones relativas a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en relación a la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas. La protección concedida al amparo del presente Tratado no será menor a cincuenta años, mismos que se contarán a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución se fijó en el fonograma. Este mismo plazo se aplica a los productores de fonogramas, el cual se contará a partir del final del año en que se haya publicado el fonograma o cuando dicha publicación no se haya dado durante los cincuenta años de fijado el fonograma.

En cuanto a las obligaciones derivadas de las medidas tecnológicas, el Tratado señala que las Partes Contratantes brindarán *protección jurídica* adecuada y *recursos jurídicos* efectivos que restrinjan un efectivo uso de la tecnología por parte de artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas respecto al ejercicio de sus derechos amparados por este Tratado y que en relación con sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas limite actos no autorizados por los mismos, pero permitidos por la Ley.

Las obligaciones derivadas de la información sobre la gestión de derechos versan sobre dos cuestiones ante las cuales las Partes Contratantes brindarán los recursos jurídicos adecuados contra las personas que con pleno conocimiento de causa supriman o alteren sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos o bien, distribuyan, importen para su distribución, emitan, comuniquen o pongan a disposición del público, sin la autorización respectiva, interpretaciones o ejecuciones, ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas sabiendo que la

⁶⁹⁰ Artículo 14 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas del 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

información electrónica relativa a la gestión de derechos se haya suprimido o alterado si autorización.⁶⁹¹

La denominada “*información sobre la gestión de derechos*” se define como la información que identifica al artista intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución del mismo, al productor del fonograma, al fonograma y al titular de cualquier derecho sobre interpretación o ejecución o el fonograma, o información sobre las cláusulas y condiciones de la utilización de la interpretación o ejecución o del fonograma; dicho concepto se refiere también a todo número o código que represente la información y cuando cualquiera de los elementos citados esté adjunto a un ejemplar de una interpretación o ejecución fijada o a un fonograma o bien figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una interpretación o ejecución fijada o de un fonograma.⁶⁹²

Sobre las formalidades contenidas en el Tratado, el artículo 20 señala que el goce y el ejercicio de los derechos contemplados en el mismo no están subordinados a formalidad alguna. Asimismo, se indica que no se permitirá el establecimiento de reservas. Respecto a la aplicación en el tiempo, el artículo 22 indica que las Partes Contratantes aplicarán *mutatis mutandi* el artículo 18 del Convenio de Berna a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas considerados en este Tratado, pero, aclara dicho precepto, que si así lo decidiera una Parte Contratante podrá limitar la aplicación del artículo 5 (sobre los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes) de este mismo Tratado a las interpretaciones o ejecuciones que tengan lugar después de la entrada en vigor de este Tratado en relación a esta parte.⁶⁹³

⁶⁹¹ *Op. Cit.*, Artículo 19.

⁶⁹² *Op. Cit.*, Artículo 19.

⁶⁹³ *Op. Cit.*, Artículo 22.

En relación a los aspectos operativos del Tratado existen algunos artículos que agrupados en su Capítulo V se denominan Cláusulas Administrativas y Finales en donde se destacan consideraciones importantes que permiten regular y entender mejor la disciplina que se trata. Por decir, existe una Asamblea en donde participan las Partes Contratantes en donde cada una está representada por un delegado que puede ser asistido por suplentes, asesores y expertos. Los gastos de cada delegación corren por cuenta de la Parte Contratante que la haya designado. La propia Asamblea podrá pedir a la OMPI que otorgue asistencia financiera para facilitar la participación de delegaciones de Partes Contratantes consideradas países en desarrollo o en transición a una economía de mercado.⁶⁹⁴

Las Partes Contratantes que sean Estados dispondrán de un voto cada uno y votarán en nombre propio, en tanto, si son organizaciones intergubernamentales podrán participar en la votación en lugar de sus Estados miembros con un número de votos igual a éstos que sean parte de este Tratado, pero no podrán participar en la votación si dichos Estados miembros ejerce su derecho de voto y viceversa. Para este caso, todo Estado miembro de la OMPI podrá ser parte en este Tratado, reservándose la Asamblea el derecho de admisión de las organizaciones intergubernamentales para ser parte en este Tratado.⁶⁹⁵

El otro Tratado emanado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de fecha similar al anterior, del 20 de diciembre de 1996, denominado como Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor contiene disposiciones que pretenden desarrollar y mantener de manera eficaz y uniforme la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas.⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ Capítulo V del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas del 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

⁶⁹⁵ *Op. Cit.*, Artículo 26.

⁶⁹⁶ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor del 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

Ante la necesidad de contar con un nuevo marco jurídico regulador en el ámbito internacional y proporcionar soluciones adecuadas a los conflictos derivados de la propiedad intelectual, la OMPI ha creado el Tratado sobre Derecho de Autor. Ante el impacto de los cambios propiciados por los fenómenos económicos, sociales y tecnológicos, entre otros, se requiere cada vez mayor protección de los derechos de autor sobre obras artísticas y literarias. Las modificaciones al entorno provocadas por el desarrollo de las tecnologías de información han impactado aún más en el terreno de estos derechos ante la fácil distribución de ciertas obras a través de los medios electrónicos.

En el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el Artículo 1 indica que este Tratado es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en cuanto a las Partes Contratantes (países de la Unión establecida en este Convenio), y que no tendrá conexión con tratados diferentes del Convenio de Berna ni tampoco perjudicará derechos u obligaciones conforme a otro tratado.⁶⁹⁷

⁶⁹⁷ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París del 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, París, Francia. <http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo001es.htm>

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas fue creado el 9 de septiembre de 1886; completado en París el 4 de mayo de 1896; revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908; completado en Berna el 20 de marzo de 1914; revisado en Roma el 2 de junio de 1928; revisado en Bruselas el 26 de junio de 1948; revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1971 y enmendado en París el 28 de septiembre de 1979. Se entiende por "Convenio de Berna" el Acta de París, de 24 de julio de 1971, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Según el Artículo 1.3 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor del 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

El Convenio de Berna es el documento básico más antiguo que sobre propiedad intelectual ha predominado a lo largo de sus más de cien años de existencia. Las revisiones y enmiendas que ha tenido este importante documento legal ha permitido que sus contenidos se vayan ido adaptando o adecuando a la realidad que se está presentando día a día. Aunque este documento está complementado con otros textos de no menor envergadura como lo sería su casi contemporáneo documento denominado Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, también revisado y enmendado en diversas ocasiones, son los otros dos Tratados de la OMPI, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas del 20 de diciembre de 1996 y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también del 20 de diciembre de 1996, los que le dan mayor fuerza jurídica a tan importante disciplina. En conjunto, estos ordenamientos constituyen el principal soporte legal aceptado a nivel internacional sobre la protección de la propiedad intelectual, siendo principalmente el Convenio de Berna, como ya se mencionó con antelación, el documento básico y tradicional, pero que en conjunto han sido ratificados por los países miembros de la OMPI.

El mismo artículo 1 en comento aclara que este Tratado, sobre Derecho de Autor, no derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna.⁶⁹⁸

De acuerdo con el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, el ámbito de protección del derecho de autor comprende las expresiones (no ideas), procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. De manera similar al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, las Partes Contratantes aplicarán *mutatis mutandi* los artículos 2 al 6 del Convenio de Berna, sobre la protección considerada en el Tratado sobre Derecho de Autor, aunque el anterior lo hará a través del Artículo 18 del citado Convenio.⁶⁹⁹

Los temas relativos a la informática están considerados en algunos de los apartados del Tratado que nos ocupa, por decir los programas de ordenador, en cualquiera de sus formas de expresión, están considerados como obras literarias⁷⁰⁰ de acuerdo a lo señalado por el artículo 2 del Convenio de Berna, que a su vez indica que los términos “*obras literarias y artísticas*” comprenden “...todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión...”.⁷⁰¹

Las denominadas compilaciones de datos (bases de datos) que constituyan creaciones de carácter intelectual estarán protegidas como tales. Esta protección no comprende los datos o materiales en sí mismos y se interpreta sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista en relación de los datos o materiales incluidos en la compilación.⁷⁰²

⁶⁹⁸ *Op. Cit.*, Artículo 1.

⁶⁹⁹ *Op. Cit.*, Artículos 2 y 3.

⁷⁰⁰ *Op.Cit.* , Artículo 4.

⁷⁰¹ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París del 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, París, Francia. <http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo001es.htm>

⁷⁰² Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor del 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

Los derechos regulados en este Tratado están constituidos principalmente, el derecho de distribución, el derecho de alquiler y el derecho de comunicación al público. Respecto al *derecho de distribución*, el Artículo 6 prescribe que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u transferencia de propiedad. Este Tratado no afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones en que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta o transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.⁷⁰³

En la regulación del *derecho de alquiler* el artículo 7 del Tratado indica también otra cuestión relativa a la informática al indicar que los autores de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas, como estén establecidas en la legislación nacional de las Partes Contratantes, tendrán el derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras. Respecto a los programas de ordenador, cita el propio artículo, que no será aplicable lo anterior cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler, y para el caso de una obra cinematográfica será cuando el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de la obra que menoscabe de manera considerable el derecho exclusivo de reproducción. Esta misma aseveración se aplicará si una de las Partes Contratantes al 15 de abril de 1994 aplicaba y continúa teniendo un sistema de remuneración equitativa de los autores, en lo que respecta al alquiler de ejemplares de sus obras incorporadas en fonogramas, por lo tanto podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de obras incorporadas en fonogramas no de lugar al menoscabo considerable del derecho exclusivo de reproducción de los autores.⁷⁰⁴

⁷⁰³ *Op. Cit.*, Artículo 6.

⁷⁰⁴ *Op. Cit.*, Artículo 7.

En relación al *derecho de comunicación al público* los autores de obras literarias y artísticas lo tendrán de manera exclusiva para autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, y pueda el público acceder a dichas obras desde el sitio y el momento que elija.⁷⁰⁵ Esto no irá en perjuicio del Convenio de Berna y sus disposiciones contenidas en los Artículos 11.1)ii), en lo relativo al derecho exclusivo que tienen los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales para la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras; en Artículo 11 bis.1)i y ii, en cuanto a que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión o la comunicación pública de sus obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes, asimismo, toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando la comunicación se haga por diferente organismo que el de origen. También menciona al Artículo 11 ter.1)ii) en cuanto a que los autores de obras literarias gozarán del derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública, por cualquier medio, de la recitación de sus obras.⁷⁰⁶

Otro Artículo del Convenio de Berna relacionado con el derecho de comunicación al público, correspondiente al Artículo 8 del Tratado sobre Derecho de Autor, es el 14.1)ii) que indica que los autores de obras literarias o artísticas tendrán el derecho exclusivo de autorizar la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas.⁷⁰⁷

También el Artículo 14 bis.1) de dicho Convenio señala que “Sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como obra original. El titular del derecho de autor sobre la

⁷⁰⁵ *Op. Cit.*, Artículo 7.

⁷⁰⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París del 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, París, Francia. <http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo001es.htm>

⁷⁰⁷ *Op. Cit.*, Artículo 14.1)ii).

obra cinematográfica gozará de los mismos derechos que el autor de una obra original, comprendidos los derechos a los que se refiere el artículo anterior”.⁷⁰⁸

Respecto a la duración de la protección para las obras fotográficas, las partes contratantes no aplicarán las disposiciones del Artículo 7.4) del Convenio de Berna en cuanto a que “Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un periodo de veinticinco años contados desde la realización de tales obras”.⁷⁰⁹

En otro aspecto, las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones locales las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas de acuerdo al Tratado sobre Derecho de Autor en casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni provoquen perjuicio alguno e injustificado a los intereses legítimos del autor. Si se aplica el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringen las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos previstos en el mismo a los casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.⁷¹⁰

Un tema importante a considerar, regulado en el Tratado sobre Derecho de Autor, es el relativo a las obligaciones derivadas de las medidas tecnológicas. Si bien, la tecnología como instrumento o medio de distribución de las obras literarias o artísticas acorta distancias y facilita su distribución desde o para cualquier parte del mundo, es menester que las Partes Contratantes asuman ciertas responsabilidades para que exista, como lo indica el Artículo 11 de dicho Tratado, una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra cualquier acción que trate de evitar las medidas tecnológicas efectivas que puedan ser empleadas por los autores en lo relativo al ejercicio

⁷⁰⁸ *Op. Cit.*, Artículo 14 bis. 1).

⁷⁰⁹ *Ibidem*, Artículo 7.4).

⁷¹⁰ Artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor del 20 de diciembre de 1996, Ginebra, Suiza. <http://www.wipo.int/spa/diplconf/distrib/95dc.htm>

de sus derechos protegidos en este Tratado y que en relación con sus obras restrinjan actos no autorizados por los autores y que estén permitidos por la Ley.⁷¹¹

En relación a las obligaciones derivadas de la información sobre la gestión de derechos, hay dos puntos importantes a considerar en cuanto a la información electrónica. Ante ello, las Partes Contratantes garantizarán jurídicamente acciones contra las personas que aún conociendo realicen ciertas acciones como el suprimir o alterar sin autorización la información electrónica sobre la gestión de derechos, o bien, distribuyan, importen para su distribución, emitan o comuniquen al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización. El concepto “*información sobre la gestión de derechos*” se define como “la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”.⁷¹²

Las disposiciones contenidas en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor constantemente están haciendo referencia al Convenio de Berna, en sí ambos ordenamientos se corresponden entre sí en algunos de sus principales temas abordados. Por ello respecto a la aplicación en el tiempo, del Tratado sobre Derecho de Autor, las Partes Contratantes aplicarán el Artículo 18 del Convenio de Berna a toda la protección contemplada en el primero. Esta disposición contiene varios puntos a considerar entre los cuales destaca que su aplicación será para todas las obras que al momento de la entrada en vigor de dicho Convenio no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección, con la salvedad de que si una obra por expiración del plazo de protección que se le hubiere concedido con antelación hubiese pasado al dominio público en el país en que la protección se reclame, por la cual la obra ya no

⁷¹¹ *Op. Cit.*, Artículo 11.

⁷¹² *Ibidem*, Artículo 12.

quedaría protegida nuevamente en ese lugar. Lo anterior tendrá plena aplicación de acuerdo con las estipulaciones establecidas en los convenios especiales existentes o los creados al efecto entre países de la Unión, si no existieran tales los países regularán dentro de su respectiva competencia las modalidades respectivas a lo que se trate.⁷¹³

Los Tratados emanados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) son instrumentos legales que han venido a cubrir en el ámbito internacional una de las lagunas jurídicas que con el desarrollo de la tecnología se ha estado haciendo más profunda. El avance tecnológico que como consecuencia ha permitido la digitalización de todo tipo de información, incluidas las obras artísticas y literarias, ha permitido que su difusión por los medios electrónicos sea ahora más rápida, siendo Internet el principal medio por el cual circulan las obras no materiales en un entorno global, esencia del denominado comercio electrónico.

El desarrollo de la tecnología no ha sido la esencia del problema que se ha generado en materia de propiedad intelectual, puesto que los medios electrónicos o el Internet mismo han facilitado la distribución de las obras literarias y artísticas, incluso permiten su distribución de manera más rápida y a bajos costos, lo cual es una ventaja en relación a los soportes materiales tradicionales que circulan o se comercializan por las vías comunes. Aún cuando muchos de los intercambios de obras realizados a través de Internet se encuentren al margen de la protección de los derechos de propiedad intelectual, el aprovechamiento de dichas obras, objeto de los derechos mencionados, genera a su vez nuevas categorías que demandan exigencias de adaptación al régimen de propiedad intelectual que desde su origen y desarrollo ha estado vinculado al desarrollo tecnológico.⁷¹⁴

⁷¹³ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París del 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, París, Francia. <http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo001es.htm>

⁷¹⁴ De Miguel Asensio, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, 3ª. Ed. Civitas, Madrid 2002, p. 210.

CAPÍTULO SÉPTIMO

TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

I. La Tributación Electrónica

La tributación electrónica es un aspecto importante dentro de las regulaciones jurídicas del comercio electrónico. Representa en sí un tema a estudiar por separado y de manera profunda por las múltiples aristas que tienen las normas fiscales aplicables en la contratación electrónica internacional. No obstante, en este breve espacio dedicado a plantear algunas cuestiones relativas con la tributación del comercio electrónico habrá de señalarse, como lo indica Rafael Oliver Cuello que: “Los tributos que gravan el comercio electrónico son aquellos que recaen sobre el comercio, en general, como no podía ser de otra forma”.⁷¹⁵ En otras palabras, la tributación a los actos de comercio es ineludible, trátase del comercio tradicional o del comercio realizado por medios electrónicos. En este caso, serán los impuestos sobre la renta y los impuestos sobre el tráfico empresarial y en menor medida los de tráfico no empresarial.

Como parte del fenómeno de la globalización de la economía y de los avances de las tecnologías de información, la canalización de transacciones sobre bienes y servicios por medio del comercio electrónico no deja de ser un elemento tradicionalmente sujeto a tributos, aunque ahora llevada a cabo por un instrumento diferente. Sin embargo, estar “ante nuevas tecnologías pero viejos problemas” en donde “los problemas de sujeción de las distintas operaciones económicas que se llevan a cabo por vía telemática tienen respuesta a través de los tributos actuales”, confirma lo que algunos expertos en la materia consideran necesario en cuanto a no crear nuevas figuras impositivas, sino ajustar las ya existentes a las nuevas circunstancias de la realidad económica.⁷¹⁶

⁷¹⁵ Oliver Cuello, Rafael, *Tributación del Comercio Electrónico*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 17.

⁷¹⁶ Cazorla Prieto, Luis María, El comercio electrónico ante nuestro sistema tributario, en *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 635.

Aunque la regulación jurídica del comercio electrónico en materia fiscal habrá de sujetarse a la nueva realidad social y se tendrán que compatibilizar los conceptos jurídicos tradicionales con el nuevo sistema que se pretende regular, la doctrina se divide con los otros expertos de esta rama que abogan por aplicar a estos nuevos problemas jurídicos una nueva normativa legal ante la incapacidad de aplicar, ni siquiera por analogía, las leyes hasta ahora existentes.⁷¹⁷

El problema de la tributación en el comercio electrónico es muy complejo, pues las cuestiones de imposición tanto en este tipo de comercio como en el comercio tradicional se puede presentar en numerosas formas y diferentes niveles de acuerdo con las variables que intervengan en los entes sujetos a tributación, trátase de personas físicas o corporaciones, y de acuerdo también con los salarios o ingresos obtenidos que determinan a su vez las deducciones o amortizaciones procedentes.⁷¹⁸

Los problemas prácticos que presenta la tributación en materia de comercio electrónico están centrados principalmente en los aspectos relativos a los lugares donde se desarrollan las actividades de comercio, puesto que este tipo de comercio ha puesto en evidencia el desajuste actual existente entre la tributación que ya se desarrolla en un territorio determinado y la que se lleva a cabo por medio de una página web en donde no queda claro el lugar en el que se sitúa la transacción en virtud de que la información se puede localizar en cualquier parte de una red interconectada de forma independiente en cualquier parte del mundo.⁷¹⁹

⁷¹⁷ Valero Lozano, Nicolás, *La tributación en Internet*, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 644.

⁷¹⁸ Bagby, John, *e-Commerce Law. Issues for Business*, Ed. Thomson, Canada 2003, p. 646.

"The power to tax is the power to destroy". This famous quote illustrates the pervasiveness of power held by the federal, state, and local government".

"Tax compliance is a highly complex matter consuming the full-time attention of legions of accountants and lawyers. Individuals and businesses must be constantly aware of their tax liability, and this is much more than the annual income tax ritual. Internet activity poses some tax definitional questions and reopens some strong controversies over taxation".

⁷¹⁹ Díaz, Vicente Oscar, *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales. La reformulación del concepto de establecimiento permanente*. Ed. Ediciones Macchi, Buenos Aires 2001, p. 23.

Dentro de todo sistema de contratación, tanto la tradicional como la electrónica, se plantea el pago de tributos, considerados algunos de ellos como de mayor relevancia y que a su vez pueden presentar consideraciones fiscales conflictivas. En este caso estarían el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (IRNR) y el Impuesto sobre Sociedades (IS), sin dejar de considerar por otra parte el impuesto que grava el consumo, como lo es el Impuesto al Valor Agregado o Añadido (IVA). No dejan de considerarse otros tipos de impuestos que repercuten sobre la contratación electrónica como lo son los Impuestos Aduaneros (IA), el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (ITPO) o los Impuestos Especiales (IE). En relación con el comercio electrónico, los impuestos sobre la renta son los especialmente aplicados, donde se incluye evidentemente lo relacionado con las normas contra los llamados paraísos fiscales, aunque en importancia estará representado por el denominado Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD).⁷²⁰

En el caso de México, es menester aclarar que entre los impuestos o gravámenes impositivos más comunes y de mayor importancia se encuentran el Impuesto Sobre la Renta (ISR), el Impuesto al Valor Agregado (IVA), Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (ISPS), Impuestos al Comercio Exterior (ICE) y el Impuesto al Activo (IA).⁷²¹

Es evidente que la tributación relacionada con el Impuesto al Valor Agregado (IVA) en términos del comercio electrónico es preocupante puesto que la forma de vender y entregar todo tipo de bienes y servicios rompe con los conceptos tradicionales y por lo tanto, como algunos autores lo mencionan en sus textos "... la distinción clásica entre entrega de bienes y prestaciones de servicios pierde todo sentido en las transacciones por Internet (operaciones *on line* y *off line*)", precisamente por el carácter que tiene la

⁷²⁰ Ante esta explicación habría que aclarar que los cometarios están basados en un texto español, por lo cual habrá de hacer algunas aclaraciones posteriores en cuanto a sus equivalentes en la legislación fiscal mexicana. Para ello será menester mencionar a grosso modo cuáles son los impuestos aplicables al comercio en México y la relación que puedan con los impuestos aplicados en España.

De momento, baste señalar que tanto el Impuesto Sobre la Renta, el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto Especial existen como tales en ambos países, en tanto en México existe el denominado Impuesto al Comercio Exterior (ICE) que grava todo lo relacionado con los actos de comercio que tienen como objetivo la exportación o importación de mercancías, mismo que en España se le denomina como Impuesto Aduanero (IA).

⁷²¹ Mabarak Cerecedo, Doricela, *Derecho Financiero Público*, Ed. McGraw-Hill, México 2000, p. 17.

tecnología en cuanto a la velocidad en que pueden realizarse las transacciones comerciales y el anonimato con que pueden cubrirse las mismas, lo cual permite con facilidad el fraude y la evasión fiscal.⁷²²

Respecto a las disposiciones legales dictadas con el fin de regular la tributación del comercio electrónico algunos organismos internacionales y los propios gobiernos de ciertos países que han estado tratando de normar esta materia, sobre todo los más desarrollados en cuestiones fiscales, han elaborado como parte previa a la consolidación de un marco jurídico una serie de informes que pueden ayudar a solucionar ciertos problemas derivados del uso de la Red. Así, bien podrían mencionarse los documentos elaborados por el Gobierno de los Estados Unidos, los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Unión Europea (UE) y de España en particular.⁷²³ De los informes en cuestión destaca un estudio elaborado por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, publicado en 1996, relativo a las *“Implicaciones fiscales del comercio electrónico”* sobre las pautas que el sistema fiscal debería adoptar en cuanto a la contratación electrónica. Este documento contiene tres principios básicos para sustentar la política federal relativa al comercio electrónico.⁷²⁴

El primer principio contenido en las *“Implicaciones fiscales del comercio electrónico”* es el de neutralidad por el cual las transacciones electrónicas análogas a las transacciones tradicionales deben tributar de manera similar, en este caso no hay distinciones entre unas y otras. El segundo principio es el relativo a la aplicación de los principios en materia de fiscalidad internacional, cuando resulte posible, con la finalidad de evitar la doble tributación, un asunto sobre el que han trabajado los países de manera conjunta, especialmente dentro de las transacciones tradicionales y de lo cual ya existen importantes documentos legales reguladores. Por último, el tercer principio es sobre generalidad y flexibilidad, ante el cual se sugiere emplear conceptos generales que no

⁷²² Cazorla Prieto, Luis María y Chico de la Cámara, Pablo, *Los Impuestos en el Comercio Electrónico*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 13.

⁷²³ Cazorla Prieto, Luis María y Chico de la Cámara, Pablo, *Op. Cit.*, p. 15

⁷²⁴ *Op. Cit.*, p. 15.

queden superados por los propios avances tecnológicos en esta materia. En suma, estos tres principios contienen las disposiciones básicas que un documento como el mencionado puede aportar a esta incipiente rama jurídica del aspecto fiscal dentro del comercio electrónico.

En el año de 1998, en los Estados Unidos se promulgó una ley de moratoria de la tributación del comercio electrónico denominada como *The Internet Tax Freedom Act* en donde se prohíbe establecer tributos por parte de los Estados o entidades políticas inferiores a las operaciones derivadas del comercio electrónico a partir del primero de octubre de 1998. Este documento contiene entre otras disposiciones algunas definiciones de términos comunes en el argot fiscal que ayudan a comprender mejor el por qué de su aplicación, dentro de tales conceptos se encuentra uno llamado “*Bit tax*” definido como cualquier impuesto en materia de comercio electrónico expresamente aplicado por el volumen de información digital transmitida electrónicamente, o bien por el volumen de información digital por unidad de tiempo transmitida electrónicamente, pero no incluye los impuestos relativos a prestación de los servicios de telecomunicaciones.⁷²⁵

Otro importante concepto contenido en *The Internet Tax Freedom Act* es el “*Discriminatory tax*” cuya definición no es muy exacta puesto que señala una serie de variables para su aplicación, al considerar entre otras cuestiones que no se cobra de manera legal cuando se trata de una tasa semejante a la de otro Estado en transacciones donde estén involucrados propiedades, bienes o servicios similares. El término “*Multiple tax*” significa que cualquier impuesto que sea cobrado por un Estado o subdivisión política donde exista el mismo tipo de comercio electrónico que sea sujeto a otro impuesto cobrado por otro Estado o subdivisión política, es decir, pagados en otras jurisdicciones. Por su parte, el término “*Tax*” significa cualquier cargo impuesto por cualquier gobierno con el propósito de generar ingresos con propósitos gubernamentales. No obstante de que en *The Internet Tax Freedom Act* aparece una larga lista de conceptos con sus respectivas definiciones, las antes transcritas son quizá las más significativas en cuanto a

⁷²⁵*The Internet Tax freedom Act*, The UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy, <http://www.gseis.ucla.edu/iclp/itfa.htm>, p. 7.

que hacen referencia directa al asunto que en este apartado nos ocupa como lo es la tributación en el contexto del comercio electrónico.⁷²⁶

Otro documento relativo a los aspectos fiscales en el comercio electrónico, fue creado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Este es un informe que se publicó en el año de 1996 titulado “*Electronic commerce: the challenges to tax authorities and taxpayers*” en donde por primera vez se analizaban las posibles consecuencias que podría traer el desarrollo tecnológico, pero específicamente en el aspecto relativo a la imposición directa, es decir, para cuestiones en donde se encuentren implícitos aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.⁷²⁷

Para el año de 1997, la propia OCDE, a través de su Comité de Asuntos Fiscales, publicó otro documento pero más completo denominado “*The Emergence of Electronic Commerce. Overview of OECD’s Work*”, donde se manifiesta la necesidad de analizar y adaptar los diversos conceptos y criterios relativos a la materia fiscal internacional, enfocadas principalmente a las susceptibles modificaciones al Modelo de Convenio de la propia OCDE para evitar la doble imposición, al impacto sobre el concepto de establecimiento permanente, a los precios de transferencia, a los impuestos sobre el consumo y a los problemas de las Administraciones tributarias relativas al comercio electrónico.⁷²⁸

⁷²⁶ *The Internet Tax freedom Act*, Op. Cit., p. 8.

⁷²⁷ *Electronic commerce: the challenges to tax authorities and taxpayers*, Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), www.oecd.org, 13/09/2005, 05:40 p.m.

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 17.

La mención de cada una de las disposiciones emanadas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico son una referencia al trabajo normativo que en materia de tributación, en el campo del Comercio Electrónico, ha estado realizando de manera constante dicha organización.

El rubro fiscal es de por sí basto en su normatividad tradicional y a la vez variado en los aspectos que regula, por lo cual en cuestiones electrónicas no puede ser la excepción, pero por ser una materia de prácticamente reciente manufactura, es de comentarse que habrá de pasar un tiempo más para poder tener normas fiscales adecuadas a los propios cambios que vayan propiciando las nuevas tecnologías de información en este ámbito jurídico.

Ante ello, este espacio solamente estará enfocado en proporcionar una visión panorámica de su regulación en el ámbito internacional, así como de mencionar en el apartado previo correspondiente sobre los organismos que de cierta forma están

Los aspectos fiscales del comercio electrónico se analizaron con mayor detenimiento en la Conferencia celebrada por la OCDE en Turku, Finlandia en noviembre de 1997 de donde surgió un documento titulado “*Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*” en el que se anotaron una serie de criterios para orientar una reforma fiscal en este rubro. Parte de las razones para emitir dicho reporte es la urgente necesidad de que exista una coordinación internacional para dirigir las políticas en asuntos relativos al comercio electrónico global.⁷²⁹

En relación a los análisis que se han realizado sobre la tributación en el comercio electrónico se han planteado algunos problemas inherentes a esta disciplina jurídica que se justifican por ser ésta reciente y de constante y acelerada evolución. Por ello, al igual que en otras líneas legales del fenómeno del comercio electrónico aún no se tiene una normatividad acorde con estos cambios. Para el caso de los problemas tributarios habrá de plantearse si la recaudación con el uso de las nuevas tecnologías de la información aplicadas a las relaciones comerciales serían menores en relación con los tradicionales actos de comercio donde no se emplea medio electrónico alguno. Es evidente que los conflictos presentados en la tributación del comercio electrónico no están exclusivamente centrados dentro del ámbito interno de los países que lo practican, sino en el ámbito fiscal internacional donde intervienen dos o más naciones. En este renglón se tienen los dos tipos de impuestos que habrían de ser analizados para determinar su jurisdicción o espacio de aplicación, como lo serían el Impuesto Sobre la Renta (ISR) y el Impuesto al Valor Agregado (IVA).⁷³⁰

Ante este problema, se pueden considerar otros más relativos e inherentes a la contratación electrónica. Rafael Oliver Cuello señala tres problemas principales: el primero de ellos es el relativo a la calificación de las rentas obtenidas y de las operaciones que se llevan a cabo en el comercio electrónico; el segundo, es sobre las dificultades en

participando activamente en la elaboración de normas que los países involucrados habrán de adoptar y adaptar a sus propias legislaciones.

⁷²⁹ *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*, OECD Conference at Turku, Finland, Nov. 19-21, 1997, <http://www.cordis.lu/infowin/acts/ienm/newsclips/arch1> , 13/09/2005, 05:53 p.m.

⁷³⁰ Oliver Cuello, Rafael, *Op. Cit.*, p. 18.

la localización de las actividades comerciales en un entorno telemático y el tercero es el relativo al problema que tienen las administraciones tributarias para controlar las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos o telemáticos.⁷³¹

Si se analizan en lo particular cada uno de los problemas planteados en el párrafo anterior, se pueden concluir algunas consideraciones, por decir, en el caso de la calificación de las rentas obtenidas y de las operaciones realizadas por medios telemáticos de intercambio de documentos se estará ante una contratación electrónica vía transmisión electrónica de datos (EDI), es decir, ante un intercambio automático de datos entre negocios formalmente estructurados, tales como facturas, órdenes de compra y otros documentos y formas que se realizan a través de la computadora entre los negociantes.⁷³² En este caso, habría que hacer la diferenciación de los productos y servicios que circulan por la red y que entran en los denominados EDI cuya modalidad de contratación electrónica es más especializada en comparación con la contratación electrónica minorista, en virtud de que la primera se desarrolla en determinados sectores económicos como el automovilista, electrónico o turístico, en tanto la segunda, la minorista, que se realiza a través de las páginas Web de Internet para adquirir bienes o servicios que no circulan por la red, se puede emplear también para aquellos que si circulan por ella.

En otras palabras, se podrían adquirir aquellos productos o suministros *on line*, que en formato digitalizado circulan en la red, o bien aquellos productos o suministros *off line* para los cuales se emplean medios de transporte convencionales, aunque es posible que el objeto de una contratación electrónica realizada a través del EDI sean bienes o servicios que puedan circular por la red, pero lo habitual es que este sistema, como se comentó antes, se utiliza por sectores que regularmente no transmiten bienes y servicios

⁷³¹ *Op. Cit.*, p. 19.

⁷³² Shaw, Paul D., *Managing Legal and Security Risks in Computing and Communications*, ed. Butterworth-Heinemann, Woburn, MA, USA, 1998, p. 123.

El Intercambio Electrónico de Datos o Electronic Data Interchange (EDI), por sus siglas en inglés, se puede conceptualizar literalmente, en dicho idioma y tal y como se refiere en la explicación anterior, con estas palabras: "... is the automated exchange of structured business data, such as invoices, purchase orders, and other documents and forms via computer between business".

por dicha vía.⁷³³ Aquí vale la pena mencionar que la legislación norteamericana es clara al considerar a la importación del *software* libre de gravámenes aduaneros específicos si se realiza *on line*, no así si se realiza con soporte físico, que en este caso podría realizarse por medio de disquetes, cintas, discos compactos o cualquier otro medio físico, en donde habría ya un suministro *off line*. En este sentido, las posiciones son encontradas pues por un lado se defiende la postura de considerar al mercado cibernético como libre de imposiciones y por otra parte se pretende imponer gravámenes a las operaciones mecánicas llevadas a cabo a través de los medios electrónicos.⁷³⁴

Ante este tipo de situaciones el problema tributario que se presenta con el empleo de redes electrónicas para la transmisión de bienes o servicios en cuanto a la calificación de las rentas obtenidas por la transmisión electrónica va acompañado de otro problema relativo a la calificación de las operaciones realizadas como entrega de bienes o como prestación de servicios. Si se trata de información digitalizada fácil de manipular o alterar podría tratarse de una cesión de uso de un material que se consideraría una propiedad intelectual, pero si se trata del uso de una imagen por cierto tiempo o para determinado trabajo ya no se estaría en la misma circunstancia. En tales casos, las consecuencias tributarias en cuanto a la imposición directa serán diferentes, pues en el primero de ellos se pagará por el uso o concesión de uso de un derecho, que los Convenios para evitar la Doble Imposición denominan como cánones, en tanto en el segundo caso se estará ante la adquisición de un bien o la prestación de un servicio.⁷³⁵

Respecto a la imposición indirecta, si se trata de bienes o prestaciones de servicios, se habrán de considerar algunos aspectos, por ejemplo, el hecho de que el destinatario de los servicios sea empresario o profesional y se encuentre establecido en el territorio de aplicación del impuesto, la Ley del IVA española indica que se estaría ante prestaciones de servicios que se localizan en la sede del destinatario, en tanto sea

⁷³³ Oliver Cuello, Rafael, *Op. Cit.*, p. 21.

⁷³⁴ Cazorla Prieto, Luis María y Chico de la Cámara, Pablo, *Op. Cit.*, p. 16.

⁷³⁵ *Op. Cit.*, p. 22

“tratamiento de datos por procedimientos informáticos, incluido el suministro de productos informáticos específicos”. En el caso de que el destinatario no sea un empresario o profesional o no se encuentra establecido en el territorio de aplicación del impuesto, la operación se considerará como de *“adquisición de bienes”* o *“prestación de servicios”*, de acuerdo a criterios similares a los que se emplean en la imposición directa.⁷³⁶

Otro problema a plantear dentro de la perspectiva tributaria, es aquel relativo a la localización de las actividades de comercio electrónico. En este sentido la dificultad se presenta para localizar al vendedor o al prestador de servicios para aplicarles las normas fiscales correspondientes cuando se encuentren físicamente dichas partes en territorios diferentes, es decir, en países o jurisdicciones donde evidentemente no se aplica el mismo marco jurídico. En este caso las administraciones tributarias de los países involucrados son las que deberán coordinarse para aplicar normas comunes o estandarizadas y puedan implementar de esta manera las rentas respectivas en donde realmente se considere que se están llevando a cabo las negociaciones comerciales electrónicas. Esta situación representa en sí el problema central en todo tipo de negociación llevada a cabo por medios electrónicos, mismo que se ha discutido en diferentes foros pero que aún no tiene soluciones concretas.

Cuando se trata de operaciones comerciales electrónicas realizadas dentro del territorio de un solo país, las imposiciones tributarias no tienen mayor problema en determinarse, pues las normas fiscales son aplicadas tanto para la imposición directa como la indirecta. En el caso de México, el comercio es una actividad cuyas leyes aplicables son de carácter federal, por lo tanto no habrá conflictos en determinar su jurisdicción tratándose de cualquier zona del país. El problema se presenta cuando las residencias fiscales de los sujetos que intervienen en la operación comercial electrónica se encuentran en lugares distintos y evidentemente éstos corresponden a países diferentes.

⁷³⁶ *Op. Cit.*, p. 23

Ante la problemática relativa al lugar de residencia de los actores participantes de la operación comercial electrónica y su respectiva aplicación tributaria, caben plantearse una serie de preguntas para dilucidar mejor las respuestas, por ello, será primordial preguntarse primero sobre ¿qué elementos se deben considerar para determinar la residencia del proveedor o suministrador? Ante esta pregunta se pueden seguir planteando otras preguntas más íntimamente relacionadas para llegar a una respuesta convincente o lo más cercana posible a la realidad. Así, habrá que plantear si tal lugar lo representa la página Web, el domicilio de la oficina matriz, si es conocida, o bien la filial en el país donde se encuentre el cliente, si es que existe. Otras preguntas que podrían replantearse y que están muy relacionadas con el tema sobre ciertos aspectos del comercio electrónico, tales como el lugar en donde surtirán los efectos de la contratación o las leyes que le serán aplicables, son en parte si la residencia se puede determinar en el país donde se encuentre el servidor o si existe un tercer país diferente a aquellos en donde se encuentren el adquirente o el proveedor.

Para el caso del país adquirente también se plantea la pregunta de si la página Web se podría considerar como un establecimiento permanente, por ello, tratándose de *cibernegocios* podría considerarse como “establecimiento permanente virtual” el *web site* de un *server*, donde quedan englobadas las operaciones vinculadas al comercio electrónico, por lo que habrá de cuestionarse si la presencia humana es o no un factor determinante para calificarlo.⁷³⁷

El concepto de “establecimiento permanente” en el contexto del comercio electrónico deja abiertas muchas dudas en comparación con las aplicaciones tributarias tradicionales al comercio no virtual, ya que la denominada “ciberimposición” no se encuentra jurídicamente regulada ante la desaparición de las fronteras cuando se realizan transacciones comerciales internacionales por medio de Internet. En esta situación, la realidad demuestra que los sistemas tributarios no estaban ni están aún adaptados a la globalización económica. La economía derivada de Internet, el cibercomercio, está

⁷³⁷ Díaz, Vicente Oscar, *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales, La reformulación del concepto de establecimiento permanente*, Ed. MACCHI, Buenos Aires 2001, p. 9.

estructurado dentro de las formas legales de la idea de soberanía nacional tradicional cuando ya es un hecho que la misma se ha visto reducida con el uso de los medios electrónicos.⁷³⁸

El establecimiento permanente es un concepto que requiere de un tratamiento especial en el contexto del comercio electrónico; es por definición un elemento determinante para fijar las tributaciones y como lo indica Sieiro Constenla “es un elemento básico en la definición de la soberanía fiscal en el supuesto de rentas obtenidas en un Estado por un residente de otro Estado”. Tradicionalmente las tributaciones fiscales se han determinado con base al principio de territorialidad y la existencia de una sede fija desde la que se ejerce la actividad económica de que se trate, esto es lo que ha permitido a las autoridades tributarias aplicar los gravámenes.⁷³⁹

La propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en su artículo 5 del Modelo Convenio define al establecimiento permanente como “un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad”. Aunque esta acepción es contrastante de la que podría tenerse con la otra realidad, es decir, aquella creada por el comercio electrónico, la propia OCDE está de acuerdo en solamente delimitar de la definición tradicional al equipo informático y al programa de ordenador para de ser posible determinar la existencia de un establecimiento permanente, aún cuando este último resulte un punto de conexión territorial vulnerable o ficticio, puesto que solamente donde se encuentre establecido el servidor permitirá localizar las rentas a las autoridades fiscales para aplicar los gravámenes correspondientes.⁷⁴⁰

La propia OCDE publicó en enero de 2003 nuevos comentarios relacionados con el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición en donde hace una serie de reflexiones sobre el citado artículo 5 para abarcar en mayor medida a los nuevos

⁷³⁸ Díaz, Vicente Oscar, *Op. Cit.*, p. 20.

⁷³⁹ Sieiro Constenla, María Milagros, La fiscalidad ante la sociedad de la información, p. 7 de 12, <http://www.ucm.es/info/cyberlaw/actual/11/fir01-11-01.htm>, 13/09/2005, 12:42 p.m.

⁷⁴⁰ Sieiro Constenla, María Milagros, La fiscalidad ante la sociedad de la información, *Op. Cit.*, p. 7 de 12.

elementos configuradores de las nuevas formas de comercio. En esta circunstancia se plantea la distinción entre ordenador y servidor y la posibilidad de que éste pueda constituir un establecimiento permanente y el software usado por tal ordenador que no lo pueda constituir. Se cuestiona a la página web en cuanto a si se considera un lugar de negocio en donde se entiende como tal a las instalaciones, equipos o maquinaria susceptibles de constituir un establecimiento permanente.⁷⁴¹

Ahora bien, la parte que más despierta la inquietud de los expertos en materia tributaria es determinar si el servidor constituye o no un lugar fijo de negocios, a lo que los lineamientos marcados por la ODE señalan que solamente se le considerará como tal si es fijo y se encuentra situado en un determinado lugar por un tiempo suficiente, aunque expresamente indica que lo relevante sería si éste se cambia o no de lugar. En este mismo orden de ideas y tratándose del comercio electrónico se enfatiza claramente también que el servidor utilizado puede ser considerado como establecimiento permanente aún cuando exista o no personal operando en el mismo, lo cual denota más bien una cuestión técnica, puesto que no siempre la operatividad de los medios electrónicos requiere la presencia de personal.⁷⁴²

En esta situación, cabría hacer otras consideraciones más en cuanto a que el uso de Internet y sus múltiples funciones permiten que los lugares sede del negocio de que se trate se pueden ubicar fácilmente en cualquier lugar del mundo, donde puede existir un Convenio para evitar la doble imposición tributaria. El uso de la red presupone otros hechos cargados de ambigüedades para la localización del adquirente de bienes o servicios, ya que el derecho al anonimato de que gozan los usuarios facilita el uso del comercio electrónico a través de Internet para desarrollar cualquier actividad extraterritorial ante la cual habrá problemas para imputar las cargas fiscales derivadas de las rentas generadas. Es una realidad que el comercio electrónico se desarrolla principalmente por la red y que los contenidos de una página comercial en la web se

⁷⁴¹Marco jurídico e implicaciones fiscales del comercio electrónico en España, p. 285, <http://www.spainbusiness.com/StaticFiles/Guia%20Negocios%202005Capitulo%20>, 12/09/2005, 11:45 a.m.

⁷⁴² Marco jurídico e implicaciones fiscales del comercio electrónico en España, *Op. Cit.*, p. 285.

manejan a través de un servidor que no constituye siempre un lugar fijo y que por lo tanto no podría ser considerado como un establecimiento permanente.

En cuanto a la problemática que presentan las autoridades tributarias derivada del control de las transacciones realizadas a través de los medios electrónicos, éstas han tenido que enfrentar ciertas dificultades en la aplicación de las normas fiscales. La dificultad más común es la relativa a perder las recaudaciones cuando la transacción mercantil recae sobre los bienes o servicios ofrecidos a través de la red y que son denominados como suministros *on line* que a su vez y en gran medida han propiciado el delito de fraude fiscal por no tener un soporte físico palpable o evidente.⁷⁴³

La presencia del fraude fiscal en las operaciones comerciales realizadas por medios telemáticos se debe a diversas circunstancias que van desde lo difícil que resulta detectar y ubicar los negocios y también a las partes que intervienen en los mismos hasta la falta de imposición de deberes específicos de información de quienes intermedian dichas actividades y evidentemente a la falta de coordinación existente entre las autoridades fiscales de los países donde se están celebrando dichas operaciones. El fraude fiscal se define como aquel “comportamiento fraudulento (comisivo u omisivo) que se realiza para obtener para sí o para un tercero un enriquecimiento injusto a expensas de los derechos del Estado respecto de la percepción de los tributos”. En este caso no se trata de un simple incumplimiento de los deberes fiscales sino un auténtico engaño contra los órganos de la administración pública, ya sea local o federal, encargados de la recaudación de los tributos.⁷⁴⁴ Es prudente recordar que los ilícitos cometidos en la red pueden ser, como en esta situación, para obtener un beneficio económico ilegítimo o bien, en otras situaciones, para ocasionar daños a las personas cuando se atenta contra su privacidad o su integridad.⁷⁴⁵

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 25.

⁷⁴⁴ González-Salas Campos, Raúl, *Los Delitos Fiscales*, Ed. PERNIETO EDITORES, S.A. de C.V., México 1995, p. 61.

⁷⁴⁵ Hargain, Daniel, *Incidencia del comercio electrónico en el ámbito jurídico: Planteo General*, en Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario, Ed. B de f, Buenos Aires 2003, p. 22.

El Código Fiscal mexicano define el fraude fiscal en su artículo 108, sobre el concepto de Delito de Defraudación Fiscal, como sigue: “Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omite total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal”.⁷⁴⁶

Por ser el tema del fraude fiscal un asunto que presenta una serie de situaciones muy específicas y bastante amplias como para ser explicadas en este breve apartado y más aún si se trata del denominado fraude fiscal informático del cual poco tratamiento existe en la literatura, su explicación y análisis se mantendrá al margen de este trabajo, considerando también que se trata de un asunto con naturaleza jurídica propia, en otras palabras, requiere de un estudio aparte.

II. La Administración Tributaria Electrónica

El desarrollo de la informática y el avance de las modernas tecnologías de la sociedad de la información han propiciado en muchos ámbitos cambios radicales difíciles de volverse hacia atrás. Dentro del ámbito de la fiscalidad no ha habido excepciones ante el avance, el desarrollo y el auge tecnológico, pues la Administración Tributaria ha incrementado considerablemente sus actividades al recibir, procesar y almacenar todo tipo de información por parte de los contribuyentes de una manera más rápida, segura y eficaz. El Estado, representado en este caso por la Administración Tributaria, requiere calcular la intensidad de la recaudación ante posibles evasiones fiscales que se traducen en una captación menor de recursos públicos.⁷⁴⁷ Aunque todavía no existe una regulación legal formal del procedimiento tributario electrónico al menos sí existen normas específicas que regulan algunas situaciones de carácter fiscal en las cuales predominan aquellas actividades relativas a la declaración fiscal de los contribuyentes realizada a través de los medios electrónicos.

⁷⁴⁶ Código Fiscal de la Federación, Compendio Tributario 2001, Ed. Ediciones Fiscales y Jurídicas, S.A. de C.V. (EDIFIJSA), México 2001.

⁷⁴⁷ De la Cueva, Arturo, Derecho Fiscal, Ed. Porrúa, México 1999, p. 9.

La tecnología en general ha traído desarrollo y beneficios a las economías locales e internacionales y representa ante todo una herramienta, o un arma si se le puede ver desde este enfoque, para la moderna administración tributaria provista también de sus propias ventajas. Desde que la red se salió de su ámbito restringido anterior, cuando existía la red Arpanet y un concepto clásico de Internet, se adquirió una nueva forma y un uso diferente enfocado ahora al ámbito comercial y por ende propiciando otro tipo de consecuencias, por ejemplo las tributarias y los nuevos roles a desempeñar por parte de las administraciones fiscales.⁷⁴⁸ Con el empleo de las formas electrónicas en las propias declaraciones de los contribuyentes, se han reducido los costos y se han acelerado los procesos de recaudación con un marcado ahorro de tiempo, de papel y de dinero. Los accesos a la administración tributaria por medio de una página web presentan grandes ventajas en cuanto a todo lo que se puede ofrecer a través de un sitio de Internet, por decir, hay información específica para los contribuyentes como cuestiones relacionadas con la legislación fiscal, aspectos doctrinarios y didácticos, entre otros más, que llevan de la mano al usuario para realizar cualquier tipo de declaración.⁷⁴⁹

El comercio electrónico como resultado del avance tecnológico ha desarrollado y evolucionado también sus tradicionales formas y estructuras, pues ahora es más confiable y seguro, por lo cual se espera que el número de usuarios se siga incrementando año con año y se diversifiquen más y mejor sus propuestas hasta lograr consolidarlo a nivel mundial. Esta diversificación incluye tanto la parte técnica de que consta su soporte tecnológico para hacerlo más moderno y rápido, como a los bienes y servicios que pueda ofrecer a través de los sitios en red, pero principalmente también a los aspectos jurídicos que habrán de aplicarse en sus operaciones. Como parte de su correcta implementación requiere a su vez de un sistema fiscal efectivo que lo grave, pero para lo cual se requiere desarrollar una Administración Tributaria electrónica que no solamente se consolide a nivel nacional sino a nivel supranacional por el carácter global que el comercio electrónico

⁷⁴⁸ De Andrés Blasco, Javier, Internet. Cuadernos del Senado, Ed. Departamento de Publicaciones de la Secretaría General del Senado, Madrid 1999, p. 61.

⁷⁴⁹ Rodríguez Rey, Tayli, *Tributación y Comercio Electrónico*, en Noticias Jurídicas, p. 3 de 6, http://noticias.jurídicas.com/areas_virtual/Articulos/35, 12/08/2005, 04:44 p.m.

representa y en donde la noción de frontera queda reducida y prácticamente imposible para determinar la ubicación de las partes que intervienen en una transacción mercantil en este tipo de comercio.⁷⁵⁰

La cuestión tributaria es uno de los problemas capitales derivados del comercio electrónico, pues aumenta la presión de las partes interconectadas para “orientar el derecho de sus precios de transferencia a niveles de mayor rendimiento empresario y menor imposición”, en este sentido habrá quienes consideren imponer menos contribuciones al comercio realizado por los medios electrónicos al considerar que sus costos de operación pueden ser menores a los del comercio tradicional. Un aspecto básico a considerar es el relativo al concepto de establecimiento permanente para determinar en dónde se produce el hecho imponible cuando, por decir, son las compañías foráneas que a través de la red ofrecen sus bienes sin tener propiamente un sitio físico donde desarrolle sus actividades y que por otra parte el servidor se ubique en otro territorio. Es por ello que surge la apremiante necesidad de implementar una política fiscal adecuada al fenómeno del cibercomercio, en donde participe toda la comunidad internacional.⁷⁵¹

Este planteamiento llama también a debatir entre los actores involucrados para encontrar soluciones a los conflictos generados por el cibercomercio que cada vez pone en mayor evidencia los deficientes procesos implementados en sus diferentes escenarios operativos. Para el caso que nos ocupa en este apartado habrá de ser indispensable que converjan tanto juristas como economistas para que en coordinación con las Administraciones tributarias competentes revisen todo lo concerniente a las evidencias empíricas y las teorías económicas y políticas aplicables en busca de una solución adecuada a la materia fiscal involucrada.⁷⁵²

⁷⁵⁰ Davara & Davara Asesores Jurídicos, *Fiscalidad Electrónica, Importancia de la Administración tributaria electrónica*, p. 2 de 5, <http://www.davara.com/preguntas/fiscalidad.html>, 13/09/2005, 05:58 p.m.

⁷⁵¹ Díaz, Vicente Oscar, *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales. La reformulación del concepto de establecimiento permanente*, Ed. Ediciones Macchi, Buenos Aires 2001, p. 25.

⁷⁵² Díaz, Vicente Oscar, *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales. La reformulación del concepto de establecimiento permanente*, Op. Cit., p. 25.

La actividad medular que habrían de iniciar las Administraciones tributarias es la de diseñar estrategias fiscales efectivas que vayan a la vanguardia de los avances tecnológicos para poder enfrentar a estos mismos, es decir, no permitir que por cuestiones del desarrollo informático se evadan los compromisos fiscales de quienes desarrollan actividades comerciales desde sitios, centros o empresas “extraterritoriales”, porque si bien la globalización aumenta la movilidad geográfica del capital y hace cada vez más difícil la delimitación de las fronteras, en el terreno fiscal sus bases son también móviles y las operaciones fuera de territorio presionan y diferencian en las consecuencias del Impuesto al Valor Añadido preferentemente y donde los conceptos tradicionales de residencia y fuente se vuelven imprecisos.

La propia Unión Europea considera que ante la falta de los límites geográficos del comercio electrónico las dificultades para la Administración tributaria son mayores si se toma en cuenta que no existen todavía formas efectivas para conocer la localización o la identidad de todos aquellos que intervienen en las transacciones comerciales. De aquí parte la necesidad de implementar el IVA comunitario basado en la imposición en origen y con un único país de identificación en el que el sujeto pasivo pueda liquidar y deducir sus impuestos correspondientes a cada una de las operaciones que realice.⁷⁵³

El interés primordial que tienen instituciones o regiones como en este caso la Unión Europea es implementar un marco legal efectivo que otorgue coherencia a la jurisdicción tributaria aplicable a los negocios realizados por medios electrónicos y que la moderna tecnología ha dejado atrás y con mucho margen de distancia a los obsoletos criterios de imputación territorial. Es importante recordar que la implementación de los avances de la tecnología tiene un tiempo breve de vigencia, por lo tanto un año puede a veces parecer una eternidad, de aquí la necesidad de que las Administraciones implementen soluciones emergentes pero también duraderas para que puedan enfrentar los cambios repentinos. En este sentido, será la figura del establecimiento permanente

⁷⁵³ Posición de la Unión Europea relativa al Comercio electrónico y la fiscalidad indirecta (Dictamen del Comité Económico Europeo 98/CE/407/49), p. 2 de 4, <http://www.injef.com/revista/apuntes/uecefi.htm>, 12/08/2005, 04:39 p.m.

uno de los puntos más importantes en materia tributaria que habrá de ser reforzado para enfrentar el problema de la jurisdicción.

En México como parte de la modernización de la Administración Pública se ha implementado por medio de Internet y a partir del año 2004 la Firma Electrónica Avanzada, la facturación electrónica y la declaración de los contribuyentes, así, existe la denominada “Declaración Anual en Línea de las Personas Físicas” que se traduce en un medio por medio del cual algunas personas físicas pueden hacer su declaración anual sin necesidad de utilizar un formato en papel.⁷⁵⁴ En España las declaraciones tributarias realizadas a través de medios electrónicos o soportes magnéticos se reconocieron con mayor antelación, específicamente durante los años de 1995 a 1997, cuando se hacían dichas operaciones a través de un ordenador y se dejaban paulatinamente los soportes tradicionales en papel.⁷⁵⁵

En cuanto a España, las normas que reglamentaron las posibilidades de hacer las declaraciones tributarias por los medios electrónicos se remontan a la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en donde se autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para determinar aquellos supuestos a los que habrán de sujetarse las grandes empresas para cumplir con sus obligaciones tributarias a través de medios telemáticos. Para esto se expidió también la Orden de 29 de junio de 1998, sustituida después por la Orden de 20 de enero de 1999, en donde se establecieron las condiciones generales y el procedimiento respectivo para la presentación de las declaraciones.⁷⁵⁶

⁷⁵⁴Declaración Anual en Línea de Personas Físicas, Nuevo Consultorio Fiscal, p. 1 de 12, <http://www.nuevoconsultoriofiscal.com.mx/articulos>, 07/10/2005, 05:28 p.m.

⁷⁵⁵ Linares Gil, Maximino I. *La administración tributaria electrónica, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 604.

⁷⁵⁶ Linares Gil, Maximino I. *La administración tributaria electrónica, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Op. Cit.*, p. 604.

Las pequeñas y medianas empresas con la Ley 66/1997 no tenían la posibilidad de hacer sus declaraciones tributarias en formato electrónico, por lo cual se expidió la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en donde se les permite hacerlo en esa forma. Así lo confirma también la Orden de 30 de septiembre de 1999 con la que se regula la presentación temática de retenciones y pagos fraccionados del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las declaraciones del Impuesto al Valor Añadido.⁷⁵⁷ Previamente a estas leyes se publicó en España el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.⁷⁵⁸ Esta norma fue modificada a su vez por el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.⁷⁵⁹

Estas disposiciones tenían como precedente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que ya apostaba por la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad administrativa, enfáticamente en las relaciones entre ciudadanos y las Administraciones públicas. De manera clara esta última norma aboga por tecnificar la actuación administrativa frente al burocratismo formalista que impera en las diversas áreas de gobierno.

El artículo primero, sobre el objeto y ámbito de aplicación, del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, textualmente señala que “tiene por objeto regular la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y

⁷⁵⁷ *Op. Cit.*, p 604.

⁷⁵⁸ Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, B.O.E. 29.02.1996, <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/8497.htm>, 15/09/2005, 10:04 a.m.

⁷⁵⁹ Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos, B.O.E. 28-02-2003, <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/8497.htm>, 15/09/2005, 10:04 a.m.

telemáticas por la Administración General del Estado y, cuando ejerzan potestades administrativas, por las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquélla, en el ejercicio de sus competencias y en el desarrollo de sus actividades, así como en sus relaciones internas o externas”. En este sentido ha resultado práctico para la Administración Tributaria implementar técnicas electrónicas para las declaraciones fiscales de los contribuyentes, entre otras cuestiones relativas a la materia.⁷⁶⁰

Sin embargo, el avance en la modernización de las Agencias de Administración Tributaria ahora como Administraciones Tributarias Electrónicas está circunscrito en parte a los lineamientos marcados también por el propio avance tecnológico, ya que no se puede retroceder ni tampoco ignorar los cambios frecuentes y a veces tan radicales que ocurren al abrigo de la sociedad de la información. Con la aparición de las leyes de acceso a la información a través de las cuales se protegen los derechos de los ciudadanos para estar bien informados de la actuación del poder público se creó una estrecha relación a través de los medios telemáticos entre los servicios de información general, llámese Administración Pública, y los particulares. En España, la propia Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) ha considerado necesario aprovechar todas las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información, específicamente los sistemas de telecomunicaciones, que pueden permitir a los contribuyentes cumplir con sus obligaciones fiscales de una manera más cómoda, desde cualquier lugar e incluso a cualquier hora.⁷⁶¹

Para el caso de los asuntos fiscales, al igual que cualquier otro servicio de la Administración, la validez y eficacia de los actos realizados por los particulares cabrían dentro del apartado del procedimiento administrativo, como lo sería en algunos países en donde se extiende su ámbito a de aplicación a las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado en donde se

⁷⁶⁰ Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, *Op. Cit.*, p. 3 de 13.

⁷⁶¹ Segarra Tormo, Santiago, *Relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes por vía electrónica*, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 583.

encuentra la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). El propio Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

III. La Normatividad Fiscal del Comercio Electrónico

Para regular todo tipo de actividad relacionada con el comercio electrónico se requiere tomar en cuenta toda una serie de normas que directa o indirectamente estén correlacionadas con sus diferentes tipos de actividad, en este sentido habrá que considerar todas aquellas disposiciones jurídicas que tengan que ver principalmente con aspectos relacionados con la contratación civil y mercantil, con las condiciones generales de la contratación, con la firma electrónica, con el derecho a la intimidad y la protección de datos personales, con la propiedad intelectual y la propiedad industrial, con la publicidad, con las ventas a distancia, entre otras más, pero también con todas aquellas relacionadas con los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico. Sin embargo, también habrán de considerarse de una manera especial la mayoría de las disposiciones jurídicas fiscales que permitan afrontar las cuestiones tributarias que plantea el comercio realizado por medios electrónicos.⁷⁶²

En este sentido, resultaría importante hacer mención a cada una de las normas jurídicas, y de sus características particulares, que están directamente implicadas en el comercio electrónico, sin embargo, tal mención no habrá de hacerse en este espacio puesto que ya buena parte de dichas normas han quedado descritas en los capítulos previos de esta investigación, con ello se ha pretendido, como se mencionó desde un principio, el tener un panorama general de las diversas aristas legales que componen la actividad mercantil llevada a cabo por los medios electrónicos.

⁷⁶²Marco jurídico e implicaciones fiscales del comercio electrónico en España, p. 271, <http://www.spainbusiness.com/StaticFiles/Guia%20Negocios%202005Capitulo%20>, 12/09/2005, 11:45 a.m.

La publicación en comento se editó con el asesoramiento técnico de la Dirección General de Comercio e Inversiones, responsable del fomento de la inversión extranjera en España, en el seno del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Las implicaciones fiscales existentes dentro del comercio electrónico no se han afrontado con la facilidad que otras normas de índole diversa han tenido con esta manera de hacer negocios. En general, podría decirse que no existe ningún país en el orbe que tenga una normativa suficiente y efectiva que prevea todos los supuestos a considerar en materia tributaria dentro del contexto mercantil electrónico. De hecho las propias autoridades consideran que las mejores y efectivas formas de regulación deberían hacerse de manera global por no considerar oportuno el adoptar medidas unilaterales ante las implicaciones transnacionales que se presentan dentro de la comercialización electrónica.⁷⁶³

Los problemas básicos en materia tributaria inherentes al comercio electrónico en Internet están representados principalmente por la adaptación de los impuestos directos e indirectos aplicables a este tipo de operaciones. En parte la problemática está representada por una serie de factores que tienen que ver principalmente con la identificación efectiva de las personas sujetas a tributación, con el control efectivo de las transacciones, con las limitaciones territoriales en la jurisdicción, con la calificación de la rentas y hechos imposables, con la delimitación de conceptos y con aquellos problemas asociados a la determinación de la imputación y devengo. Los conflictos comunes y recurrentes en la mayoría de las Administraciones Tributarias versan sobre el anonimato de los operadores, la deslocalización de los centros servidores, la desimposición o la doble imposición derivadas de la falta de información y la desmaterialización de los bienes ofertados en la web.⁷⁶⁴

Las normas de carácter fiscal que regulan las actividades realizadas a través de los medios electrónicos son diversas, sin embargo, el enfoque dentro de este tipo de operaciones recae directa y principalmente en aquellas relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), al Impuesto sobre Sociedades (IS), al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR) y al Impuesto al Valor Añadido (IVA), o

⁷⁶³ Marco jurídico e implicaciones fiscales del comercio electrónico en España, *Op. Cit.* p. 271.

⁷⁶⁴ Bustos Buiza, José Antonio, *et.al.*, Dossier Práctico Francis Lefebvre, *Fiscalidad del Comercio Electrónico, IRPF, Impuesto sobre Sociedades, IVA, No Residentes*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2001, p. 67.

Agregado como se le menciona en México. Los tres primeros impuestos, sobre la Renta de las Personas Físicas, sobre Sociedades y sobre la Renta de los no Residentes, son impuestos directos, en tanto el Impuesto sobre el Valor Añadido es un impuesto indirecto. Existen también otros impuestos indirectos que gravan al comercio electrónico como lo son los Impuestos Especiales (IIEE), el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) y los Impuestos Aduaneros (IIAA).⁷⁶⁵

La Ley española 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) tiene un criterio muy claro para determinar a las personas físicas que serán contribuyentes en su territorio, pues en su artículo 8, sobre contribuyentes, señala que serán contribuyentes de este impuesto “las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español” y “las personas físicas que tuviesen su residencia habitual en el extranjero por alguna de las circunstancias previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 9, relativo a residencia habitual en territorio español, que indican entre otras situaciones que lo serán también los miembros de misiones diplomáticas y de oficinas consulares españolas y quienes ostenten un cargo o empleo oficial del Estado español, así como los funcionarios en activo que ejerzan en el extranjero cargo o empleo oficial que no tenga carácter diplomático o consular. No perderán su condición de contribuyente para efectos del IRPF las personas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio calificado como paraíso fiscal.”⁷⁶⁶

⁷⁶⁵García Calvente, Yolanda Dr., *Fiscalidad del Comercio Electrónico*, Universidad de Málaga, <http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/Garcia-Calvente-fiscace-A.htm> , 27/09/2005, 03:57 p.m., pp. 2 y 3.

Rodríguez Rey, Tayli, *Tributación y Comercio Electrónico*, en Noticias Jurídicas, p. 3 de 6, http://noticias.jurídicas.com/areas_virtual/Articulos/35 , 12/08/2005, 04:44 p.m.

⁷⁶⁶ Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y otras Normas Tributarias, Boletín Oficial del Estado (BOE) 10-12-1998, Modificada por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (B.O.E. 10/03/2004), Artículos 8 y 9, http://www.aeat.es/normlegi/irpf/l_irpf.htm , 06/10/2005, 12:47 p.m.

Algunos estudiosos de la materia descartan la mención o el tratamiento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) por considerar que normalmente quienes se dedican al comercio por medio de Internet, en este caso los cibercomerciantes, lo hacen a través de una entidad jurídica que evidentemente estará sujeta al Impuesto sobre Sociedades.⁷⁶⁷

El Impuesto sobre Sociedades es un impuesto directo que grava las rentas obtenidas, como su título lo indica, por las sociedades u otras entidades jurídicas. Para poderse aplicar tal impuesto se requiere que las sociedades o entidades jurídicas estén constituidas conforme a las leyes del país en donde se instalen y por ende tengan ahí su domicilio y dirección efectiva, es decir, el lugar en donde radique la dirección y control de las actividades de la organización de que se trate.⁷⁶⁸ De acuerdo con el artículo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) de México el Establecimiento Permanente es “cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales”. Se consideran como actividades empresariales “las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, canteras o cualquier lugar de exploración, extracción o explotación de recursos naturales”.⁷⁶⁹

En relación a los contribuyentes bajo el régimen de sociedad, existe en España la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo artículo 8, sobre sujetos pasivos por obligación personal de contribuir, considera que estarán sujetas a cumplir con las obligaciones fiscales las entidades que tengan su residencia en territorio español y los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir serán gravados por la totalidad de la renta que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiera producido con independencia del lugar de residencia del pagador. Se considerará que una entidad reside en territorio español si está constituido conforme a las leyes españolas,

⁷⁶⁷ Blasco, Miguel, *Los distintos impuestos en Internet*, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Madrid 2001, p. 659.

⁷⁶⁸ García Calvente, Yolanda Dr., *Fiscalidad del Comercio Electrónico*, Universidad de Málaga, *Op. Cit.*, p. 4 de 21.

⁷⁶⁹ Código Fiscal de la Federación, Compendio Tributario 2001, Ed. Ediciones Fiscales y Jurídicas, S.A. de C.V. (EDIFIJSA), México 2001.

tiene su domicilio social en territorio español o tiene su sede de dirección efectiva en territorio español.⁷⁷⁰

En otro apartado del artículo 8 la propia Ley del Impuesto sobre Sociedades se considera que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades. En cuanto al domicilio fiscal de los sujetos pasivos residentes en territorio español será el de su domicilio social, siempre que en él esté centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otras circunstancias puede considerarse el lugar en donde se realice la gestión o dirección y cuando no pueda establecerse el lugar del domicilio fiscal, de acuerdo con los criterios antes expuestos, se considerará aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado.⁷⁷¹

Este último aspecto relativo al lugar en donde se encuentre la sede de la dirección efectiva de una empresa como punto de referencia para determinar el domicilio fiscal del contribuyente es lo que ha generado problemas en relación con el comercio electrónico y que como ya se ha planteado en otro punto del presente escrito resulta difícil saber con precisión en dónde encontrarla si por cuestiones de la tecnología se comparten varios espacios en diferentes países, lo cual merece especial atención cuando se trata también de determinar el establecimiento permanente del o de los contribuyentes. En esta última situación habrían de considerarse varias aristas más que la tecnología plantea en materia tributaria, pues ya no se trata simplemente de encontrar por una parte el lugar de la empresa, es decir, su establecimiento permanente, sino también determinar el lugar desde donde se dirige o administra dicha empresa y poder así aplicar las contribuciones respectivas.

⁷⁷⁰ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, Boletín Oficial del Estado (BOE) de 28 de diciembre, corrección de errores de 3 de agosto de 1996. Modificada por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (B.O.E. 11/03/2004), Artículo 8, <http://www.aeat.es/normlegi/sociedades/ley/home.html> , 06/10/2005, 12:42 p.m.

⁷⁷¹ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, Boletín Oficial del Estado (BOE) de 28 de diciembre, corrección de errores de 3 de agosto de 1996. Modificada por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (B.O.E. 11/03/2004), *Op. Cit.*, Artículo 8.

Esta parte de la tributación por cuestiones relativas al comercio electrónico tiene también otro referente, pero cuando se trata de la fiscalidad de pagos por medios electrónicos. Este sería otro de los puntos medulares que las actividades mercantiles desarrolladas por los medios electrónicos han traído como consecuencia, pero que a su vez han provocado ciertos enredos a las administraciones tributarias cuando los pagos o transacciones electrónicas se realizan desde lugares en donde no existe control fiscal, por decir, desde aquellos países o territorios denominados como paraísos fiscales, aunque ya existe dentro de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades una reglamentación al respecto en donde señala su artículo 17.2 que la Administración tributaria podrá valorar las operaciones que se realicen con o por entidades residentes en ese tipo de países o territorios cuando la valoración convenida determine, para el caso de España, una tributación inferior a la correspondiente por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación. En este sentido se evidencia una desventaja para el país.⁷⁷²

Por otra parte y retomando ese otro impuesto común para efectos de la tributación, ya sea tradicional o electrónica, se encuentra el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, el cual es también un impuesto directo que grava las rentas obtenidas en el territorio donde se constituyan por las personas físicas y entidades no residentes en el mismo. Regularmente las rentas obtenidas en el territorio de que se trate están constituidas por aquellas derivadas de actividades o explotaciones económicas, “con la diferencia de que en una de ellas la actividad o explotación se realiza mediante establecimiento permanente situado en territorio nacional y en la otra sin la mediación de éste”.⁷⁷³

Para el caso de España, por ejemplo, para que las rentas obtenidas tributen en su territorio se requiere que concurra alguna de estas circunstancias, por ejemplo, que las actividades o explotaciones económicas sean realizadas en territorio español; que se trate

⁷⁷²García Calvente, Yolanda Dr., *Fiscalidad del Comercio Electrónico*, Universidad de Málaga, <http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/García-Calvente-fisface-A.htm> , 27/09/2005, 03:57 p.m., p 19 de 21.

⁷⁷³ García Calvente, Yolanda Dr., *Fiscalidad del Comercio Electrónico*, Op. Cit., p. 4 de 21.

de prestaciones de servicios utilizadas en territorio español, particularmente las referidas a la realización de estudios, proyectos, asistencia técnica o apoyo a la gestión. Bajo este rango de circunstancias se incluyen también entre las rentas sometidas a tributación a aquellas actividades derivadas del comercio electrónico.⁷⁷⁴

Otros de los gravámenes aplicables a las actividades realizadas por los medios electrónicos son los Impuestos Especiales (IIEE) o gravámenes directos que recaen sobre los consumos de ciertos productos tales como las bebidas alcohólicas, los hidrocarburos, el tabaco y la electricidad, entre otros, que por tener características peculiares se les denomina como especiales. Por su parte, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) se aplica a operaciones realizadas entre particulares sobre bienes o derechos situados en territorio español o en el extranjero cuando en este último caso el obligado al pago del impuesto resida en España.

Uno de los impuestos comunes en cualquier tipo de transacción comercial, ya sea por vía tradicional (en papel) o electrónica, son los Impuestos Aduaneros (IIAA) cuyo objetivo esencial es gravar el tráfico internacional de mercancías. Para el caso de la Unión Europea la regulación tributaria es comunitaria en donde se exigen principalmente los derechos a la importación por la entrada de mercancías a su territorio aduanero, con ciertas figuras o características, derechos o restricciones, que en el comercio internacional entre naciones ajenas al territorio comunitario también existen, como serían los derechos antidumping y los derechos de subvención, entre otros.

En cuanto al Impuesto al Valor Añadido, el impuesto más común y conocido por todo tipo de contribuyentes, ya sean personas físicas o jurídicas, se puede señalar antes que nada que éste recae sobre el consumo y grava las entregas o prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales. En el contexto del comercio electrónico se facilita que las operaciones consideradas como entregas de bienes se transformen en prestaciones de servicios, lo cual es relevante en la aplicación de tipos

⁷⁷⁴ García Calvente, Yolanda Dr., *Op. Cit.*, p. 4 de 21.

impositivos y en la ubicación de la imposición. En regiones como la Unión Europea y conforme a la Comunicación sobre comercio electrónico y fiscalidad indirecta de junio de 1998, se considera a los productos digitalizados como prestación de servicios para efectos de ser sujetos al IVA. Por regla general este impuesto se aplica a todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios destinadas al consumo dentro de la Unión Europea, independientemente de cómo haya sido la operación comercial de la transacción, es decir, si fue de manera tradicional o de forma electrónica.⁷⁷⁵

El IVA es considerado como el impuesto que mejor se adapta al comercio electrónico puesto que en el caso de la Unión Europea se aplica de manera independiente del medio de comunicación o de la fórmula comercial o a las entregas de bienes y prestaciones de servicios y a las importaciones de bienes y a las prestaciones a empresas de la mayoría de servicios procedentes o fuera de la misma.⁷⁷⁶

Antes de que se promulgara la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), la Unión Europea publicó la Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico (COM (97) 0157 C4-0297/97), en donde ya se consideraba la importancia de que exista a nivel internacional coherencia en la tributación electrónica. En sus puntos números 20, 21 y 22 se indicaba la necesidad de trabajar a nivel internacional para crear una legislación fiscal coherente, particularmente la relativa al IVA, para facilitar la certidumbre jurídica y evitar pérdidas indebidas de ingresos y garantizar la neutralidad.⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ Sieiro Constenla, María Milagros, *La fiscalidad ante la sociedad de la información*, <http://www.ucm.es/info/cyberlaw/actual/11/fir01-11-01.htm>, 13/09/2005, 12:42 p.m., p. 5 de 12.

⁷⁷⁶ Posición de la Unión Europea relativa al Comercio electrónico y la fiscalidad indirecta (Dictamen del Comité Económico Europeo 98/CE/407/49), p. 2 de 4, <http://www.injef.com/revista/apuntes/uecefi.htm>, 12/08/2005, 04:39 p.m.

⁷⁷⁷ *Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico* (COM (97) 0157 C4-0297/97), publicada en el

Asimismo, la citada Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico consideraba indispensable el no imponer nuevas tasas al comercio electrónico que lo penalicen en comparación con las demás actividades comerciales y redefinir si las transacciones de comercio electrónico deberían de ser tasadas de acuerdo con el sistema tradicional o si por el uso de Internet las nuevas realidades han creado otro tipo de retos mundiales que requieran de una reformulación completa de los principios fiscales para poder crear nuevas imposiciones o adecuar las ya existentes a esa nueva realidad.⁷⁷⁸

La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, y al Comité Económico y Social de 17 de junio de 1998, sobre Comercio Electrónico y Fiscalidad Indirecta (COM/98/374) contiene importantes directrices tendientes a promover el desarrollo del comercio electrónico, en donde se requiere promover los sistemas impositivos con mayor seguridad jurídica y en donde no se impongan más cargas onerosas a las ya existentes en el comercio tradicional.⁷⁷⁹

Las directrices de la Comunicación (98) 374, de junio de 1998, pretenden que no existan nuevas figuras impositivas y se concentren todos los esfuerzos en la adaptación de los impuestos ya existentes, especialmente el del IVA, al crecimiento y al desarrollo del comercio electrónico, por lo que se sugiere no crear nuevas tributaciones al mismo. Otro aspecto a considerar es que aparte de garantizar la seguridad jurídica, debe garantizarse la neutralidad para que los servicios prestados y destinados al consumo en la Unión Europea, mediante el comercio electrónico, se graven dentro de la Unión independientemente de su origen.⁷⁸⁰

Diario Oficial n° C 167 de 01/06/1998 p. 0203, http://europa.eu.int/smartapi/chi/sga_doc?smartapi!celex... 27/09/2005, 04:59 p.m.

⁷⁷⁸ Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico, Op. Cit., http://europa.eu.int/smartapi/chi/sga_doc?smartapi!celex... 27/09/2005, 04:59 p.m.

⁷⁷⁹ Editorial Vlex, <http://www.premium.vlex.com>, 27/09/2005, 05:30 p.m.

⁷⁸⁰ Sieiro Constenla, María Milagros, *La fiscalidad ante la sociedad de la información*, Op. Cit., p. 5 de 12.

La normatividad relativa al IVA y emanada de la Unión Europea está representada por la Directiva del Consejo de 7 de mayo de 2002 (2002/38/CE) por la que se modifica temporalmente la Directiva 77/388/CE (Sexta Directiva en materia de armonización de la base imponible de IVA) en relación a los servicios de radiodifusión, televisión y algunos servicios prestados por vía electrónica, la cual fue transpuesta al ordenamiento interno español en el año de 2003 con las modificaciones a la Ley 37/1992, del Impuesto al Valor Añadido. Otro documento relacionado con el tema es el Reglamento del Consejo de 7 de mayo de 2002 (792/2002), por el que se modifica temporalmente el Reglamento CEE 218/92, relativo a la cooperación administrativa en materia de imposición indirecta (IVA) sobre medidas adicionales relativas al comercio electrónico. Estas dos Directivas se encuentran en una fase temporal puesto que deberán ser revisadas antes del 30 de junio de 2006 por el Consejo Europeo que adoptaría medidas necesarias para la creación de un mecanismo adecuado con imposición en el lugar de consumo o bien prorrogará el periodo de vigencia de tales ordenamientos por tres años más.⁷⁸¹

Un tercer documento comunitario está representado por la Directiva 2001/115/CE del Consejo de 20 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE con el objeto de simplificar, modernizar y armonizar las condiciones impuestas a la facturación en relación con el IVA. Este ordenamiento fue transpuesto a la legislación española mediante el Real Decreto 1496/2003 por el que se regulan las obligaciones de facturación con efectos a partir de 1 de enero de 2004.⁷⁸²

La Ley del IVA española presenta una serie de disposiciones relacionadas con las partes medulares de una transacción telemática, por decir, en su artículo 69 determina que las prestaciones de servicios se entienden como realizadas en el territorio de aplicación del IVA cuando en el mismo radique la sede de actividad del empresario o profesional o el establecimiento permanente desde el cual se presten los servicios o en el lugar de su domicilio, en defecto de los anteriores. En lo relativo al comercio electrónico

⁷⁸¹Marco jurídico e implicaciones fiscales del comercio electrónico en España, p. 284, <http://www.spainbusiness.com/StaticFiles/Guia%20Negocios%202005Capitulo%20>, 12/09/2005, 11:45 a.m.

⁷⁸² Marco jurídico e implicaciones fiscales del comercio electrónico en España, *Op. Cit.*, p. 285.

las operaciones mercantiles realizadas a través de Internet se reconducen por parte de la Dirección General de Tributos (DGT) a alguna de las categorías especiales de prestaciones de servicios. Sin embargo, se debe considerar que la regla de localización existente en cuanto a los servicios de telecomunicaciones es diferente según se trate de operadores establecidos dentro o fuera de la Comunidad.⁷⁸³

Para efectos de la aplicación del Impuesto al Valor Añadido en materia de comercio electrónico se han planteado una serie de cuestiones que por la propia naturaleza de la tecnología no se han podido dilucidar, por decir, para la aplicación de este impuesto las transmisiones electrónicas se califican como prestación de servicios, en una transacción en donde el destinatario recibe un producto en formato digital por medio de una red electrónica, sin embargo para justificar la localización del territorio del hecho imponible a este tipo de tributación se toma en consideración el lugar en donde el proveedor tiene su sede de actividad económica o el establecimiento permanente desde donde se realiza la prestación.

En este sentido aún no quedan firmes ciertas cuestiones cuando está de contexto el escenario internacional que en asuntos de tecnología no tiene fronteras. La influencia que tiene el entorno mundial en la calificación de las rentas procedentes del comercio electrónico y en donde están inmersas jurisdicciones fiscales diferentes a las del lugar en donde se encuentre el operador de los servicios de que se trate plantea otros problemas relativos a la calificación de las rentas, sobre todo cuando se trata de aplicar los convenios bilaterales suscritos en materia de doble imposición.⁷⁸⁴

La doble imposición implica que a un mismo contribuyente se le podrían exigir tributos similares por el mismo periodo impositivo, para lo que se deberá constatar en donde está el lugar donde se produce el hecho imponible y cual sería la jurisdicción fiscal competente para gravarlo, por lo tanto la existencia de los convenios para evitar la doble

⁷⁸³ Bustos Buiza, José Antonio, *et.al.*, Dossier Práctico Francis Lefebvre, *Fiscalidad del Comercio Electrónico, IRPF, Impuesto sobre Sociedades, IVA, No Residentes*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2001, p. 87.

⁷⁸⁴ *Op. Cit.*, p. 9 de 12.

imposición se encargarían de clasificar las rentas y atribuir el reparto del impuesto correspondiente, pero que en materia de comercio electrónico por su naturaleza aún está vaga su regulación.⁷⁸⁵ Los Tratados de Internacionales para Evitar la Doble Tributación “pretenden evitar el doble pago de un gravamen, por la obtención de un ingreso que es percibido por un sujeto pasivo.”⁷⁸⁶

La red está considerada como un territorio libre, y los impuestos podrían no ser una excepción, es decir, las negociaciones realizadas a través de los medios electrónicos presentan un riesgo para las administraciones tributarias de no ser sujetas al pago de contribuciones, sin embargo, esta consideración esta avalada en gran parte por quienes defienden el desarrollo de la economía por medio del comercio electrónico, pues parte del triunfo de este último se vería concretado, según sus defensores a ultranza, si se le mantiene libre de tasas, aunque otros manifiesten la necesidad de crear tributos nuevos o adecuar los ya existentes a los nuevos requerimientos que el comercio electrónico plantea en la aldea global.⁷⁸⁷

El comercio electrónico presupone una serie de problemas en cuestiones fiscales porque los sistemas tributarios convencionales han quedado rebasados ante la falta de una delimitación fronteriza que permita conocer con certeza los lugares en donde radican los contribuyentes, pero no puede darse marcha atrás al avance de la tecnología ni tampoco a esta forma de hacer negocios porque ha quedado demostrado que el uso de los medios electrónicos en materia de comercio brinda nuevas y mejores oportunidades tanto para los empresarios como para los consumidores y no habría razón de ponerle trabas a Internet cuando en sí representa al más grande duty free del orbe ante la disminuida recaudación de rentas que se obtienen del mismo.

⁷⁸⁵ Davara & Davara Asesores Jurídicos, *Fiscalidad Electrónica, Convenios para evitar la Doble Imposición*, p. 4 de 5, <http://www.davara.com/preguntas/fiscalidad.html> , 13/09/2005, 05:58 p.m.

⁷⁸⁶ Pérez Becerril, Alonso, *Tratados Internacionales en Materia Fiscal e Inversión Extranjera Directa*, Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal , Año III, Número X, México 2000, p.103.

⁷⁸⁷ Rodríguez Rey, Tayli, *Tributación y Comercio Electrónico*, en Noticias Jurídicas, p. 2 de 6, http://noticias.jurídicas.com/areas_virtual/Articulos/35 , 12/08/2005, 04:44 p.m.

CONCLUSIONES

El auge y desarrollo del comercio electrónico no ha estado circunscrito a un solo país o a una región determinada, sino que éste ha sido y es un fenómeno de naturaleza global, es decir, se presenta indistintamente en todo el mundo. No obstante, en la práctica se ha podido comprobar que no en todos los países existe como una forma común y usual para hacer negocios, ya que por cuestiones económicas, políticas, sociales y culturales de las propias naciones, en cada una de ellas se presenta con variables diferentes que van desde la conformación de su infraestructura hasta la existencia de un marco legal aplicable a los supuestos jurídicos que de sus operaciones puedan actualizarse.

Los Estados Unidos de América, país donde se originó Internet, la red de redes, son los pioneros en la materia y los desarrolladores de las modernas tecnologías de información que con base en el crecimiento y el desarrollo de su infraestructura tecnológica han podido implementar una serie de servicios electrónicos en una diversidad de ámbitos tales como el educativo, el económico, el político y el social al proporcionar a los ciudadanos involucrados en cada uno de ellos las facilidades de acceso a todo tipo de servicios telemáticos. La denominada Sociedad de la Información relacionada con la implementación de las Tecnologías de Información y las Comunicaciones tiene el referente obligado de los Estados Unidos como su precursor, baste recordar los planes de Infraestructura Nacional de Información del año de 1993 que culminaron en una propuesta internacional en el año de 1994 con la denominada Infraestructura Global de Información.

La Unión Europea, en particular los países que la conforman, ha tenido también un desarrollo significativo con las diversas acciones que se realizan a través de los medios electrónicos, por lo cual son abundantes las Directivas expedidas para regular las actividades que sobre los temas relacionados con las tecnologías de información existen. Así, el comercio realizado en esta región por medio de los sistemas electrónicos se ha visto legalmente favorecido con la relativamente nueva Directiva sobre comercio electrónico que paulatinamente las legislaciones de los Estados miembros han

transpuesto a sus ámbitos jurídicos nacionales, así como de otras directivas complementarias y relacionadas con este contexto.

Igual que los Estados Unidos, la Unión Europea es líder en su región al implementar una serie de programas relativos a la Sociedad Global de la Información, en donde se plantean ideas de cómo involucrar a los sectores privados en los medios de comunicación electrónicos, pero donde se insta además a que los países miembros adopten las disposiciones comunitarias y las traspongan a sus legislaciones locales de acuerdo a sus propias realidades y necesidades. Estas propuestas que han sido ya adoptadas por países como España demuestran el trabajo que la comunidad ha desarrollado a lo largo de las últimas décadas y cómo las naciones en lo particular han asimilado los ordenamientos legales emanados de tal organización.

La situación de México, en cuanto al panorama de la Sociedad de la Información no ha sido tan óptima como en las regiones antes señaladas, no obstante de que el uso de los medios electrónicos de comunicación ha tenido un crecimiento superior en los últimos tres años. Esto debido principalmente al hecho de que el país no cuenta con una amplia y sólida infraestructura tecnológica y donde además por cuestiones culturales y de costos no puede haber una implementación uniforme en todos los estratos de la sociedad. Aunado a ello se encuentran los vacíos legislativos que todavía no alcanzan a cubrir todos aquellos supuestos que pueden derivarse de los usos de la tecnología.

Ante toda esta revolución de la tecnología los huecos legales se evidencian con mayor prontitud. Surgen otros tipos jurídicos pero los marcos normativos tradicionales no pueden adaptarse en su totalidad a las nuevas consecuencias que de ellos se derivan. Con la implementación de las redes telemáticas las distancias han quedado reducidas y la delimitación de los territorios es prácticamente inexistente. El conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio se traduce en la imposibilidad de aplicar una ley determinada o de no tener considerada con certeza la jurisdicción aplicable a los asuntos que por las redes informáticas se llevan a cabo. En este tipo de situaciones los países se ven involucrados algunas veces de manera involuntaria y las normas de cualquiera de ellos no siempre son

las indicadas para la resolución de los conflictos que se presenten, de ahí ha surgido la necesidad de apelar a los organismos internacionales que como parte de su labor legislativa se han dado a la tarea de elaborar leyes modelo aplicables en los países que las adoptan.

Las actividades realizadas por los organismos internacionales en apoyo a las consecuencias derivadas de las Tecnologías de Información, entre ellas el comercio electrónico, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la propia Unión Europea (UE), se han reflejado en la elaboración de normas o leyes modelo que paulatinamente los Estados miembros y algunos no miembros las están incorporando a sus legislaciones nacionales. No obstante que la aprobación de estas normas se lleva a cabo con el consenso de los mismos actores participantes, los países, éstos han reconsiderado también las ventajas y las desventajas en las adecuaciones a los propios ordenamientos nacionales por las desigualdades existentes en sus entornos sociales y económicos, lo cual puede ser un obstáculo para una incorporación general y estandarizada de leyes en todas las naciones.

El derecho internacional público y el derecho internacional privado no están al margen de las disparidades legislativas existentes entre los países y de las diferencias en sus entornos tecnológicos, ambas ramas del derecho se han visto rebasadas ante los avances cada vez más rápidos de los medios electrónicos. El fenómeno de la globalización y sus consecuencias políticas, económicas y sociales no quedan fuera de las repercusiones jurídicas que a su vez han provocado la transformación del derecho internacional y de sus instituciones con las nuevas figuras jurídicas generadas a través de la informática.

Los problemas jurídicos derivados del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son variados, como variados son los tipos de actividades que funcionan o se desarrollan a través de ellas. En esta situación cabe hacer dos

observaciones en cuanto al trabajo legislativo previsor que pueda crearse para enfrentarlos. Por una parte resulta benéfico que se hagan los textos normativos suficientes para aplicarlos a cada situación concreta; pero por la otra se encuentra el riesgo de que exista una exagerada creación de disposiciones legales imprecisas y ambiguas que sean incapaces de regular las exigencias que demandan los nuevos conflictos transfronterizos.

Las figuras jurídicas que por antonomasia son fuentes de obligaciones, como la contratación, tienen todavía un lugar especial en esta era de la tecnología. El contrato electrónico como fundamento básico del comercio electrónico es una figura central en los trabajos legislativos para la regulación de este último. El perfeccionamiento de los contratos es una de las cuestiones básicas a considerar para brindar confianza a las partes que intervienen en las transacciones electrónicas. El consentimiento común de las personas tradicionalmente plasmado en papel ahora se realiza por un medio electrónico, pero el principio tradicional y antiguo *pacta sunt servanda* sigue vigente en cuanto a que todo lo pactado entre las partes debe cumplirse, independientemente del medio empleado, y por tener desde el momento de la manifestación del consentimiento fuerza obligatoria entre dichas partes.

Otro elemento fundamental dentro del comercio electrónico es la firma electrónica que vincula al firmante del documento que se trate, así como a los datos que en él se contienen. Ante la proliferación de documentos y contrataciones hechas por medio de los soportes informáticos se requiere la autenticación de los autores para que la vinculación al firmante o signatario tenga plena validez jurídica. La vulnerabilidad de los medios electrónicos y el uso cada vez más frecuente de la contratación electrónica obligan a identificar a las partes firmantes o signatarias que poseen un dispositivo de creación de firma y que actúan a nombre propio o a nombre de una persona física o jurídica a la que representan. Esta forma jurídica capaz de validar la personalidad de un firmante brinda certeza y confianza en cualquier tipo de negociación si se considera que su creación, la de la firma electrónica, se basa en el uso de un medio de control exclusivo de quien lo utiliza.

Reconocer la eficacia jurídica de una contratación electrónica a la par de una contratación en papel, en donde las consecuencias jurídicas pueden ser semejantes en ambas modalidades, es porque existe desde un principio la voluntad de dos personas que consienten en obligarse. Esta referencia se hace extensiva a la firma electrónica cuya eficacia jurídica también es equiparable a la de una firma manuscrita al reunir los requisitos necesarios para su validez y las condiciones elementales para producir efectos jurídicos también semejantes, aunque en esta situación habría que determinar si se trata de una firma electrónica común o una firma electrónica avanzada cuyos requisitos de esta última son diferentes a los de la primera.

La comunicación es parte esencial dentro de la sociedad de la información, es en sí el motor de todo proceso de intercambio de información realizado a través de los medios electrónicos que genera una serie de derechos y obligaciones tanto para quienes envían o reciben la información como para quienes prestan los servicios. Las Tecnologías de Información y las Comunicaciones han fijado nuevos rumbos para las tradicionales formas de vida y sus típicas maneras de manifestarse, pero también replantean nuevos desafíos para adaptarse a otros estilos de vida. Los marcos jurídicos cada día necesitan adecuar sus viejos sistemas a los nuevos requerimientos que demandan las áreas del derecho que directa o indirectamente están involucradas en estas innovadoras formas de comunicación. La comunicación electrónica como parte de todo este proceso lleva implícitos una serie de aspectos relacionados con el desarrollo de las comunicaciones y con la implementación del comercio electrónico. La divulgación de datos personales, la propaganda de productos y la publicidad comercial hecha a través de los medios electrónicos conlleva a otras cuestiones legales cuando se pierde el respeto a la privacidad y la intimidad de las personas y se vulneran sus garantías individuales.

Con los servicios de la sociedad de la información las fronteras entre lo nacional y lo internacional y entre lo público y lo privado cada vez se distinguen menos. Desde cualquier parte del mundo un ciudadano puede acceder a una página web para realizar algunas funciones y con esa simple acción puede provocar automáticamente consecuencias legales, muchas de las cuales en ciertos países no están aún

jurídicamente reguladas. A través de los sistemas electrónicos de comunicación se puede comprar o vender cualquier producto de un país a otro y provocar consecuencias de derecho que podrán presentarse en un territorio determinado con jurisdicción nacional definida o en otro espacio sin una clara jurisdicción y que por tener la acción realizada características transnacionales su regulación jurídica no puede circunscribirse a las leyes de un solo país, sino que habrán de elegirse otras normas de común acuerdo entre los países involucrados para resolver el asunto de que se trate. Estas normas se aplicarán a los asuntos extraterritoriales propiciados por las tecnologías de información y quizá sean las elaboradas por algún organismo internacional en forma de ley modelo o tal vez se apliquen aquellas normas producto de un convenio o tratado internacional celebrado entre los países involucrados.

El efecto transnacional provocado por el uso de los medios de comunicación tiene repercusiones que van más allá de las normas jurídicas tradicionales vigentes que aún no alcanzan a cubrir en su totalidad los actos y los hechos jurídicos derivados del uso de la tecnología, pues día a día las innovaciones en esta materia van generando una serie de cambios en los usos, operaciones y acciones realizadas a través de una computadora u ordenador. La transformación de la realidad social generada por la informática es un fenómeno que tiene una proyección directa sobre las diversas ramas del derecho, específicamente en las del Derecho Internacional, Público y en las del Derecho Internacional Privado, provocada por la expansión de las relaciones de carácter transnacional como consecuencia de los propios medios de comunicación electrónicos. Con el intercambio de información a través de estos medios puestos al alcance de todos, se acortan las distancias, desaparecen las barreras territoriales y se brindan mejores servicios para el desempeño de las actividades cotidianas y para la formación, desarrollo y consolidación de los negocios dedicados a la compraventa de bienes y servicios desde cualquier parte del mundo.

La existencia de ordenamientos jurídicos típicamente de naturaleza estatal, muchos de ellos obsoletos e inadecuados a la realidad actual, constituyen de cierta forma un obstáculo para el desarrollo de actividades de carácter transnacional, especialmente

las relativas al comercio electrónico. Como parte de la globalización, los cambios y las transformaciones generados con el uso de los medios electrónicos demandan la creación, adecuación y reforma de las disposiciones jurídicas reguladoras de situaciones privadas internacionales, que vayan más allá de las normas típicas estatales para que pueda existir una efectiva y significativa regulación de las actividades transfronterizas realizadas a través de las modernas tecnologías de la sociedad de la información.

Las normas jurídicas con las que se intentan regular las consecuencias provocadas por las tecnologías de la información en esta era de la globalización son de variada índole y han sido creadas por órganos y sistemas diferentes. En un principio se intenta crear las normas dentro de las legislaciones nacionales, pero cuando estas normas no se pueden aplicar o son incapaces de regular el asunto de que se trate porque no existen normas para tales características o bien sus consecuencias jurídicas recaen más allá de las fronteras nacionales, se tiene que apelar a leyes transnacionales elaboradas en conjunto por sistemas supranacionales entre los Estados. Pero cuando ya ni una ni otra disposición son capaces de solucionar la problemática planteada en el asunto ni tampoco prever las consecuencias legales derivadas del mismo, es cuando se recurre a los organismos internacionales que con sus esfuerzos legislativos crean normas y leyes modelos adaptables a las legislaciones nacionales de los países que así lo requieran.

La regulación jurídica de los servicios en la sociedad de la información y del comercio electrónico es una rama diferente del derecho que no puede asociarse en su totalidad a ninguna otra, sino más bien se le pueden agregar y mezclar los conceptos tradicionales con los nuevos conceptos que de manera automática y en corto tiempo pueden conformar una modalidad diferente dentro de la ciencia jurídica.

La parte relativa a la seguridad y protección en la sociedad de la información es un tema que compete a todos los ciudadanos, usuarios o no de los medios electrónicos, si se toma en cuenta el tema relativo a los datos personales que puedan circular sin la autorización de sus dueños. Los usuarios, como personas que proporcionan sus datos en

los trámites y actividades relacionadas con los actos que personalmente llevan a cabo a través de los medios informáticos con que cuentan, exponen su privacidad en cada uno de ellos. La vulnerabilidad de sus datos es evidente con el simple hecho de enviar y recibir correos electrónicos, por inscribirse a centros de información, como periódicos o revistas, por hacer compras por Internet y por un sinnúmero de actividades más derivadas del hecho de tener contratados esos servicios de comunicación electrónicos.

En cuanto a los no usuarios, las personas que sin contratar ni emplear directamente los medios electrónicos y que por cuestiones de trámites o requisitos de algún servicio requieren proporcionar información a otras organizaciones o dependencias, públicas o privadas, presentan los mismos riesgos de que se vulnere su privacidad. Los organismos que emplean los servicios de la sociedad de la información para procesar los datos de esos no usuarios directos de la red y los colocan en soportes informáticos son quienes responden por la información que manejan y que con facilidad puede ser vulnerada por terceras personas y sin la autorización tanto del dueño de los datos como del que resguarda la información, en este caso el prestador de servicios.

Respecto a la protección de la privacidad y la intimidad de las personas en la sociedad de la información, este es un tema que compete a todo tipo de ciudadano, pero para el caso del ciudadano como consumidor o cliente dentro de las transacciones de comercio electrónico se le debe brindar la protección y la seguridad de su intimidad y privacidad que como tal tiene y donde requiere además de otras garantías en relación a los productos que adquiere por la red, así como de un respaldo que no permita a terceras personas hacer un mal uso de la información personal que haya proporcionado al momento de realizar una compra. En este sentido, los datos obtenidos de un cliente de servicios de la sociedad de la información que emplea la red para usos múltiples, ya sea para consultar información, enviar información, adquirir productos o solicitar servicios propiamente dichos, están prácticamente en manos de tantas personas como actividades se realicen.

La propiedad intelectual es otro tema relacionado al comercio electrónico y presenta características variadas dentro de los servicios de la sociedad de la información, pues por una parte está todo el material de diversa índole que circula libre y gratuitamente por los medios electrónicos y por la otra estaría todo aquello que circula por la red y es susceptible de compraventa como parte de las transacciones hechas dentro del comercio electrónico, pero que en algunos casos no se tiene derecho para su comercialización. Transmitir, almacenar y reproducir información por los sistemas electrónicos, específicamente a través de Internet plantea los problemas legales inherentes a la falta de las delimitaciones fronterizas en la red, en donde existe la libre circulación de materiales y en donde la originalidad de éstos queda cuestionada por ser algunos de ellos copias o reproducciones con características tan parecidas a las auténticas que resulta muy difícil distinguir a unos de otros.

Las patentes, las marcas registradas y los derechos de autor, como formas primarias de los derechos de propiedad intelectual en la red, poseen en su formato especial un status legal que les brinda la protección requerida a sus derechos limitados y exclusivos por tiempo determinado para impedir que ilegalmente sean reproducidas. Sin embargo, ante el carácter transnacional de Internet y de la libre circulación de materiales y obras intelectuales por la red, para su regulación ha sido necesaria la participación de los organismos internacionales que con sus leyes pretenden solucionar aquellos problemas relacionados con los derechos de estas obras que se venden y distribuyen a través de los medios telemáticos.

Otro aspecto a considerar dentro de los sistemas de información como parte o consecuencia directa del comercio electrónico es el relativo a la tributación, una de las cuestiones difíciles de resolver al momento de celebrar una contratación electrónica internacional en donde no queda claro a veces dónde o a quién aplicar las tributaciones correspondientes. Considerar a una página web o a un servidor como el lugar donde se desarrollan las actividades de comercio resulta aventurado si antes no se tiene un respaldo legal que así lo designe, lo mismo sería para los efectos de calificar las rentas obtenidas por una transmisión electrónica cuyas operaciones realizadas sean

consideradas como entrega de bienes o como prestación de servicios, para lo cual la imposición puede ser diferente.

Si se considera a la red como un territorio libre y las leyes no reglamentan eficazmente el pago de contribuciones por las negociaciones llevadas a cabo por este medio, hay un gran reto para las administraciones tributarias para gravar tales actividades y recaudar en el mayor porcentaje posible los impuestos a aplicar y evitar en toda medida posible la defraudación fiscal. No obstante el apoyo que se brinda para desarrollar el comercio electrónico y una de las sugerencias para cumplir con tal propósito sea el mantenerlo libre de tasas, lo ideal será adecuar los sistemas legales existentes a los actuales requerimientos de la sociedad de la información, pero si esto resulta difícil, imposible o insuficiente será menester crear nuevos marcos jurídicos para regular todo aquello que no pueda ser ajustado con lo ya creado.

Los cambios suscitados por el avance de las tecnologías de información en la sociedad actual inciden directamente en el área del Derecho privado, particularmente en la rama del Derecho mercantil. Ante esta nueva forma de comercialización desarrollada por los medios electrónicos y con una proyección transnacional las estructuras jurídicas han tenido que cambiar para adaptarse a los nuevos tipos creados al abrigo de las innovadoras redes informáticas. El Derecho mercantil como rama jurídica autónoma tiene como objeto de estudio el comercio y los actos de comercio, es decir, lo que se conoce comúnmente como la empresa (la entidad económica) y el empresario (el titular de la actividad que se realiza en ella) lo cual no varía si se trata de las actividades tradicionales o las llevadas a cabo por los medios electrónicos.

Se ha demostrado con las modernas tecnologías de información que la regulación de los actos de comercio tradicionales no difiere mayormente de los actos de comercio celebrados por medios electrónicos, pues en todo caso hay un cambio de forma pero no de fondo, además, en ambos casos están presentes los mismos elementos esenciales y los mismos requisitos de validez de todo acto jurídico, es decir, existe la voluntad, el objeto y la solemnidad, y se toma en cuenta el que haya capacidad de las partes, licitud y

formalidad, sin embargo, las cuestiones que se replantean al momento de reconocer la existencia y validez de los actos de comercio electrónico versan principalmente al lugar y al tiempo en que se lleva a cabo una transacción determinada, así como a la acreditación de la personalidad de las partes que intervienen. Para ello habrá que comprobar con métodos ya no tan convencionales si tal o cual negociación resulta válida, por decir, que requiera de una firma electrónica o se corrobore el perfeccionamiento del contrato electrónico, por mencionar sólo algunos de los puntos a considerar.

El comercio electrónico es de carácter transnacional, en esencia es comercio internacional y las redes son su soporte técnico. Entre las grandes ventajas está la ilimitada oferta de productos ofrecidos por Internet a los que se puede acceder desde cualquier parte del mundo, pero entre las desventajas está, entre otras, la entrega de los bienes o servicios en tiempo y forma, la delimitación de fronteras, la identificación de las jurisdicciones competentes y el correspondiente pago de impuestos. Aunque la tecnología avance rápidamente y la infraestructura informática brinde al comercio electrónico una plataforma inmejorable para su proyección, lo cierto es que el soporte jurídico no va a la par de las innovaciones técnicas y de las consecuencias legales que por ellas se susciten, por lo cual el trabajo del legislador debe de estar en constante creación y adaptación de normas a toda situación que se presente, igualmente, los gobiernos tienen la gran responsabilidad de cuidar el libre ejercicio de este tipo de comercio para resguardar las garantías de los ciudadanos que lo utilicen, pues como fenómeno global incide directamente en el ámbito social al cual se le debe dar atención debida para proteger y cuidar el bienestar y la legitimidad de los usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 2000.

Adame Goddard, Jorge, *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra "contrato" en los principios de UNIDROIT)*, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998.

Aldrich, Douglas F., *Dominio del mercado digital. Estrategias para la competitividad en la nueva economía*, Ed. Oxford, México, 2001.

Alonso, Ricardo, *Estudio Preliminar del Tratado de Niza*, Ed. Civitas, Madrid 2001.

Amescua Ornelas, Norahenid, *e-commerce en México, Aspectos Legales*, Ed. Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A. de C.V., México, 2000.

Amutio Castaño, Marisa y Mateu Tortosa, Jorge, *Guía para Consumidores del Comercio Electrónico*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 2003.

Bagby, John, *e-Commerce Law. Issues for Business*, Ed. Thomson, Canada 2003.

Balarini, Pablo, *Derechos Fundamentales de los Individuos y Comercio Electrónico*. En Comercio Electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario, Ed. B de f, Buenos Aires 2003.

Barragán, Julia, *Informática y Decisión Jurídica*, 2ª. Ed., Fontamara, México, 2000.

Barriuso Ruiz, Carlos, *Interacción del Derecho y la Informática*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.

Barriuso Ruiz, Carlos, *La Contratación Electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998.

Black's Law Dictionary, de Bryan A. Garner (Editor-in-Chief), Ed. West Group, United States of America 1996,

Blasco, Miguel, *Los distintos impuestos en Internet*, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Madrid 2001.

Botana García, Gema, *Noción de comercio electrónico*, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001.

Botana García, Gema, *Sujetos contratantes: empresario/consumidor*, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001.

Briz, Julián y Laso, Isidro, *Internet y Comercio Electrónico*, Ed. ESIC-Mundi-Prensa, Madrid, 2000.

Burgos, Daniel y De-León Luz, *Comercio electrónico, publicidad y marketing en Internet*, Ed. McGraw Hill, Madrid 2001.

Bustos Buiza, José Antonio, *et.al.*, Dossier Práctico Francis Lefebvre, *Fiscalidad del Comercio Electrónico, IRPF, Impuesto sobre Sociedades, IVA, No Residentes*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2001.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Ed. COLEX, Madrid 2001.

Cambio, No. 3, 13 de enero de 2002, México.

Carbajo Cascón, Fernando, *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Ed. COLEX, Madrid 2002.

Cazorla Prieto, Luis María y Chico de la Cámara, Pablo, *Los Impuestos en el Comercio Electrónico*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001.

Cebrián, Juan Luis, *La Red*, ed. Punto de Lectura, España, 2000.

Contreras Vaca, Francisco José, *Resolución del contrato por incumplimiento, en Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998.

Corripio Gil-Delgado, María Reyes, *Los Contratos Informáticos. El deber de información precontractual*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999.

Davara & Davara Asesores Jurídicos, *Fiscalidad Electrónica, Importancia de la Administración tributaria electrónica*, p. 2 de 5, <http://www.davara.com/preguntas/fiscalidad.html> .

Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*, Ed. Universidad Pontificia Comillas y Fundación Vodafone, Madrid 2003.

Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, ed. Aranzadi, Madrid 2001.

De Andrés Blasco, Javier, *Internet. Cuadernos del Senado*, Ed. Departamento de Publicaciones de la Secretaría General del Senado, Madrid 1999.

De la Cueva, Arturo, *Derecho Fiscal*, Ed. Porrúa, México 1999.

De la Garza, Mario, *Internet y comercio electrónico, en Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental, México 2000.

Del Águila, Ana Rosa, *Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital*, Ed. Alfaomega, México, 2001.

Del Peso Navarro, Emilio, *Reflexiones sobre el comercio electrónico*, Revista ABZ No. 133, México, julio de 2001.

De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, Ed. Civitas, 3ª. Ed., Madrid 2002.

De Miguel Asensio, Pedro Alberto, Directiva sobre comercio electrónico, determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas, en la *Revista de la Contratación Electrónica*. Ed. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales (EDICIP), Cádiz, 2001.

De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Régimen Jurídico de la Publicidad Transfronteriza*, Ed. Iustel, Madrid 2005.

De Pina, Rafael, *Diccionario de derecho*, ed. Porrúa, México 1979.

Díaz, Vicente Oscar, *El comercio electrónico y sus efectos en las relaciones tributarias internacionales. La reformulación del concepto de establecimiento permanente*, Ed. Ediciones Macchi, Buenos Aires 2001.

Dictionary of Legal Terms, de Steven H. Gifis, Ed. Barron's, Third Edition, United States of America 1998.

Draughon, Richard Scout, *Negotiating ASP Agreements*, Document from July 1, 2002, <http://www.itmweb.com/f070102.htm> .

Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

Fellestein, Craig y Word Ron, *E-commerce*, Ed. Prentice Hall, Buenos Aires, 2000.

Fernández de Casadevante, Carlos y Quel, Francisco Javier (Coordinadores), *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, ed. Ariel, Barcelona, 1997

Fernández Fernández, Rodolfo, *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2001.

Fernández Rozas, José Carlos, *Sistema del Comercio Internacional*, Ed. Civitas, Madrid 2001.

Flores Doña, María de la Sierra, *Impacto del Comercio Electrónico en el Derecho de la Contratación*, ed. Edersa, Madrid, 2002.

García Amigo, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones y Contratos. Lecciones de Derecho Civil II*, Mc Graw Hill, Madrid 1995.

García Calvente, Yolanda Dr., *Fiscalidad del Comercio Electrónico*, Universidad de Málaga, <http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/García-Calvente-fiscace-A.htm> .

García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1978.

Geurts, Rik, *Legal Aspects of Software Agents*, in *Trust in Electronic Commerce. The Role of Trust from a Legal, an Organizational and a Technical Point of View*, Ed. Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2002.

González-Salas Campos, Raúl, *Los Delitos Fiscales*, Ed. Pereznieto Editores, S.A. de C.V., México 1995.

González Encinar, José Juan, *Derecho de la Comunicación*, 2ª. Ed. Ariel, Barcelona, 2001.

Guisado Moreno, Ángela, *Formación y Perfección del Contrato en Internet*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2004.

Gutiérrez Cortés, Fernando, “*Comprensión de la economía digital*”, en *Internet: el medio inteligente*, ed. Compañía Editorial Continental, México, 2000.

Hance, Olivier, *Leyes y Negocios en Internet*, ed. McGraw Hill, México, 1996.

Islas Carmona, Octavio, Academia, Internet y Televisión, en *Hacia un nuevo derecho de la información*, ed. Fundación Konrad Adenauer y Universidad Iberoamericana, México 2000.

Hargain, Daniel, *Incidencia del comercio electrónico en el ámbito jurídico: Planteo General*, en *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. B de f, Buenos Aires 2003.

Jijena Leiva, Renato, Palazzi, Pablo Andrés y Téllez Valdés, Julio, *El derecho y la sociedad de la información*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, librero-editor e Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México, México, 2003.

Johnson, David R. Y Post, David G., *Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace*, http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html

Lagares, Diego, *Internet y el Derecho*, Ed. Ediciones Carena, Barcelona 2000.

Linares Gil, Maximino I. *La administración tributaria electrónica, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001.

Mabarak Cerecedo, Doricela, *Derecho Financiero Público*, Ed. McGraw-Hill, México 2000.

Mangas Martín, Araceli y Liñán Noguera, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1996.

Marsden, Christopher T., *Information and communications technologies, globalisation and regulation*, in *Regulating the Global Information Society*, Ed. Routledge, London 2000.

Martínez Fazzalari, Raúl, *Régimen Público de Internet*, Ed. AD-HOC, S.R.L., Buenos Aires, 1999.

Martínez Vera, Rogelio, *Legislación del Comercio Exterior*, Ed. McGraw-Hill, México 2000.

Martín Pérez, Marisa, *El modelo educativo del Tecnológico de Monterrey*, Ed. ITESM, México 2002.

Mateu de Ros, Rafael, *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

Méjan, Luis Manuel, *El derecho a la intimidad y la informática*, 2ª. Ed. Porrúa, México 1996.

Méndez, Rosa M. y Vilalta, A. Esther, *Comunicaciones comerciales y contratación por vía electrónica*, ed. Bosch, Barcelona 2003.

Montagud Castelló, Enrique, *Eficacia jurídica de la firma electrónica, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001.

Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *DERECHO-e Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002.

Munar Bernat, Pedro A., *Propiedad intelectual y comercio electrónico, en Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001.

Muñoz Machado, Santiago, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Ed. Taurus, Madrid 2000.

Nihoul, Paul, *Will electronic commerce change the law? Towards a regulatory perspective based on competition, information and learning skills*. En *Regulating the Global Information Society*, Edited by Christopher T. Marsden, Ed. Routledge, New York 2000.

Nosnik Ostrowiak, Abraham et al, *Productividad de la comunicación en la era de Internet*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental, México, 2000.

Oliver Cuello, Rafael, *Tributación del Comercio Electrónico*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

Palazzi, Pablo A., *Comentario a la Ley Federal de Firma Electrónica de los Estados Unidos de Norteamérica*, en la Revista de Derecho Comparado, tema Comercio Electrónico, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

Paniza Fullana, Antonia, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores, Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Ed. Comares, Granada 2003.

Pantoja, Sara, "e-Business en México: ¿Fracaso o retraso?", *Líderes Mexicanos*, México, Marzo de 2003.

Pérez Becerril, Alonso, *Tratados Internacionales en Materia Fiscal e Inversión Extranjera Directa*, Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal , Año III, Número X, México 2000.

Pérez-Esteve, Rosa, *A Quantitative Assessment of Electronic Commerce*, World Trade Organization (Economic Research and Analysis Division), Staff Working Paper ERAD-99-01, September, 1999, Organización Mundial de Comercio, OMC.
<http://www.wto.org> .

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Ensayos de Informática Jurídica*, Ed. Fontamara, México, 1996.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Manual de informática y derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

Péreznieto Castro, Leonel, *Los principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998.

Perritt Jr., Henry, *The Internet is changin the Public International legal System*, <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/perrittnetchg.html>

Robles Garay, Oscar, *Evolución de Internet en México y en América Latina*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental, México, 2000.

Rodríguez Molinero, Marcelino, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2000.

Rodríguez Rey, Tayli, *Tributación y Comercio Electrónico*, en Noticias Jurídicas. http://noticias.jurídicas.com/areas_virtual/Articulos/35.

Samuelson, Paul A., *Economía Moderna*, Ed. Aguilar, Madrid 1977.

Sánchez Calero, Fernando, Prólogo al texto *Los prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, de Huerta Viesca, María Isabel y Rodríguez Ruiz, Daniel, Ed. Aranzadi, Elcano, Navarra 2001.

Sánchez de la Torre, Ángel, *Crisis y re-creación del derecho*.

Sandoval, Hugo, "Presentan avances en firma electrónica" y "Destacan beneficios de la factura" *El Universal*, México, 5 de julio de 2004.

Secretaría de Economía.
<http://www.economia.gob.mx>

Shaw, Paul D., *Managing Legal and Security Risks in Computing and Communications*, ed. Butterworth-Heinemann, Woburn, MA, USA, 1998.

Segarra Tormo, Santiago, *Relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes por vía electrónica*, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Ed. Aranzadi, Madrid 2001.

Sieiro Constenla, María Milagros, La fiscalidad ante la sociedad de la información. <http://www.ucm.es/info/cyberlaw/actual/11/fir01-11-01.htm>.

S. Ripe et al, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2003.

Sully, Sarah E., UCITA. *Implicaciones para licenciarios no consumidores*, en la Revista de Derecho Comparado, tema Comercio Electrónico, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

Suñé Llinás, Emilio, *Documento digital y firma electrónica*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tercera Época, Año CXLVII, Marzo-Abril 2000, Número 2, Ed. Reus, Madrid 2000.

Suñé Llinás, Emilio, *Tratado de Derecho Informático Volumen I, Introducción y protección de datos personales*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

Téllez Valdés, Julio, *Derecho Informático*, Ed. McGraw-Hill, 2ª. Ed., México, 2001.

Thibault Verbiest, Maitre, *La Directive européenne sur le comerce électronique*.
<http://www.juriscom.net/pro/2/ce20000615.htm>

Turbam, Efraim, et al, *Electronic Commerce, A Managerial Perspective*, Ed. Prentice Hall, New Jersey, 2000.

Valero Lozano, Nicolás, *La tributación en Internet*, en *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Ed. Aranzadi, Madrid 2001.

Vargas Gómez-Urrutia, Marina, *Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico*, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Ed. La Ley, Madrid 2001.

Velásquez Bautista, Rafael, *Derecho de tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C.)*, Ed. COLEX, Madrid 2001.

Villanueva, Ernesto, *¿Regular o autorregular Internet?*, en *Internet: el medio inteligente*, Ed. Compañía Editorial Continental, México, 2000

Villar, José Manuel, *Una aproximación a la firma electrónica*, en *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, 1ª. Reimpresión, Ed. Aranzadi, Madrid 2001.

W. Stephen Benesh, Bracewell & Patterson, L.L.P. *Shrinkwrap and Clickwrap Agreements: Are they binding and enforceable.*
http://www.bracepatt.com/files/tbl_s16Publications%5CFileUpload77%5C365%5Cbeneshart.pdf

LEGISLACIÓN

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), LT/UR/A-1B/S/1 de 15 de abril de 1994.

<http://www.omc.org>

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

<http://www.omc.org>

Anexo de la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico.

<http://www.oecd.org>

Anexo sobre Telecomunicaciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), LT/UR/A-1B/S/1 de 15 de abril de 1994.

<http://www.omc.org>

Anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

<http://www.fecemd.org/legislacion.asp> .

Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?, Public Discussion Draft, de 26 de noviembre de 2003. "The Technical Advisory Group (TAG).

<http://www.oecd.org> .

Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI), El Universal Online.

<http://www.eluniversalonline.com> .

Bad Software: A Consumer Protection Guide.

<http://www.badsoftware.com/uccindex.htm>

Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, España.

Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000, México, 2000.

Código Civil Federal.

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/1806.htm>

Código de Comercio, Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000, México, 2000.

Código de Comercio, Agenda Mercantil 2001, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Ed, Ediciones Fiscales ISEF, S.A. México 2001.

Código Federal de Procedimientos Civiles, *Diario Oficial de la Federación* de 29 de mayo de 2000, México, 2000.

Código Fiscal de la Federación, Compendio Tributario 2001, Ed. Ediciones Fiscales y Jurídicas, S.A. de C.V. (EDIFIJSA), México 2001.

Código Penal del Estado de Sinaloa, Decreto Número 539, Periódico Oficial del Estado de Sinaloa No. 131 de 18 de octubre de 1992,

Comunicación de las Comunidades Europeas a la OMC, en el marco del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, WT/GC/W/497 de fecha 9 de mayo de 2003, <http://www.omc.org>

Comunicación de los Estados Unidos a la OMC, en el marco del Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, WT/GC/W/493/Rev. 1, de fecha 4 de julio de 2003. <http://www.omc.org> .

Constitución Española, 8ª. Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexonº5.htm>

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), UNCITRAL, por sus siglas en inglés.
<http://www.uncitral.org/spanish/texts/sales/CISG-s.htm> .

Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Estrasburgo, 28 de enero de 1981.
<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexonº293.htm>

Declaración Anual en Línea de Personas Físicas, Nuevo Consultorio Fiscal, p. 1 de 12.
<http://www.nuevoconsultoriofiscal.com.mx/articulos> .

Declaración conjunta UE-EEUU sobre comercio electrónico, de 5 de diciembre de 1997. Última actualización: Enero 1998. <http://www.onnet.es/08001009.htm>

Declaración sobre el comercio electrónico mundial, WT/MIN(98)/DEC/2, 25 de mayo de 1998 (98-2148), Organización Mundial de Comercio, OMC.
<http://www.wto.org>

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor, Diario Oficial de la Federación de miércoles 4 de febrero de 2004.

<http://www.profeco.gob.mx> .

Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.
<http://www.reicaz.es/textosle/ue/directiv/19840450/19840450.pdf>

Directiva 89/48/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años.
<http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga>

Directiva 92/51/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE.

<http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga>

Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°33.htm>

Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos.

<http://www.europa.eu.int/search/s97.vts>

Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones,

<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°80.htm>

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

<http://europa.eu.int/smartapi/cgi/>

Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

<http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga>

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13/12 de 19 de enero de 2000).

<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°41.htm>

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

<http://europa.eu.int/eur-lex/es>

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos a fines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

<http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga>

Directrices de la OCDE sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales, de 23 de septiembre de 1980, C(80)58/Final, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

<http://www.oecd.org>

Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), Unión Europea.

Diario Oficial de la Federación, México, 29 de mayo de 2000.

Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce, OECD Conference at Turku, Finland, Nov. 19-21, 1997.

<http://www.cordis.lu/infowin/acts/ienm/newsclips/arch1> .

Editorial v/lex.

<http://www.premium.vlex.com> .

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act.

<http://www.ftc.gov/os/2001/06/esign7.htm>

The Electronic Fund Transfer Act, de 1978, Informática Jurídica y Derecho Informático.

<http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp>

Electronic commerce: the challenges to tax authorities and taxpayers, Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).

www.oecd.org.

Electronic Communication Privacy Act , Informática Jurídica y Derecho Informático.

<http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp>

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act.
<http://www.ftc.gov/os/2001/06/esign7.htm>

El Universal Online.
<http://www.eluniversalonline.com.mx> .

Guidelines for the Security of Information Systems and Networks Towards a Culture of Security, de 25 de julio de 2002, C(2002)131, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).
<http://www.oecd.org> .

Informática Jurídica y Derecho Informático (www.informatica-juridica.com).
<http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp>.

Informe Intermedio del Consejo del Comercio de Servicios, sobre el Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, al Consejo General de la OMC, S/C/8 de 31 de marzo de 1999 (99-1371).
<http://www.omc.org>

Informe oral del Presidente del Consejo del Comercio de Servicios al Consejo General de la OMC sobre comercio electrónico, S/C/13 de 6 de diciembre de 2000 (00-5279).
<http://www.omc.org>

Informes de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, Consejo General de la OMC.
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC dirigido al Consejo General de la OMC, IP/C/18 de 30 de julio de 1999 (99-3254).
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, del Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC dirigido al Consejo General de la OMC, IP/C/20 de 4 de diciembre de 2000 (00-5217).
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Informe de Situación en el marco del Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico, del Comité de Comercio y Desarrollo (CCD) de la OMC, WT/COMTD/26 de 13 de noviembre de 2000 (00-4814).
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Legislación de Comercio Electrónico en México. De las Comisiones Unidas de Justicia y de Comercio con Proyecto de Decreto por el que se dictaminan diversas reformas y adiciones al Código Civil Federal, al Código de Comercio y a la Ley Federal de protección al Consumidor en Materia de Comercio Electrónico, Congreso de la Unión, México, 13 de abril de 2000. Antecedentes. Iniciativa del 30 de abril de 1999.
<http://www.banxico.org.mx/SistPagos/webextsispag/SisPagMexico/leyesreglamentos/LegislacionCE.html>

Ley Federal de Protección al Consumidor, Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000, México, 2000.

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, conocida como LORTAD (BOE número 262 del 31 de octubre de 1992).
<http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexon°87.htm>

Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, Boletín Oficial del Estado (BOE) de 28 de diciembre, corrección de errores de 3 de agosto de 1996. Modificada por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (B.O.E. 11/03/2004) Artículo 8.
<http://www.aeat.es/normlegi/sociedades/ley/home.html> .

Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y otras Normas Tributarias, Boletín Oficial del Estado (BOE) 10-12-1998, Modificada por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (B.O.E. 10/03/2004), Artículos 8 y 9.
http://www.aeat.es/normlegi/irpf/l_irpf.htm .

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Ley 34/2002, de 11 de julio; BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), Ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2002.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, conocida como LOPD, (BOE número 298 del martes 14 de diciembre de 1999).
<http://www.informatica-juridica.com/./anexos/anexon°22.htm>

Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15-11-1988).
<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Lgp.htm>

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno.
<http://www.uncitral.org>

LexisNexis and Nacional Institute for Trial Advocacy Form Alliance, (New Release, January-March, 2005).
<http://www.lexisnexis.com> .

Marco jurídico e implicaciones fiscales del comercio electrónico en España.
<http://www.spainbusiness.com/StaticFiles/Guia%Negocios%202005Capitulo%20> .

Network Information Center Mexico (NIC México).
<http://www.nic.mx/es/NicMexico.Historia>

OECD Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders, 11 de junio de 2003.
<http://www.oecd.org>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).
<http://www.oecd.org>

Organización Mundial de Comercio, OMC.
<http://www.wto.org>

Posición de la Unión Europea relativa al Comercio electrónico y la fiscalidad indirecta (Dictamen del Comité Económico Europeo 98/CE/407/49).
<http://www.injef.com/revista/apuntes/uecefi.htm> .

Policy Brief, *Electronic Commerce*, OECD Observer, OECD 2001.
<http://www.oecd.org>

Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet, v/lex España.
http://v2.vlex.com/es/asp/canales_noticias.asp .

Posición de la Unión Europea relativa al Comercio electrónico y la fiscalidad indirecta (Dictamen del Comité Económico Europeo 98/CE/407/49).
<http://www.injef.com/revista/apuntes/uecefi.htm> .

Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), 121/000068, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, No. 68-1 de 22 de febrero de 2002.

Quinto Debate Específico sobre el Comercio Electrónico, Consejo General de la OMC, WT/GC/W/509 de fechas 16 de mayo y 11 de julio de 2003.
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/ecom_s.htm

Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, B.O.E. 29.02.1996.
<http://www.igsap.map.es/cia/dispo/8497.htm>

Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE núm. 224, de 18-IX-1999).

<http://www.informaticajuridica.com/anexos/anexonº21.htm>

Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos, B.O.E. 28-02-2003.

<http://www.igsap.map.es/cia/dispo/8497.htm>

Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico, de 9 de diciembre de 1999, C(99)184/Final, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

<http://www.oecd.org>

Resolución sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico (COM (97) 0157 C4-0297/97), publicada en el Diario Oficial nº C 167 de 01/06/1998.

http://europa.eu.int/smartapi/chi/sga_doc?smartapi!celex .

Resumen del Presidente del Consejo de Comercio de Mercancías de la OMC, en relación al Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico de fecha 30 de septiembre de 1998 (WT/L/274). G/C/W/158 de fecha 26 de julio de 1999.

<http://www.omc.org>

Secretaría de Economía.

<http://www.economia.gob.mx>

Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM).

<http://www.siem.gob.mx> .

Survey of Legal and Policy Frameworks for Electronic Authentication Services and E-Signatures in OECD Member Countries, de 2 de julio de 2003, DSTI/ICCP/REG(2003)9/FINAL, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

<http://www.oecd.org>

The Electronic Fund Transfer Act, de 1978, Informática Jurídica y Derecho Informático, <http://www.informatica-juridica.com/legislacion.asp>

The Internet Tax freedom Act, The UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy. <http://www.gseis.ucla.edu/iclp/itfa.htm>

Uniform Electronic Transactions Act (UETA), Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), Approved and Recommended for Enactment in all the States.

<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/uetast84.htm>

Uniform Commercial Code (UCC).
<http://www.law.cornell.edu/ucc/1/overview.html>

Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA).
<http://www.jamesshuggins.com/h/tek1/ucita.htm>

What is Lexis-Nexis?
<http://smccd.net/accounts/brenner/lsci105/lexisdef.html>

What to look out for with ASP agreements,
<http://www.computeractive.co.uk/features/1114407>