

El Principio de Incidencia Internacional de los Medios Digitales en la Empresa Venezolana¹

Gianpaolo Scionti Perez²
Innes Faría Villarreal³

Resumen

El presente trabajo de investigación tuvo como propósito analizar los efectos generados por la digitalización en la empresa venezolana, por medio de la delimitación del ciberespacio y los actos ahí realizados. Con el uso del método descriptivo, se analizaron desarrollos doctrinarios de Kulesza, Ward, Oyarzábal y otras fuentes legislativas a nivel internacional. Como resultado, se plantearon consideraciones doctrinarias sobre el ciberespacio, se introdujo el principio de incidencia internacional de los medios digitales y se delimitaron ciertas consecuencias para la empresa venezolana, por las cuales se recomienda incorporar un protocolo de debida diligencia sobre estas materias.

Palabras Clave: Derecho internacional, comercio electrónico, ciberespacio, jurisdicción, derecho mercantil.

The Principle of International Impact of Digital Media in Venezuelan Company

Abstract

The present paper had the purpose of analysing the effects caused by digitalization in the Venezuelan companies, through the determination of cyberspace and the acts that are carried through there. Through the use of the descriptive approach, it was analysed the doctrinal developments of Kulesza, Ward, Oyarzábal, and other legislative sources at an international level. Consequently, doctrinal considerations on cyberspace arose, with the introduction of the principle of international impact of digital media as well as certain implications for the Venezuelan company, whereby a due diligence protocol on these matters is suggested.

Keywords: International law, electronic commerce, cyberspace, jurisdiction, trade law.

Introducción

En el 2019, según estimaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones [ITU], (2019), cerca del cincuenta y siete por ciento (57%) de la población mundial tenía acceso a internet y, con esto, a una herramienta de comunicación instantánea y accesible con la cual entablar y desarrollar relaciones sociales. El espacio resultante, conocido como el ‘ciberespacio’, se ha convertido en una vía casi indispensable para el desarrollo de iniciativas empresariales y nuevos proyectos enfocados en un mercado internacional abierto y una posibilidad de expansión

¹ Recibido: 16/03/2021 Aceptado: 12/06/2021

Este artículo fue realizado para optar al título de Abogado de la República Bolivariana de Venezuela; en la Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

² Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: gianscionti@gmail.com

³ Profesora de la Universidad Rafael Urdaneta. Profesora del Programa de Especialización en Derecho Administrativo de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia. Correo: innesfariav@gmail.com

virtualmente infinita, resultado de la migración social a las plataformas virtuales y la desaparición del aspecto presencial de los procesos negociales y volitivos anteriormente determinantes en las relaciones comerciales.

Los medios digitales, como páginas web o redes sociales, se han convertido en el nuevo punto de encuentro para las empresas con sus consumidores, resultado de la facilidad brindada por estas para acercarse a su mercado destino; solo en febrero de 2019 casi el veinte por ciento (20%) de los usuarios estadounidenses de plataformas como Facebook, Twitter e Instagram, usaban estas para adquirir productos directamente, sin mediar otro medio de comunicación con sus compradores (eMarketer, 2019).

Por otro lado, este nuevo escenario internacional plantea una serie de problemáticas centradas precisamente en la manifestación internacional del fenómeno de la internet y el espacio cibernético, donde se realizan todas las interacciones digitales; un espacio carente de determinación territorial precisa y simultáneamente presente en todo el mundo. La posibilidad de acceso global al ciberespacio lleva inherentemente la capacidad de incidir, con lo presentado en él, a nivel internacional y se convierte simultáneamente en un elemento extranjero relevante y un aspecto interno para el derecho de los Estados.

Como resultado de la falta de una normativa clara sobre el fenómeno, el comercio ha pretendido limitar sus efectos por medio de la creación de una norma acordada, un concierto de voluntades expresado a través de estos medios electrónicos -un contrato digital-, sin percatarse de los riesgos a la seguridad jurídica provocados por las posibles transgresiones a elementos esenciales del contrato y sus limitaciones. Actualmente, la costumbre generalizada de aceptación obligatoria de los contratos de términos y servicios, se ha transformado en la inexistencia de voluntad real sobre la aceptación de dichos contratos, atentando contra la seguridad jurídica de ambas partes ante un limbo de posibles jurisdicciones aplicables.

Por otro lado, la formulación de dichos acuerdos también podría verse viciada como resultado de la -comprensible- inobservancia respecto a la totalidad de regímenes jurídicos existentes a los cuales se consideraría sujeto cualquier acuerdo en este ambiente impreciso; la limitación del orden público impuestas al Derecho Internacional Privado resultan en la imposibilidad de aplicar normas de parte sobre asuntos regulados por dicho orden jurídico esencial en la esfera interna estatal o internacional.

Como resultado de las situaciones planteadas con anterioridad, en un panorama de desconocimiento generalizado sobre las implicaciones del comercio electrónico en Venezuela (Llovera, 2016) y la inexistencia de un ordenamiento jurídico único con el desarrollo necesario sobre estos elementos, es menester presentar, con esta investigación, un marco inicial sobre el fenómeno del ciberespacio, con especial atención a los efectos producidos por este nuevo terreno comercial, carente de limitaciones territoriales, sobre la empresa venezolana.

1. Consideraciones jurídicas del ciberespacio.

El ciberespacio, como término acuñado en el año 1984 por William Gibson (Rattay *et al.*, 2010) es definido de manera diversa por investigadores, especialistas y entes gubernamentales a nivel internacional, pero todos mantienen elementos comunes con los cuales es posible determinar sus características esenciales. El Gobierno de España (2019: 17) define al ciberespacio como “[...] un espacio común global caracterizado por su apertura funcional y su dinamismo [...]” y presenta un elemento esencial, la globalidad, apoyado por Denmark y Mulventon (2010) y su concepción del ciberespacio como un *Global Common* o Espacio Común Internacional, como una de las cuatro *res nullius usus comunis*, junto con el espacio aéreo, ultraterrestre y el Alta Mar.

Así mismo, el ciberespacio comprende otros elementos esenciales, la organización Internacional de Estandarización [ISO] (2012) define al ciberespacio como un complejo ambiente resultado de la interacción de personas, software y servicios en la internet por medio de equipos tecnológicos y las redes conectadas a estos, sin forma física alguna; dicha definición, concibe al ciberespacio con una mayor extensión, supera la idea del mero ambiente digital, como resultado de las interacciones humanas y digitales necesarias para su constitución, pero lo excluye de la esfera física.

Sin embargo, autores como Rattay, Evans y Healey (2010) describen al ciberespacio como un ambiente fundamentalmente físico, creado tras conectar sistemas y redes físicas; mientras el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América (2016) plantea una mixtura de ambientes físicos y virtuales como elemento del ciberespacio, contemplando, también como componente tecnológico, a las infraestructuras como parte del mismo Espacio Común cibernético.

Por lo tanto, el ciberespacio puede definirse como el conjunto de medios físicos (hardware) y digitales (software) entramados, conformantes de un espacio común global, accesible por medio de la internet y de difícil determinación territorial, donde las personas pueden transmitir o recibir información, entablar relaciones sociales y concretar relaciones jurídicas a una escala internacional.

De este concepto fundamental, pueden desprenderse características clave para la comprensión del fenómeno en sí y sus efectos en la esfera jurídica de las personas. Hildebrandt (2013) presenta al ciberespacio como un enlace variado de espacios físicos y virtuales, indudablemente real por las consecuencias perceptibles generadas por este entorno, presentando la clara dualidad presente en el espacio cibernético.

Alemania, en su proyecto a la resolución A/68/156, 7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puntualiza la característica dual del ciberespacio como espacio común y bien público, reafirmando su carácter Global (Alemania *Cit. Pos. Morgus y Maruer*, 2014) y como tal, se debe considerar como una *Res Nullius Communis Usus* de acuerdo a la definición de Rousseau (1966) sobre estos espacios particulares y, por tanto, la naturaleza jurídica del ciberespacio debe asemejarse a estos espacios con regímenes especialísimos.

Por tanto, se presenta la imposibilidad de ser controlada o adquirida como propiedad por entidad alguna y contiene, a su vez, valor y utilidad como una unidad, los cuales se reducen con la separación de sus partes; tanto Estados como no Estados pueden acceder a ella con los requisitos tecnológicos mínimos y usarlos para propósitos científicos, culturales, políticos o económicos y, como resultado, también pueden ser usados como medio para atentar contra otros o amenazar con hacerlo (Denmark y Mulvenon, 2010).

Por último, tal como lo describe Johnson y Post (1996), el ciberespacio se caracteriza por no tener límites territoriales, pues los costos y la velocidad de transmisión en la Red son casi completamente independientes de la ubicación física, los mensajes pueden ser transmitidos de una ubicación física a otra sin degradarse, decaer o retrasarse sustancialmente y sin ninguna otra barrera territorial.

2. La incidencia global de los medios digitales en el marco del derecho internacional.

De esta forma, si el ciberespacio se caracteriza por trascender las nociones tradicionales de territorio, como la “[...] porción del globo terráqueo donde se asienta el Estado [...]” (La Roche, 1987: 158), los actos incluidos dentro de dicho espacio común podrían verse inmersos en un conjunto de conflicto de leyes aplicables en función de la locación de los efectos o materialización de estos en la diversidad de Estados donde pueda visualizarse, en consideración del Derecho Internacional Privado.

A propósito de estas situaciones, la autonomía de la voluntad se configura como elemento esencial a la hora de reducir esta clase de incidencias, por medio de una elección de foro acordada por las partes, hasta el punto de convertirse en un elemento usual dentro de los contratos electrónicos (Oyarzábal, 2006); pero en el caso de una imprecisión legal sobre el tema o, en líneas generales, la ausencia de cláusula de elección de foro alguna, para determinar la ley aplicable será necesario recurrir a las normas del Derecho Internacional Privado relativas a los factores de conexión.

Para Carmona (2010), los factores de conexión dentro del Derecho Internacional Privado pueden clasificarse de varias formas según una serie de elementos clave y sobre la mutabilidad del factor, pueden clasificarse en: Mutables, aquellos factores de conexión con la capacidad cambiar en el tiempo, como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual; e Inmutables, aquellos factores de conexión dependientes de elementos no variables en el tiempo, como el lugar de situación de un bien inmueble o el lugar de comisión de un delito.

Mientras los factores de conexión mutables no generan mayor inconveniente al tratar relaciones jurídicas en el ciberespacio, pues su determinación es independiente de donde se realicen; los factores de conexión inmutables, centrados en la ubicación, ya sea de los efectos cómo de las partes involucradas, de un acto jurídico, generan una serie de inconvenientes al momento de tratar las actividades producidas dentro de dicho espacio común internacional, debido a la imprecisión técnica relativa al lugar de ejecución de una actividad dentro del ciberespacio o, en general, sobre los efectos relativos a dichas actuaciones, tal como lo establece Kulesza:

The application of territorial jurisdiction over cyberspace must be done with much caution, since territoriality directly contradicts the nature of transnational online interactions. [...] Such application of territoriality would in fact result in global jurisdiction over all Internet activities, since consequences of actions taken using the electronic network affect simultaneously (*sic*) any place in which the Internet may be accessed. [...] (Kulesza, 2012: 14)

De tal forma, no solo hace referencia a la jurisdicción en el sentido de la competencia internacional, pues también se ve involucrada la determinación de la ley aplicable a dichas actuaciones con interés jurídico cuando podría discutirse la extensión de sus efectos a una escala global. La posibilidad de acceder a una página web desde cualquier parte del mundo y percibir su contenido, permite materializar indudablemente ciertos efectos en el espacio donde se visibiliza, mas su mera incidencia no puede considerarse suficiente para la determinación de la ley aplicable o la jurisdicción.

Al respecto, Ward *et al.* (2016) reafirma imposibilidad fáctica de considerar la mera accesibilidad de los medios digitales como elemento suficiente para determinar la ley aplicable o la jurisdicción sobre estos y adelanta un par de enfoques centrados en la escala de interacción digital y la prueba de los efectos para precisar correctamente la extensión de la incidencia internacional de los actos dentro del ciberespacio.

Con base en el Caso Zippo Mfg. Co. contra Zippo Dot Com, Inc de 1997, Ward *et al.* (2016) introduce el primero de los enfoques, la escala de interacción digital, por la cual una actuación en el ciberespacio -como la presentación de una página web- tendrá incidencia en un Estado de forma proporcional al grado de “interactividad” o el intercambio de información de la misma con los usuarios.

Bajo esta consideración, se delimitan tres puntos clave en la escala: la mera presentación de información, donde solo hay un acto unilateral y no puede considerarse, de forma alguna, incidencia suficiente para aplicar la ley del Estado donde se percibe; el intercambio de información, donde los usuarios intercambian también información y la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción dependerá de un análisis más profundo del intercambio y su incidencia en el Estado; y el intercambio comercial, donde existe una clara intención de concretar algún negocio jurídico y se puede considerar incidente para la aplicación de la ley y jurisdicción del Estado donde se presenta (Ward *et al.*, 2016).

Sin embargo, este enfoque se ve afectado principalmente por la extinción de las actuaciones de mera presentación de información -en especial sobre el caso de las páginas web, donde la personalización basada en *cookies*⁵ se ha convertido en el estándar internacional- y la falta de precisión sobre las actuaciones de ‘intercambio de información’, limitando la efectividad de dicha escala a la determinación relativa a las actuaciones de intercambio comercial, aportando un factor esencial sobre las relaciones en el ciberespacio: la intención.

Con esta base, Ward *et al.* (2016: 10) presentan el segundo enfoque sobre las actuaciones dentro del ciberespacio, el test de los efectos, el cual “[...] examines the defendant’s activities to determine whether those activities were directed at parties within the forum state [...]”⁶. Este enfoque recopila el aspecto útil de la escala de

⁴ Traducción: La aplicación de la jurisdicción territorial sobre el ciberespacio debe realizarse con mucho cuidado, puesto que la territorialidad contradice directamente la naturaleza de las interacciones transnacionales en línea. [...] Dicha aplicación de la territorialidad podría, de hecho, resultar en una jurisdicción global sobre todas las actividades en la Internet, puesto que las consecuencias de las acciones realizadas con el uso de las redes electrónicas afectan simultáneamente cualquier lugar en donde pueda accederse a Internet.

⁵ Google define a las cookies como un “archivo pequeño que se guarda en las computadoras de las personas para ayudar a almacenar las preferencias y demás información que se utiliza en las páginas web que visitan” (Google, 2020: parr. 1)

⁶ Traducción: examina las actividades de la parte defensora para determinar si estas actividades fueron dirigidas a sujetos dentro del foro estatal.

interacción digital y la extiende a una regla aplicable al momento de determinar la extensión de los efectos de los actos producidos en el ciberespacio, limitando la incidencia internacional de los medios digitales hasta una escala menos excesiva.

Adicionalmente, Kohl (2007) presenta una corriente doctrinal aplicable a la consideración incidental de los medios digitales, en relación a los efectos no físicos perceptibles en distintos Estados, los cuales, *a priori*, pudieran vincular a una multiplicidad de jurisdicciones y leyes aplicables sobre un mismo acto. Dicha corriente, plantea una serie de factores de análisis para considerar aplicable una jurisdicción particular, pues la actividad debe tener un efecto sustancial, directo o previsible dentro del territorio, junto al carácter de la actividad, la existencia de expectativas justificadas y la consistencia con las costumbres del sistema internacional.

Bajo estos enfoques ulteriores y la aplicación del carácter intencional extraído de la escala de interacción digital, es posible definir con mayor precisión el principio de incidencia internacional de los medios digitales, por el cual una actuación producida en el ciberespacio podrá verse sujeta a las consideraciones legales de los Estados donde pretende visualizarse o surtir efectos de forma sustancial, directa o previsible, limitando así el número de jurisdicciones a las cuales puede verse sujeta una persona por sus actuaciones en el ciberespacio.

3. La materialización de la incidencia global de los medios digitales sobre la empresa venezolana en el marco del derecho internacional.

Con base a lo dispuesto anteriormente, la empresa venezolana se encuentra en una delicada situación en lo relativo al ejercicio del comercio dentro del ciberespacio o el comercio electrónico, en ausencia de una regulación nacional o internacional sobre la misma, razón por la cual la determinación de las normativas aplicables debe considerarse como una diligencia fundamental para evitar la sujeción inadvertida a leyes extranjeras.

Con respecto al comercio electrónico, como fundamento de las actuaciones de la empresa venezolana en el ciberespacio, Fangfei establece lo siguiente:

[...] It is reflected in any form of business transactions in which the parties interact electronically rather than by physical exchanges. It can be carried out by an electronic ordering of tangible goods that are delivered physically using traditional channels such as postal services or commercial couriers. Alternatively, it can be completed directly online by electronic ordering, payment and delivery of intangible goods and services such as computer software, entertainment content, or information services. [...] ⁷ (Fangfei, 2010: 3)

El comercio electrónico es el resultado de una interacción electrónica con el propósito de concretar una transacción comercial y por tanto es independiente de la configuración específica de dicha transacción y su perfeccionamiento, la cual puede ser física o enteramente virtual, mas carece de precisión alguna sobre los elementos necesarios para entablar dicha interacción en un principio. Davidson (2009: 1) reafirma dicha consideración, definiendo el comercio electrónico como “[...] all commercial transactions based on the electronic processing and transmission of data, including text, sound and images [...]”⁸.

Por otro lado, para Vega Clemente (2015: 7), el comercio electrónico puede extenderse más allá de la mera transacción comercial y entenderse de forma más abierta como “[...] cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación [...]” y basados en esta definición, no solo se encuentra inmerso el mero acto comercial concretado entre las partes, sino también, las actuaciones previas y posteriores relacionadas a dicho acto.

⁷Traducción: Se refleja en cualquier forma de transacción comercial donde las partes interactúan electrónicamente, en vez de un intercambio físico. Puede llevarse a cabo por medio de una solicitud electrónica de bienes tangibles que son enviados físicamente por medios tradicionales, como el servicio postal o mensajería internacional. Alternativamente, puede completarse directamente en línea por medio de una solicitud, pago y envío electrónico de bienes intangibles o servicios, tales como los softwares para computadoras, el contenido de entretenimiento o servicios de información.

⁸ Traducción: toda transacción comercial basada en el procesamiento y transmisión de información electrónica, incluyendo texto, sonido e imágenes.

Sobre esta base, es posible arropar como parte de la definición de comercio electrónico a los actos preparatorios a la transacción, especialmente la creación de una página web o usuario de redes sociales con fines comerciales, por la cual será posible entablar la relación comercial en un futuro, pues esta posee la voluntad de ofrecer un servicio comercial y, por tanto, la oportunidad de precisar el carácter de la relación entablada con ella, como medios electrónicos de la empresa.

Ahora bien, para determinar la normativa aplicable a las empresas venezolanas en ejercicio del comercio electrónico internacionalmente enfocado, es menester analizar una serie de legislaciones a nivel internacional para asegurar o limitar el alcance de dichas actuaciones comerciales o precisar las regulaciones a las cuales deberá adecuarse en función de dichas actuaciones, ya sea con la transacción comercial misma o las interacciones accesorias a esta.

3.1 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Aun cuando las consideraciones emanadas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) no tienen carácter vinculante dentro del Derecho Internacional Privado, presentan una guía fundamental para resolver controversias en ocasión de vacíos jurídicos o inexistencia de ley aplicable, por cuanto adquiere especial valor en la interpretación de casos sobre comercio electrónico en Estados ausentes de legislación respectiva.

De esta forma, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, se convierte en un precedente histórico para la determinación de los actos ejercidos en el ciberespacio y sus efectos en el mundo material, como establece Davidson:

[...] The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce [...] was intended to provide national legislatures with a template of internationally acceptable rules that would remove legal obstacles and create a more secure legal environment for electronic commerce. [...] was intended to facilitate the use of electronic communication and storage of information [...].⁹
(Davidson, 2009: 26)

Aun cuando la ley modelo no versa directamente sobre las transacciones comerciales, presenta uno de los principios fundamentales para el comercio electrónico, la equivalencia funcional de los actos electrónicos sobre los físicos y presenta una serie de definiciones relativas a los procesos comerciales en el ciberespacio. El mensaje de datos, para la CNUDMI (1996: Art. 1.a), se entiende como “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares” y dicha definición puede aplicarse, en mayor o menor medida, para toda actuación producida en el ciberespacio.

Por otro lado, en un informe relativo a la contratación en la nube, la CNUDMI presentó una serie de consideraciones relativas a la incidencia de ciertos actos producidos en el ciberespacio sobre la esfera jurídica de otros Estados:

[...] Entre los factores que podrían tenerse en cuenta para determinar si será aplicable esa ley figuran la utilización de un dominio de nivel superior de un determinado país vinculado a un lugar determinado, el uso del idioma local en un sitio web, la fijación de los precios en la moneda local y la mención de personas de contacto locales. (CNUDMI, 2019: 53)

Aun cuando refieren a un tipo específico de actuación comercial en el ciberespacio, los contratos de computación en la nube, estas consideraciones no se encuentran exentas en el panorama general, pues también en estos casos se consideran elementos fácticos con la capacidad de determinar la región a la cual están destinadas dichas actuaciones comerciales. Se entiende, por tanto, la existencia de una intención comercial al plantear características de accesibilidad a ciertos grupos anteriormente separados por elementos eminentemente territoriales.

⁹ Traducción: La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico [...] tenía el propósito de proveer a legislaciones nacionales con un formato de reglas internacionalmente aceptadas que podrían remover obstáculos legales y crear un ambiente más seguro para el comercio electrónico. [...] tenía la intención de facilitar el uso de las comunicaciones electrónicas y el almacenamiento de información.

3.2 Unión Europea.

Aun cuando dentro de Europa existe una multiplicidad de jurisdicciones y, por tanto, una multiplicidad de legislaciones sobre temas diversos, la Unión Europea se ha encargado de mantener una guía macro para la solución de los conflictos de jurisdicción y la elección de la ley aplicable en los casos competentes. En ese caso, existen dos marcos legales esenciales para cada planteamiento: el Reglamento de Roma I y Roma II para la elección de la ley aplicable; y el Reglamento de Bruselas I para la solución a los conflictos jurisdiccionales.

Aun cuando la definición de mensaje de datos se mantiene en el contexto de la Unión Europea, la Directiva sobre Comercio Electrónico plantea una definición especial en materia comercial, definiendo a la comunicación comercial como “[...] todas las formas de comunicación destinadas a 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 [...]” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2000: Art. 2.f).

Por otro lado, el Reglamento de Bruselas I, en el segundo numeral del artículo 25, plantea el principio de equivalencia funcional de los medios digitales, por el cual “2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2015: Art. 25), donde se hace especial énfasis en el registro, como elemento clave para determinar la legalidad de actuaciones comerciales como la formación de acuerdos sobre Términos y Condiciones.

Sobre los conflictos jurisdiccionales en el ciberespacio, adelanta el *Institute for Research on Internet and Society* [IRIS] (2017), la determinación del domicilio se convierte en una labor especialmente complicada, bajo la multiplicidad de sedes posiblemente intervinientes en el cumplimiento de una obligación y remite a la Directiva sobre Comercio Electrónico para determinarla por el sitio donde se lleva la actividad económica y, cuando exista multiplicidad de estas, deberá precisarse cuál es el centro de servicio.

No obstante, Fangfei puntualiza la inexistencia, dentro de la normativa anteriormente señalada, de reglas especiales de Derecho Internacional Privado centradas en la solución de dichos conflictos, por lo cual acude al Reglamento de Bruselas I, como normativa europea relativa a conflictos de jurisdicción entre Estados donde al menos uno de estos es parte, en donde generalmente se entenderá aplicable la jurisdicción del domicilio del Defendido (Fangfei, 2010).

Sobre la base de esta regla de determinación general, el IRIS (2017) considera la existencia de una serie de competencias especiales, planteadas en el artículo 7 del Reglamento, con fuerte relación al tema de los asuntos en el ciberespacio. El primer numeral configura como jurisdicción competente a la del lugar donde deba cumplirse la obligación, ya sea la entrega de un bien o la prestación de un servicio, en los casos de obligaciones contractuales; en materia de obligaciones extracontractuales, se entenderá competente la jurisdicción de donde se haya producido o pueda producirse el daño (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2015).

Con respecto a la determinación de la ley sustantiva aplicable, según lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de Roma I (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2008) y el artículo 3 del Reglamento de Roma II (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2007), serán estas normativas europeas las adecuadas para resolver incluso los conflictos de leyes existentes entre Estados miembros y no miembros.

Por otro lado, en los casos de ausencia expresa o tácita de elección de ley sustantiva, el Reglamento de Roma I, según lo dispuesto por el IRIS (2017), se apegan al principio general de la conexión más cercana y contempla, dentro de los párrafos del artículo 4 de dicha normativa, como factor decisivo la residencia habitual de la parte con la obligación característica del contrato, ya sea el vendedor en contratos de compra venta; el prestador de servicios en los contratos de prestación de servicios, y otros de forma similar.

De forma similar regula el Reglamento de Roma II lo relativo a las obligaciones extracontractuales, por lo cual, comenta el IRIS, la ley aplicable en estos casos donde, por tratarse de una obligación generada sin acuerdo entre partes, no existe posibilidad de convenir en una ley sobre la materia; se aplicará la norma sustantiva del

Estado donde se produjo el daño, en ausencia de un domicilio común entre las partes, en cuyo caso se aplicará la ley de dicho domicilio (IRIS, 2017).

3.3 Estados Unidos de América.

Como resultado de la organización política particular y las características esenciales del sistema anglo americano a nivel judicial, no existe una sola normativa de Derecho Internacional Privado a la cual acudir para poder responder las dudas relativas a los conflictos de jurisdicción y leyes aplicables, mas las conclusiones son el resultado de consideraciones jurisdiccionales mantenidas en el tiempo, con ciertas excepciones de carácter federal las cuales son menester mencionar.

Sobre esto, el IRIS (2017) introduce un principio jurisprudencial por el cual se debe basar cualquier análisis sobre jurisdicción en el sistema anglo americano, el principio *forum non conveniens*, por el cual la corte deberá rechazar el ejercicio de su jurisdicción con el propósito de evitar una solución injusta o ineficiente de la controversia, en comparación a una jurisdicción extranjera. Este principio, aun cuando base para el análisis, carece de determinación alguna y depende, de forma absoluta, de lo considerado por la corte como ‘justo’ o ‘eficiente’ en relación a las posibles actuaciones de jurisdicciones extranjeras.

Para Fangfei (2010), el asunto de la jurisdicción se encuentra vinculado a los conceptos de residencia, domicilio y nacionalidad, similar a las proposiciones del Reglamento de Bruselas I, pero con una extensión mayor sobre otros elementos territoriales, independientes del carácter de la contención. Bajo los preceptos iniciales, uno de los elementos de análisis fundamentales para la precisión de la jurisdicción se encuentra en el test de los contactos mínimos, por el cual un contacto continuo y sistemático podría vincular a las partes a la jurisdicción nacional.

En este sentido, el IRIS (2017) agrega otro conjunto de pruebas analíticas con el propósito de precisar de mejor manera la vinculación con el régimen jurídico norte americano, a su consideración, sobre la base de los casos de *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc* y *Calder v Jones*, sobre el test de la escala de interacción y, posteriormente, el test de los efectos, con los cuales se puede determinar la cantidad de “contactos” o incidencia real con el Estado norteamericano y, por tanto, precisar la consideración sobre la aplicación de su jurisdicción.

Sobre la determinación de la ley aplicable, tanto Fangfei (2010) como el IRIS (2017), comparten la postura de considerar válida la doctrina bilateral de la Unión Europea, es decir, la existencia de la libertad de elección de ley aplicable -en este caso, sobre el entendido de un vínculo o relación material con la ley a la cual desean someterse (Fangfei, 2010)- y la ausencia de elección sobre la norma subjetiva a aplicar. Sin embargo, ninguno de estos dos eventos se encuentra regulado legislativamente y, por tanto, deberán analizarse cada caso concreto con base a la jurisprudencia de cada Estado -dentro de los Estados Unidos de América-.

3.4 Venezuela.

En el caso de Venezuela, existen una serie de regulaciones normativas a las cuales hacer referencia para poder precisar las consideraciones de jurisdicción y ley aplicable sobre las actuaciones en el ciberespacio, por parte de la empresa venezolana. Es menester reafirmar la definición de mensaje de datos propuesta por la CNUDMI *ut supra*, por cuanto dicha ley modelo fue el fundamento para la vigente Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, la cual los define como “Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.” (Asamblea Nacional, 2001: Art. 2).

El Código de Bustamante, como ley aplicable a los casos donde se encuentren involucrados otros Estados partes de la Convención, establece normas de conflicto tanto para el caso de la jurisdicción como la precisión de la norma sustantiva aplicable. Sobre la jurisdicción, el Código de Bustamante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 318, limita el sometimiento expreso o tácito a la jurisdicción sobre la base de existir algún vínculo de nacionalidad de alguna parte con el Estado al cual se someten; En materia civil y comercial, el juez competente, en ausencia de acuerdo sobre la jurisdicción, será el del lugar de cumplimiento, el domicilio de los demandados y, subsidiariamente, el de su residencia (Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, 1932).

Sobre la ley aplicable, el Código de Bustamante establece una serie de reglas específicas aplicables a estos casos, con especial énfasis sobre obligaciones contratos por adhesión, los cuales se registrarán, en ausencia de voluntad contraria, por la ley del oferente y en los demás contratos, en ausencia de una ley personal común, se aplicará la ley del lugar de celebración del contrato (Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, 1932).

Pero bajo el entendido de un ambiente digital sin fronteras territoriales, la determinación del lugar de celebración sólo puede concretarse por medio de una ficción jurídica, inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano; razón por la cual solo puede hacerse medición de las consideraciones respectivas en otros Estados, como España, donde se entiende como lugar de celebración, en el caso de contratos de consumo, en el lugar de residencia habitual del consumidor y en el resto de contratos, se entenderá celebrado en el lugar de residencia habitual del prestador o parte con la prestación característica (F. Burgueño, 2010).

En los casos de controversias de Derecho Internacional Privado con Estados no integrantes del Código de Bustamante, Venezuela aplicará la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, tanto para las reglas de elección de foro, como para la competencia judicial. Sobre la competencia, el artículo 40 de la ley plantea una serie de precisiones sobre el foro nacional en acciones de contenido patrimonial, por la cuales será competente la jurisdicción venezolana cuando las obligaciones deban cumplirse en el territorio de la república, el contrato haya sido celebrado en este o las obligaciones se desprendan de hechos verificados en dicho territorio (Congreso de la República de Venezuela, 1998).

Sobre el conflicto de leyes en las obligaciones en general, la Ley contempla un análisis similar al test de conexiones mínimas, planteando como factor de conexión a la vinculación entre la obligación y un ordenamiento jurídico, mas contempla una serie de factores, como los elementos objetivos y subjetivos desprendidos del contrato, para determinar dicha conexión material; junto a las normas y costumbres del Derecho Mercantil Internacional, pudiendo entonces tomar en consideración factores decisivos de otras legislaciones como costumbre. Sobre los hechos ilícitos, por otro lado, se entenderá aplicable la ley del lugar donde se hayan producido los efectos, de forma similar a lo planteado por otras jurisdicciones (Congreso de la República de Venezuela, 1998).

Conclusiones

El ciberespacio, como el espacio común global por el cual es posible entablar relaciones jurídicas a escala internacional, no solo puede entenderse como una gama intangible de información, ni mucho menos un conglomerado independiente de las personas, su comprensión como un espacio común global, con características mixtas e incidencia internacional, es de vital importancia para aprovechar las ventajas presentes en dicho fenómeno y afrontar con posición estable los desafíos generados con sus manifestaciones.

De esta forma, sí es posible entablar relaciones comerciales, ejercer actos de comercio, contratar por medios digitales y afectar positivamente o negativamente el patrimonio de otras personas dentro del ciberespacio; no puede dudarse de la incidencia generada por estos medios, sin importar su inmaterialidad, a los Estados donde pueden presentarse y, en especial, donde estos se desean presentar. Es así como se configura el llamado 'Principio de Incidencia Internacional de los Medios Digitales', por el cual las actuaciones dentro del ciberespacio podrán verse sujetas a las regulaciones normativas estatales de donde pretenden visualizarse o surtir efectos de forma sustancial, directa o previsible.

Este elemento, ponderado con base a una consideración material de efectos esperados por el actor de los mismos, se traduce en la necesidad de las empresas venezolanas de conocer las posibles implicaciones relativas a actuaciones dentro del comercio electrónico, en donde se incluye, junto la transacción comercial misma, las actuaciones preparatorias a esta. Plasmar herramientas de accesibilidad en función del idioma, símbolos distintivos de un territorio, cuantificación de los bienes o servicios ofrecidos en una moneda particular y otros elementos de similar carácter, ya sea en páginas web o perfiles sociales; pueden ser elementos vinculantes a una jurisdicción particular y hacer competente a jueces extranjeros del conocimiento de acciones sobre dichas actuaciones en el ciberespacio.

Aun cuando no existe una normativa internacional sobre el comercio electrónico o regulación multilateral especial en relación al ciberespacio, existen mecanismos internos y costumbre internacionales con la capacidad de señalar ciertas consideraciones aplicables, en mayor o menor medida, al caso del ciberespacio, aunado a las recomendaciones y estudios jurídicos promovidos por organizaciones internacionales como la CNUDMI.

Respecto a las obligaciones extracontractuales, existe una regla mantenida en todas las corrientes estudiadas, con la cual se considera competente y aplicable la ley del lugar donde se produjo el daño, independiente de donde haya iniciado la acción. Sobre las obligaciones contractuales, especialmente en el caso del comercio electrónico, la costumbre internacional se inclina a la elección del foro y la ley aplicable en ejercicio de la voluntad contractual, dicha prerrogativa se encuentra resguardada por todas las legislaciones analizadas, siempre limitadas bajo las consideraciones de un vínculo material con la legislación elegida.

Pero en ausencia de elección de foro, como práctica negligente y riesgosa para la protección de los intereses de las partes en una relación de trascendencia global, como es el caso de las actuaciones por medios digitales en el ciberespacio, genera un conjunto de conflictos jurisdiccionales desatendidos por los Estados en un sentido amplio, los cuales se han limitado a precisar la forma con la cual se enmarcan las actuaciones digitales en relación a las actuaciones físicas o materiales. Las normativas sobre mensajes de datos se han convertido en una herramienta accesoria para hacer efectivas las operaciones digitales bajo una equivalencia funcional, pero no resuelven otra serie de conflictos generados por la naturaleza transnacional del ciberespacio.

La ausencia de un lugar de celebración en los contratos electrónicos o, en los casos de bienes inmateriales, la inexistencia material de un sitio de ejecución de las obligaciones, por encontrarse ambas consideraciones inmersas en el “mar” cibernético. Todos estos elementos deben ser precisados, con el fin de poder adecuar leyes anteriores o de lleno obsoletas, por medio de ficciones legales, como se ha realizado en ciertos Estados europeos; pero más allá de remendar legislaciones con nuevas precisiones limitadas, los Estados deben iniciar un proceso de modernización de sus normas.

Ya no son buques, aeronaves o cohetes los medios transnacionales de conexión por excelencia para configurar relaciones jurídicas internacionales, pues con el ciberespacio hablamos de vehículos accesibles para la generalidad de personas, con la posibilidad de ‘navegar’ un espacio casi infinito y encontrarse en un punto medio con otras, entablar relaciones sociales y concretar transacciones jurídicas instantáneas, con efectos reales en el mundo físico y a una escala internacional.

El ciberespacio tiene un valor político, económico, social e incluso militar indudable, no es suficiente la mera regulación de los efectos más disruptivos de ella, es fundamental el planteamiento de una robusta legislación dirigida al espacio mismo, la cual permita una verdadera protección jurídica de las personas frente a su interacción, por este medio, con el resto del mundo y el impacto de estas a cada uno de los Estados.

Referencias

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1996. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico**. Resolución 51/162 de la Asamblea General. New York.

ASAMBLEA NACIONAL. 2001. **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas**. En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 37.076.

CAKEBREAD, Caroline. 2017. **You’re not alone, no one reads terms of service agreements**. Business Insider. Disponible en www.businessinsider.com [Visitado el 23 de octubre de 2020]

CARMONA, Wilmer. 2010. **Manual de Derecho Internacional Privado**. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2019. **Notas sobre las principales cuestiones relacionadas con los contratos de computación en la nube**. Naciones Unidas. Vienna.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1998. **Ley de Derecho Internacional Privado**. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.º 36.511. Caracas.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA. 1932. **Código de Bustamante**. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela. Número Extraordinario 9 de abril de 1932. Caracas.

DAVIDSON, Alan. 2009. **The Law of Electronic Commerce**. Cambridge University Press. Cambridge.

DENMARK, Abraham; MULVENON, James. 2010. "Contested Commons: The Future of American Power in a Multipolar World". En **Contested Commons: The Future of American Power in a Multipolar World**. Center for a New American Security. Washington. Pág. 3 - 48

DEPARTMENT OF DEFENSE. 2016. **Strategy for Operations in the Information Environment**. Disponible en dod.defense.gov [Visitado el 17 de julio de 2020]

EMARKETER. 2019. **Social Media Activities Performed by US Social Media Users, by Platform, Feb 2019**. Disponible en www.emarketer.com [Visitado el 23 de octubre de 2020]

FANGFEI WANG, Faye. 2010. **Internet Jurisdiction and Choice of Law**. Routledge. New York.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Pablo. 2010. **Lugar de Celebración del Contrato Electrónico**. Disponible en www.pablofb.com [Visitado el 25 de noviembre de 2020]

GOBIERNO DE ESPAÑA. 2019. **Estrategia Nacional de Ciberseguridad**. Orden PCI/487/2019. Disponible en www.dsn.gob.es [Visitado el 17 de julio de 2020]

GOOGLE, 2020. **Cookie: definición**. Disponible en support.google.com [Visitado el 22 de noviembre de 2020]

HILDEBRANDT, Mireille. 2013. "Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Gotius in Cyberspace". En **The University of Toronto Law Journal**. Vol. 63 N° 2. Toronto. Pág. 196 - 224

INSTITUTE FOR RESEARCH ON INTERNET AND SOCIETY (IRIS). 2017. **Jurisdiction and conflicts of law in the digital age**. Disponible en irisbh.com.br. [Visitado el 22 de junio de 2020]

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). 2012. **ISO/IEC 27032:2012**. Disponible en www.iso.org [Visitado el 23 de noviembre de 2020]

JOHNSON, David; POST, David. 1996. "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace". En **Stanford Law Review**. Vol. 48 N°5. Stanford. Pág. 1367 - 1402

KOHL, Uta. 2007. **JURISDICTION AND THE INTERNET Regulatory Competence over Online Activity**. Cambridge University Press. Cambridge.

KULESZA, Joanna. 2012. **International Internet Law**. Routledge. New York.

KUTT NEBRERA, Alexander. 2015. "La Importancia de Dominar los Global Commons en El Siglo XXI". En **Documento Marco**. Instituto Español de Estudios Estratégicos. España. Pág 1 - 21

LA ROCHE, Humberto. 1987. **Derecho Constitucional. Parte General**. Vadell hermanos Editores. Valencia.

LLOVERA, Mariela. 2016. **Comercio Electrónico en Venezuela**. Nayma Consultores. Disponible en naymaconsultores.com [Visitado el 22 de junio de 2020]

MARURER, Tim; MORGUS, Robert. 2014. **Compilation of Existing Cybersecurity and Information Security Related Definitions**. New America. *Non locus*.

OYARZÁBAL, Mario. 2006. “La Ley Aplicable a los Contratos en el Ciberespacio Transnacional”. En *DeCITA*. N° 5-6. España. Pág. 129 - 152

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2000. **Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico)**. Diario Oficial de la Unión Europea.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2007. **Reglamento (CE) N.º 864/2007 (Roma II)**. Diario Oficial de la Unión Europea.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2008. **Reglamento (CE) N.º 593/2008 (Roma I)**. Diario Oficial de la Unión Europea.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2015. **Reglamento (UE) N.º 1215/2012 (Bruselas I) del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo**. Diario Oficial de la Unión Europea.

RATTRAY, Greg; EVANS, Chris; HEALEY, Jason. 2010. “American Security in the Cyber Commons”. En *Contested Commons: The Future of American Power in a Multipolar World*. Center for a New American Security. Washington. Pág. 137 - 176

ROUSSEAU, Charles. 1966. **Derecho Internacional Público**. Ediciones Ariel. Barcelona.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. 2007. **Sentencia de 29/03/2007**. Exp. N.º 2005-000635. Caracas.

UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (ITU). 2019. **Statistics**. Disponible en www.itu.int [Visitado el 23 de octubre de 2020]

VEGA CLEMENTE, Virginia. 2015. “Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico”. En *Anuario de la Facultad de Derecho*. N.º 32. Universidad de Extremadura. Badajoz. Pág 1 - 28

WARD, Burke; SIPIOR, Janice; VOLONINO, Linda. 2016. “Internet Jurisdiction for E-commerce”. En *Journal of Internet Commerce*. Vol. 15 N° 1. London. Pág. 1 - 17