

AFECCIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Arelis Falcón Lizarraga

Abogada (UJMV) Especialista en Derecho Procesal Civil (USM), estudiante de Maestría de Derecho Constitucional (UCAB), estudiante del Doctorado en Derecho (UCAB). Profesora de pregrado de la (UCSAR). Profesora de la especialidad de Procesal Civil (USM)

Resumen: Las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización, lo cual produjo la necesidad de establecer nuevas reglas, conductas e instituciones tendentes a unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional. De esta forma se ha dado respuesta a los requerimientos de los operadores del comercio en relación con aspectos cruciales para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales, ya que la tecnología ha modificado los hábitos de los ciudadanos del mundo, del comercio y de los consumidores. A nivel mundial, la mayoría de las legislaciones admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos, ello a partir de la promulgación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En Venezuela, es incipiente la regulación del comercio electrónico, ya que si bien se encuentran en vigencia normas jurídicas tanto en la Constitución, así como la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley sobre Delitos Informáticos, todavía faltan muchas más.

Palabras clave: Seguridad jurídica, comercio electrónico

IMPACT OF LEGAL SECURITY IN ELECTRONIC COMMERCE

Abstract: Commercial transactions do not escape the globalization process, which produced the need to establish new rules, behaviors and institutions aimed at unifying the structures and organizational mechanisms of the international community. In this way, the requirements of commercial operators have been given an answer in relation to crucial aspects for the legal security of international transactions, since technology has modified the habits of world citizens, commerce and consumers. At a global level, most legislation admits the validity and effectiveness of contracts carried out through electronic means, since the promulgation of the Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law. In Venezuela, the regulation of electronic commerce is incipient, since although legal norms are in force both in the Constitution, as well as the Law on Data Messages and Electronic Signatures and the Law on Computer Crimes, many more are still missing.

Keywords: Legal security, electronic commerce

INTRODUCCIÓN

La globalización¹ es un fenómeno que impacta todas las operaciones y transacciones a nivel mundial. Emergió ante la necesidad de expansión del sistema comercial global, trayendo consigo la necesidad de establecer mecanismos tecnológicos y jurídicos para regular las relaciones comerciales internacionales².

Las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización que surgió frente a la necesidad de expansión del sistema comercial, que hizo menester establecer una nueva normativa e instituciones tendentes a unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional.

El hecho de la integración de mercados y de la globalización de las economías determinó, en su momento, la necesidad para esta área del derecho de responder a los requerimientos de los operadores del comercio internacional en relación con aspectos cruciales para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales.

El origen de los contratos electrónicos es la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y comercial, los cuales cada vez adquieren mayor relevancia, producto de la implementación de grandes redes de comunicación telemática, como el Internet; que facilita la contratación entre personas de manera remota, al tiempo que ofrece nuevos métodos, productos y servicios de naturaleza informática.

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones a nivel mundial, admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos, ello planteado formalmente a partir de la promulgación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en cuyo artículo 11 regula la validez y formación de los

¹ Conviene admitir que en la actualidad hay quienes opinan que la globalización ha desaparecido como fue concebida o está en vías tales; pero ése no es el propósito de este trabajo. Por otra parte, no cabe duda de que la noción de globalización continúa como efecto de la revolución tecnológica y la nueva realidad mundial.

² PISARELLO, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las Vías Del Cosmopolitismo Jurídico”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 159.

contratos electrónicos, estableciendo para ello que: “En la formación del contrato, de no convenir las partes en 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”.

En Venezuela, el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, configura, según su exposición de motivos, un marco legal para la celebración de negocios y actos jurídicos, empleando para ello los medios electrónicos; así como de los mensajes de datos y firmas electrónicas, con el propósito que dichos mensajes de datos sean trascendentes en el ámbito jurídico; en cuyo artículo 15 establece: “En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y la aceptación se realicen por medio de un mensaje”. Además de ello, resalta el hecho que el Decreto Ley, establece una equivalencia funcional entre la firma autógrafa y la firma electrónica, una vez sean cumplidos ciertos requisitos.

Asimismo, es de resaltar que, si bien el Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes, y que el Código Civil es considerado como norma supletoria para aquellos vacíos que no se cubren en la ley mercantil. En nuestro país es incipiente la regulación del comercio electrónico, ya que si bien se encuentran en vigencia normas jurídicas que reglan de alguna manera las transacciones y los mensajes de datos y firmas electrónicas; dichas disposiciones normativas no contemplan expresamente las formas y condiciones para la celebración de los contratos electrónicos, y así poder cubrir como corresponde su operatividad y regular a cabalidad el comercio electrónico, tomando en consideración las particularidades de este tipo de negocio jurídico, frente a las condiciones establecidas para el comercio tradicional. La nueva realidad reseñada influye en la seguridad jurídica que corresponde a esta nueva manifestación socio jurídica; de manera que hizo falta atenderla, aunque todavía quedan aspectos pendientes que complementen esa seguridad global.

AFECTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización surgido de la necesidad de expansión del sistema comercial, que hizo menester establecer reglas claras para unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional que funciona dentro de este esquema funcional. Es parte de la seguridad jurídica.

Para Pisarello³, desde su gestación, a mediados de la década de los ochenta, y sobre todo con su creciente difusión, el concepto de globalización ha pasado a constituir un elemento omnipresente en toda reflexión teórica que pretende dar cuenta acabada sobre la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin del siglo pasado y comienzos del actual.

Por su parte, Zapata Arbeláez⁴ afirma que el nacimiento y auge de la llamada *red de redes* o internet constituye un acontecimiento de importancia enorme dentro del Derecho Internacional Privado. El hecho de la integración de mercados y de la globalización de las economías determinó en su momento la necesidad para esta área del derecho de responder a los requerimientos de los operadores del comercio internacional en relación con aspectos cruciales para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales.

En ese sentido, tratándose de la globalización de un proceso de expansión del sistema comercial, puede colegirse que este fenómeno deviene de los intereses de los productores y comerciantes de los países de mayor desarrollo; aunque debemos resaltar que el comercio internacional se extiende a todos los países.⁵ De allí que la internacionalización de las actividades

³PISARELLO, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las Vías Del Cosmopolitismo Jurídico", en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 159.

⁴ZAPATA ARBELÁEZ, Adriana, "Ley Aplicable y jurisdicción competente en conflictos surgidos en la contratación comercial electrónica", en *Derecho del Comercio Electrónico*, Biblioteca Jurídica Diké, Primera Edición, Medellín, 2002, p. 213

⁵PADRÓN AMARÉ. Algunas reflexiones sobre los efectos de la internacionalización de las actividades económicas en relación con las formas societarias, la comercialización de bienes y servicios y la tributación. Derecho mercantil, XXIX jornadas "J.M. Domínguez Escovar". Barquisimeto Tribuna Jurídica de Venezuela. Tipografía y Litografía Horizonte C.A. Barquisimeto-Venezuela. 2004.13 - 14.

económicas avanzadas sea un producto directo del desarrollo económico aparejado al desarrollo tecnológico.

Producto de ese avance tecnológico que impacta el mundo, se han creado sistemas de comunicación que se utilizan con múltiples propósitos, uno de los más importantes es el comercio electrónico.

Para Velandia Ponce⁶, esa sociedad de información se arraiga cada vez más en las relaciones humanas, específicamente a través del sistema de internet, que además de un nuevo lenguaje universal, ha creado canales ideales de acercamiento que tienden a su masificación internacional, convirtiéndose en un indispensable sistema de comunicación, caracterizado por su bajo costo, por su rapidez y su eficiencia.

Además el autor argumenta que la tecnología ha modificado los hábitos de los ciudadanos del mundo, del comercio y de los consumidores. Las redes computarizadas de interconexión, como es internet, imponen un cambio en las pautas de comportamiento, con incidencia en las relaciones sociales que se involucran de formas distintas. Se está presentando una nueva forma de comprender las relaciones humanas, se ha creado inclusive un nuevo vocabulario. Esa nueva forma de relacionarse y de entenderse ha provocado cambios profundos en las formas de contratación.

El origen de los contratos electrónicos es la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y comercial; los cuales cada vez adquieren mayor relevancia, producto de la implementación de grandes redes de comunicación telemática, como internet; que facilita la contratación entre personas de manera remota, al tiempo que ofrece nuevos métodos, productos y servicios de naturaleza informática.

En este orden de ideas, los contratos electrónicos no tienen como punto de referencia el objeto de la prestación, sino la forma en que las partes se obligan, entrando en esta categoría todos

⁶VELANDIA PONCE, P. Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la colección de libros homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley n° 14, volumen ii, Caracas-Venezuela. 2004. 730.

aquellos contratos que se realizan mediante la utilización de algún elemento electrónico que intervenga en el proceso de formación de la voluntad de los contratantes⁷.

La autora Rico Carrillo, al referirse a la intervención de un medio electrónico para la formación del contrato, mencionó una diversidad de instrumentos que facilitan la contratación entre personas ubicadas en espacios físicos diferentes, tales como: el télex, el teléfono, el fax, la videoconferencia, el uso de redes cerradas de comunicación entre empresas, y, por supuesto, el internet. Y agregó que la esencia del contrato electrónico radica en el medio utilizado en la contratación, independientemente del objeto sobre el cual recae el acuerdo, pudiendo existir contratos informáticos celebrados por medios electrónicos, como sucede en el caso de la venta de un software a través de internet.

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones a nivel mundial, admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos. Lo que hay que tratar ahora es unificar en lo posible esas legislaciones para conseguir coherencia entre sí, en beneficio de la seguridad jurídica integrada.

A propósito de lo anterior, en diciembre de 1997 se celebró una declaración conjunta dirigida a la creación de otra Ley Modelo relativa a los contratos electrónicos, suscrita por los Estados Unidos y países de la Unión Europea, en la cual, entre otros postulados, se reconoció el avance indetenible de la globalización, que imponía la necesidad de establecer un marco jurídico de regulación internacional de las transacciones y negocios celebrados a través de internet; ello con el fin de trabajar en conjunto, para desarrollar un mercado global, en el cual la competencia y posibilidad de elegir del consumidor marcaran la pauta a nivel económico.

En Venezuela, el Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁸ señala en su exposición de motivos, que se configura el marco legal para la celebración de

⁷RICO CARRILLO, M. (2004). El contrato electrónico como fuentes de obligaciones, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la colección de libros homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley n° 14, volumen II, Caracas-Venezuela, página 388.

⁸Decreto con Fuerza de Ley 1204 sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

negocios y actos jurídicos empleando para ello los medios electrónicos, con el propósito que dichos mensajes de datos sean trascendentes en el ámbito jurídico. Éste puede considerarse un punto de partida para darle legalidad al contrato electrónico y por lo tanto, el inicio de la seguridad jurídica a través de su legitimación.

La contratación a través de medios electrónicos es una realidad que invade de forma creciente las diferentes esferas del comercio⁹. Las innovaciones que se producen en esta rama de las nuevas tecnologías son constantes; y es por ello por lo que han surgido normas de regulación jurídica en lo relativo al desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías para la protección de las personas, y así evitar que resulten rebasadas por los efectos que los medios de información modernos traen a menudo consigo. Esas innovaciones traen como consecuencia la necesidad de revisión permanente del texto legal para reforzar la seguridad jurídica del caso.

De acuerdo a lo señalado por Velandia Ponce¹⁰ el cual advirtió que la contratación electrónica ha abierto nuevas fuentes de trabajo, ha facilitado mejoras en la productividad de los individuos y de las empresas, ha reducido costos para todos; en fin, ha producido beneficios que hasta hace poco tiempo podían parecer insospechables. Pero ese mismo desarrollo ha irrumpido tan rápidamente que es muy fácil caer en el descontrol, en un exceso de libertades que puede atentar contra la seguridad jurídica que requieren las relaciones humanas. Es por eso, que la revisión y creación de normas acordes con los cambios tenga que marcar constantemente el comercio electrónico.

El contrato electrónico constituye una nueva modalidad contractual que se desvincula parcialmente de las disposiciones del Código Civil; y ante ello, si bien la libertad contractual sigue vigente, vemos en la práctica cómo la autonomía privada es objeto cada vez demás de

⁹VELANDIA PONCE, P. Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la colección de libros homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley n° 14, volumen ii, Caracas-Venezuela.(2004).

¹⁰VELANDIA PONCE, R. Los Contratos Electrónicos: El Futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela. (2004).

limitaciones legales, sea por razones de orden público o por exigencias de la realidad jurídica, lo cual incide en la debida seguridad jurídica para los contratantes.

Ante esta realidad, se ha tornado imprescindible la regulación jurídica de las nuevas formas de contratación electrónica que implican, en la mayoría de los casos, transferencias de fondos en instituciones de naturaleza bancaria; y además, la penalización y prevención de actividades delictivas, de manera tal de aportar seguridad jurídica a las partes inmersas en dichas negociaciones.

El surgimiento de nuevas formas de contratación ha producido además la creación de nuevas disciplinas jurídicas, tales como: el Derecho de Competencia, el Derecho de Consumo, el Derecho de la Propiedad Compartida y la Bioética, entre otros; los cuales tienen repercusiones en el campo jurídico, tanto en el derecho público como en el privado. De ahí que, al compás de las políticas integracionistas que llevan cada día a la instauración de la globalización, el desarrollo de la contratación electrónica puede ser un instrumento para lograr sus fines¹¹. Agregaremos el derecho de autor y de invención con su necesidad de innovación propia.

Aunado a ello, en su mayoría, las nuevas figuras contractuales atienden a las contrataciones masivas, típicas en las relaciones de consumo, que se distinguen de los contratos clásicos con su fisonomía mayoritaria como derivadas de negociaciones individuales. De ello puede colegirse que dichos contratos hayan sido denominados en ocasiones como contratos atípicos que devienen de la propia dinámica socio-jurídica, y es por ello por lo que las legislaciones han intervenido en pro de la justicia contractual que defiende, que se traduce en la protección al consumidor, las limitaciones al dominio, la tuición del medio ambiente y de los intereses difusos. Tal fue el criterio sostenido por una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia Venezolano.

En ese orden de ideas, la contratación electrónica dentro de sus características presenta la naturaleza de ser un contrato masivo, mayoritariamente de adhesión; y, de ahí, la mayoría de los

¹¹VELANDIA PONCE, R. Los Contratos Electrónicos: El Futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela. (2004).733

contratos masivos responde a condiciones o cláusulas preestablecidas por una de las partes del contrato; en general, la empresa o comerciante oferente le impone sus condiciones a la otra parte, el consumidor o contratante, sin que pueda discutir las, ni modificarlas. Es de resaltar que este tipo de contratación denominada contratos de adhesión puede conllevar a un desequilibrio, por lo que su contenido y alcance debe estudiarse a fin de verificar que se encuentren en proporción los derechos de los contratantes; o que dichas cláusulas no contraríen el orden público. Como consecuencia, si hay un desbalance entre las partes puede surgir mayor inseguridad para la parte más débil de la relación, que en este caso no es otro que el usuario o consumidor, el contratante por medios electrónicos.

Esta materia atañe el orden público como una figura supeditada al interés colectivo, no susceptible de inobservancia por causa del libre consentimiento de los contratantes, so pena de afectar de nulidad de cualquier actuación o negociación que vaya en contra del ordenamiento jurídico. Por otra parte, puede considerarse parte del debido proceso, en cuanto la formación legítima de todo contrato amerita la protección de los intereses de aquel contratante cuya suerte puede quedar afectada frente a un contrato de adhesión que lo deje en estado de vulnerabilidad social y legal: falta de seguridad jurídica.

Ante este escenario ha surgido entre distintas legislaciones, y producto de la preocupación estatal, una nueva tendencia o disciplina jurídica denominada derecho del consumo o derecho de competencia, tendente a la protección de los usuarios, por medio de la búsqueda de un equilibrio contractual, que es proclive a afectarse en la contratación en masa, para el amparo de consumidores y usuarios, denominado en algunos lugares “tutela del adherente”. Consideramos que este asunto representa una extensión al principio de la tutela legal efectiva; y, por ende, tiene que merecer la debida cobertura constitucional. Orgánicamente, es la propia justificación de la legislación protectora de los consumidores, surgida ante la necesidad de adaptar la legislación a la nueva realidad socioeconómica de todos los países, al menos los del hemisferio occidental.

Seguridad de la información

Como vivimos ahora en la sociedad de la información, es importante extender la revisión de la seguridad jurídica hasta ese campo.

Álvarez Álvarez¹² señala que la seguridad de la información proporciona los medios para controlar que un usuario no exceda las facultades que le competen en un sistema de cómputo o una red. Y enumera como componentes básicos de la seguridad de la información los siguientes:

1.-Autenticación: explicada como la verificación de la identidad de un usuario. Tiene lugar usualmente cuando un usuario se conecta a un sistema y se identifica para utilizarlo, o cuando, en una red, se inicia la transferencia de una información. Puede ser efectuada por medio de contraseñas simples, o por sistemas especiales de contraseñas, o por preguntas que sólo el supuesto usuario está en condiciones de absolver, o por procesos de reconocimiento biométrico. El grado de sofisticación del proceso de autenticación depende del nivel de riesgo asociado con el eventual acceso de un intruso.

2.-Autorización: Que viene a ser el proceso para determinar las facultades que se le otorgan a un usuario para utilizar los distintos recursos de un sistema o de una red. En un sistema de cómputo los recursos incluyen archivos de datos, comandos de operación, transacciones, dispositivos de entrada y salida de información, programas, etc. En una red los recursos incluyen comandos de operación, enrutamiento de comunicaciones, activación o desactivación de terminales, consolas de operación, etc. Por lo general las reglas de autorización obedecen a una política específica de cada empresa y son definidas mediante listas de control de acceso.

3.-Administración: Concebida como el proceso de definir, modificar y retirar usuarios, recursos o privilegios de utilización de recursos.

4.-Auditoria: Se trata del proceso de reunión y análisis de la información de control que le permite a los usuarios del sistema verificar que la actividad de los usuarios y las reglas de autorización se comportan en forma acorde con las políticas de seguridad. Para esto se implanta un proceso de registro y monitoreo que puede ser continuo, ocasional o periódico, que incluye

¹²ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. Trabajo: Transacciones y medios de pago por internet, publicado en el libro: Derecho del comercio electrónico. Biblioteca jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.(2002).

además la documentación de las actividades de los administradores y auditores del sistema o de la red para verificar que no abusen de sus privilegios de acceso.

5.-Criptografía: representa el uso de técnicas matemáticas para manipular y cambiar el orden de los datos para que no puedan ser restablecidos en su forma original sin el consentimiento del algoritmo de encriptación y de la clave de desencriptación. También puede ser utilizada para calcular valores de autoverificación que permitan detectar modificaciones accidentales o intencionales de los datos originales. Puede ser usada además para transmitir la identificación autenticada de los usuarios, para proteger la confidencialidad y la integridad de los datos, y para verificar la fuente de los datos. Mediante el uso de la firma digital, la criptografía puede mejorar el proceso de autenticación y darle mayor certificación.

Seguridad jurídica y firmas electrónicas

Jurídicamente, el mejor apoyo para crear seguridad jurídica a los mensajes de datos que circulan por las redes de internet es el de las llamadas Firmas Electrónicas, instauradas ya internacionalmente por todos los países.

Los sistemas de información de redes, tanto abiertas como cerradas, están expuestos a innumerables riesgos y amenazas, y por consiguiente, también los atributos de la información: su integridad, autenticidad y su confidencialidad, se encuentran amenazados por actividades ilícitas tales como el espionaje y el sabotaje informático, ataques de virus, entre otros.

En tal razón, a fin de minimizar tales riesgos y amenazas, y procurar la protección de la información, se han implementado mecanismos tales como cortafuego, sistemas antivirus y sistemas de autenticación de firmas electrónicas, cuyo funcionamiento y demás atributos son objeto de regulación normativa.

Dicho lo anterior, es de resaltar que diariamente se utiliza la firma electrónica para la contratación privada o pública por vía electrónica, entre comerciante/empresa y consumidor, y entre empresas entre sí, o incluso entre los mismos consumidores finales; y funciona mediante un sistema de cifrado o encriptación, para lo cual se utiliza una clave para tener acceso a la

información. En sí funcionan dos claves: una privada y una pública, la primera de ellas es de uso exclusivo del emisor o titular de la firma electrónica, y la clave pública es para que el receptor de la información pueda tener acceso a la misma. De eso se trata la Firma Electrónica.

El Decreto con Fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) regula en forma genérica la celebración de negocios y actos jurídicos empleando para ello los medios electrónicos con el propósito de que dichos mensajes de datos sean veraces o validables en el ámbito jurídico. Además de ello, resalta el hecho que el Decreto Ley establece una equivalencia funcional entre la firma autógrafa y la firma electrónica, claro que una vez sean cumplidos ciertos requisitos.

Respecto a la firma electrónica, la Sala Constitucional¹³ dejó sentado que constituye una herramienta tecnológica que forma parte de las llamadas tecnologías de la información, que están aludidas en el artículo 8 de la ley antes mencionada, en lo concerniente al área de tecnologías de información, comprende, además, el establecimiento de políticas sobre la generación de contenido en la red.

La firma manuscrita ha sido tradicionalmente la expresión de consentimiento más frecuente y habitual, por lo que puede afirmarse que la firma en entornos físicos garantiza fundamentalmente el atributo de autenticidad de la información. No obstante, en la medida que el uso y circulación de la información digital se ha generalizado, han surgido en las relaciones jurídicas las firmas electrónicas, que también constituyen herramientas confiables, pero con características diferentes porque se utilizan en redes de comunicación cerradas o abiertas, como por ejemplo el internet y las redes utilizadas para transferencias bancarias de manera interna.

En líneas generales, la manifestación de voluntad (consentimiento) crea vínculos y produce obligaciones; no obstante, para ello es menester conocer a quién concierne dicha manifestación de voluntad, y si dicho consentimiento se corresponde con lo efectivamente

¹³ Sentencia N° 1248 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de diciembre de 2022. Tomada de la página web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322165-1248-151222-2022-20-0396.HTML>. Consulta realizada el 19 de julio de 2023

expresado por el pactante. De ello surgen las cuestiones relativas a la identidad de las partes y el contenido del mensaje. Es un elemento indispensable para la seguridad jurídica, que en el caso de la contratación electrónica opera diferente.

Así, en los documentos escritos es menos complicado establecer su autoría con la firma autógrafa de quien suscribe, y vincular así el respectivo contenido con la manifestación de voluntad allí plasmada. Caso distinto ocurre con los documentos electrónicos, en virtud de que, para darle validez al consentimiento manifestado, debe existir un soporte informático basado en técnicas de control que permitan garantizar la integridad del mensaje, esto es, la coincidencia entre el emisor, la manifestación emitida y la comunicación recibida.¹⁴

Respecto de ello, el Decreto con Fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001)¹⁵, en el artículo 16 dispone:

La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos. A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto.

Dicha norma se complementa con las disposiciones del artículo 17 del mismo Decreto Ley, que dispone: La Firma Electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

La firma electrónica avanzada siempre está basada en un certificado reconocido, y una vez que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma tendrá, respecto de

¹⁴MADRID PARRA, A. Trabajo: El negocio jurídico electrónico. Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Díké, primera edición, Medellín-Colombia.2002.

¹⁵Decreto con Fuerza de Ley 1204 sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales¹⁶. De ello se colige que luego de probar en el proceso que la firma electrónica cumple con tales requisitos, equivaldrá a la firma autógrafa.

Incluso, cuando el certificado fuere emitido por un proveedor de servicios de certificación extranjero, tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocida a los certificados nacionales, siempre que tales certificados sean garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación, acreditado en el país; no obstante, los certificados electrónicos extranjeros, no garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación acreditados para actuar en el país, podrán constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica, según el artículo 4 del citado Decreto Ley.

Según Velandia Ponce¹⁷, la norma en comento enumera los aspectos que debe cumplir la firma electrónica:

1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente su confiabilidad.
2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
3. No alterar la integridad del mensaje de datos.
4. La firma debe estar debidamente certificada.

Aunado a ello, la firma electrónica dice el citado autor que requiere de una participación tripartita:

¹⁶ MADRID PARRA, A. Trabajo: El negocio jurídico electrónico. Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín-Colombia. (2002).

¹⁷VELANDIA PONCE, R. Los Contratos Electrónicos: El Futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela. (2004).

a) El firmante: Que según el artículo 2 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas¹⁸, alude a tres formas:

1. Persona como sujeto jurídicamente hábil susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, 2. Emisor: persona que origina el mensaje de datos por sí mismo o a través de terceros autorizados, 3. Signatario es la persona titular de una firma electrónica o certificado electrónico, es el autor o persona que crea una firma electrónica a través de un dispositivo de creación de firma, que son códigos datos o claves privadas de confirmación única.

b) El certificador: Persona física o jurídica, un tercero en la relación, suficientemente acreditado que brinda confiabilidad suficiente de su servicio y que se traduce en seguridad jurídica de las comunicaciones por medios informáticos y telemáticos, cuya actividad debe ser regulada legalmente para que se produzca tal confiabilidad. En la Ley se le denomina prestador de servicios de certificación y lo define como persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en dicho decreto ley.

El certificado se reconoce como una constancia o clave pública, y viene a ser un documento electrónico emitido por una autoridad certificadora que permite la identificación segura del proveedor de la firma, evitando su suplantación identificativa por terceros.

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, contempla esta actividad a través de los proveedores de servicios de certificación que pueden ser personas naturales o jurídicas, y cuya acreditación depende de una superintendencia de servicios de certificación electrónica. El artículo 38, establece que:

El certificado electrónico garantiza la autoría de la firma electrónica y la integridad del mensaje de datos, pero no le confiere autenticidad o fe pública como la que le otorgan los funcionarios públicos a los actos y documentos que ellos suscriben.

¹⁸ Decreto con Fuerza de Ley 1204 sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Es preciso acotar, que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹, en sentencia número RC 000369, con respecto a los artículos 4 y 38, estableció que la valoración de las impresiones de documentos electrónicos debe efectuarse conforme a lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, y como consecuencia, deben estimarse como prueba y además, resaltó que lo ideal es que se tenga registrada la firma electrónica del correo para que quede constancia del remitente a través de los mecanismos pautados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), que es un servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, creado mediante el Decreto- Ley N° 1.204 de fecha 10 de febrero de 2001, sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

c) El tercero o el destinatario: Con base a criterios de confianza acepta el contenido de la información que equivale al tercero de buena fe; no tiene que ser, necesariamente, una contraparte en la relación contractual, sino aquel que cree en el certificado que determina la identidad entre el autor de una firma electrónica y la información que se presenta.

Para Oberto Vélez²⁰, el problema de la autoría en el documento electrónico se resolvió a través de la firma electrónica, considerando para ello que se va más allá al mantener los mismos elementos de la firma manuscrita, y además expresarse la integridad, fecha, hora y los datos de la recepción mediante técnicas de sellamiento electrónicos.

Además de ello, es importante mencionar que para Urdaneta Benítez²¹, la firma electrónica otorgada en las formas y condiciones previstas en las leyes que la regulan ofrece grandes beneficios para los usuarios, tanto desde el punto de vista tecnológico como jurídico, al garantizar

¹⁹ Sentencia N° RC000369 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de junio de 2016. Tomada de la página web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188346-RC.000369-15616-15-909.HTML>. Consulta realizada el 15 de marzo de 2023.

²⁰OBERTO VÉLEZ, C. Derecho Procesal e Informática, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona N° 5, volumen I, Caracas-Venezuela. (2002).

²¹URDANETA BENÍTEZ, J. Los Mensajes de Datos y la Firma Electrónica (Seguridad Jurídica que ofrecen y Valor Probatorio). Serie Tesis 5, Academia de Ciencias políticas y Sociales. Caracas-Venezuela. (2010).

la seguridad y la confidencialidad de que gozarán los documentos electrónicos, así como las transacciones firmadas que se realicen a través de medios telemáticos.

Legislación nacional respecto de los contratos electrónicos

El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes, y en su artículo 3 reconoce como actos de comercio a cualquier contrato y obligación de los comerciantes, si no resulta contrario al acto de que se trate, y si dichas transacciones no son de naturaleza eminentemente civil. Según el artículo 9 *ejusdem*, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo.

Por otro lado, el Código Civil es considerado como norma supletoria para aquellos vacíos que no se cubren en la ley mercantil; y en cuyo artículo 1.159, prevé en materia contractual el principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin más limitaciones que las derivadas de las leyes.

No obstante, es menester señalar que, en nuestro país es incipiente la regulación del comercio electrónico, ya que si bien se encuentran en vigor normas jurídicas que reglan de alguna manera las transacciones y los mensajes de datos y firmas electrónicas, dichas disposiciones normativas no contemplan expresamente las formas y condiciones para la celebración de los contratos electrónicos en su respectiva aplicación al comercio electrónico, tomando en consideración las particularidades de este tipo de negocio jurídico frente a las condiciones establecidas para el comercio tradicional.

A tal efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 110 reconoce el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones, y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país; así como para la seguridad y soberanía de la nación; y además dispone que las formas y condiciones para el cumplimiento de dicha garantía

deberán ser previstas en la Ley. Y respecto de ello, la Sala Constitucional²² reafirmó el carácter de interés público que revisten las actividades científicas, tecnológicas, de innovación y sus aplicaciones para el ejercicio nacional en todos los ámbitos de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Por su parte, el artículo 112 de la Carta Magna contempla como un derecho la libertad económica, y como consecuencia, todas las personas podrán dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las Leyes, sin que sean permitidos los monopolios (artículo 113), dejando la posibilidad de intervención del Estado en la actividad comercial.

La exposición de motivos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas LMDFE, como se dijo, configura el marco legal para la celebración de negocios y actos jurídicos, empleando para ello los medios electrónicos, con el propósito que dichos mensajes de datos sean trascendentes en el ámbito jurídico, sin embargo, no regula expresamente los supuestos de hecho para el desarrollo de dichas actividades.

Finalmente, la Ley sobre Delitos Informáticos, cuya finalidad es la protección integral de los sistemas que hagan uso de tecnologías de información, así como la prevención y sanción de las conductas o acciones contrarias a derecho que se realizan en el entorno digital contra tales sistemas o cualquiera de sus componentes; o de los delitos cometidos implementando dichas tecnologías.

Ante ello es de resaltar, que si bien las disposiciones normativas antes mencionadas no contemplan de forma expresa el comercio electrónico y sus actividades conexas, le sirven de marco regulador de los negocios jurídicos celebrados por medios telemáticos, así como las consecuencias que de ellos se derivan.

²² Sentencia N° 1248 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de diciembre de 2022. Tomada de la página web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322165-1248-151222-2022-20-0396.HTML>. Consulta realizada el 19 de julio de 2023.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización que apareció junto con la necesidad de expansión del comercio internacional, que hizo menester establecer reglas, conductas e instituciones tendentes a unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional.

El hecho de la integración de mercados y de la globalización de las economías determinó en su momento la necesidad para esta área del derecho para responder a los requerimientos de los operadores del comercio internacional, en relación con aspectos cruciales, para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales, ya que la tecnología ha modificado los hábitos de los ciudadanos del mundo, del comercio y de los consumidores.

Las redes computarizadas de interconexión, como es internet, imponen un cambio en las pautas de comportamiento, con incidencia en las relaciones sociales que se involucran de formas distintas. Se está presentando una nueva forma de comprender las relaciones humanas, hasta se ha creado un nuevo vocabulario. Esa nueva forma de relacionarse y de entenderse ha provocado cambios profundos en las formas de contratación.

El origen de los contratos electrónicos es la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y comercial; los cuales cada vez adquieren mayor relevancia, producto de la implementación de grandes redes de comunicación telemática, como el Internet; que facilita la contratación entre personas de manera remota, al tiempo que ofrece nuevos métodos, productos y servicios de naturaleza informática.

Han sido todos factores concomitantes para requerir una nueva visión en el abordaje de la seguridad jurídica que corresponde ser aplicada.

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos. A partir de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que reguló la validez y formación de los contratos electrónicos, aunque no precediera el convenio expreso de las partes

siguieron nuevos textos legales. Luego se celebró una declaración conjunta dirigida a la creación de otra Ley Modelo relativa a los contratos electrónicos, suscrita por los Estados Unidos y países de la Unión Europea, la cual reconoció el avance indetenible de la globalización, que imponía la necesidad de establecer un marco jurídico de regulación internacional de las transacciones y negocios celebrados a través de internet; ello con el fin de trabajar en conjunto, para desarrollar un mercado global, en el cual la competencia y posibilidad de elegir del consumidor marcaran la pauta a nivel económico (diciembre 1997). Y así sucesivamente siguieron nuevas creaciones legales internacionalmente. En Venezuela, la materia quedó a cargo de la LMDFE. Algunos vacíos han tenido que ser cubiertos por la jurisprudencia.

La contratación a través de medios electrónicos es una realidad que invade de forma creciente las diferentes esferas del comercio. Las innovaciones que se producen en esta rama de las nuevas tecnologías son constantes; y es por ello, que continuarán surgiendo normas de regulación jurídica que apliquen al desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías, teniendo particular cuidado con la protección de las personas, y así evita. Luego resulta necesaria la penalización y prevención de actividades delictivas, de manera tal de aportar seguridad jurídica a las partes involucradas en negociaciones ilícitas de naturaleza delictual. Son todos apuntamientos hacia la mayor seguridad jurídica que tiene que imperar dentro del mundo tecnológico.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. (2002) Trabajo: Transacciones y medios de pago por internet, publicado en el libro: derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.
- CÓDIGO CIVIL, publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.970 del 13 de marzo de 1987 y en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.
- CÓDIGO DE COMERCIO, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 472 de fecha 17 de octubre de 1955.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.
- LEY DE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.
- LEY ORGÁNICA DE REFORMA PARCIAL DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.575 del 16 de diciembre de 2010.
- LEY ESPECIAL CONTRA LOS DELITOS INFORMÁTICOS, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.
- MADRID PARRA, A. (2002) Trabajo: El negocio jurídico electrónico, publicado en el libro: Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.

- OBERTO VELEZ, C. (2002). Derecho procesal e informática, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona N° 5, volumen I, Caracas-Venezuela.
- PADRÓN AMARÉ, O. (2004) Algunas reflexiones sobre los efectos de la internacionalización de las actividades económicas en relación con las formas societarias, la comercialización de bienes y servicios y la tributación, publicado en el libro: Derecho Mercantil, XXIX Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”. (2004). Barquisimeto Tribuna Jurídica de Venezuela. Tipografía y Litografía Horizonte C.A. Barquisimeto-Venezuela.
- PISARELLO, G. (2007). Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Editorial Trotta. Madrid, España.
- RICO CARRILLO, M. (2004). El contrato electrónico como fuentes de obligaciones, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela.
- Sentencia N° 1248 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de diciembre de 2022. Tomada de la página web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322165-1248-151222-2022-20-0396.HTML>. Consulta realizada el 19 de julio de 2023.
- Sentencia N° RC000369 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de junio de 2016. Tomada de la página web <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188346-RC.000369-15616-15-909.HTML>. Consulta realizada el 15 de marzo de 2023.
- URDANETA BENÍTEZ, J (2010). Los mensajes de datos y la firma electrónica (seguridad jurídica que ofrecen y valor probatorio). Serie Tesis 5, Academia de Ciencias políticas y Sociales. Caracas-Venezuela.
- VELANDIA PONCE, R. (2004). Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela.

ZAPATA ARBELÁEZ, A. (2002) Trabajo: Ley aplicable y jurisdicción competente en conflictos surgidos en la contratación comercial electrónica, publicado en el Libro: Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.