



PROVEEDORES EN LÍNEA: RESPONSABILIDAD JURÍDICA EN VENEZUELA (*)

(Providers on Line. Juridical responsibility in Venezuela)

Gladys Rodríguez. ()**

Universidad del Zulia - Venezuela.

RESUMEN

Este trabajo parte de la denominada Responsabilidad, uno de los problemas que suscita la transmisión de mensajes de datos. Por tal motivo, se reflexionar  en torno a las conductas que suponen infracción (daños) a los derechos de las personas, sean naturales o jurídicas, como consecuencia de la prestación de servicios o la utilización de los medios informáticos. Igualmente, se determinará el alcance de la responsabilidad, particularmente de los proveedores de servicios de certificación y los proveedores de contenido en línea, y, finalmente cuáles son los supuestos de responsabilidad civil para el Proveedor de Servicios de Certificación. La investigación es de tipo descriptiva – explicativa con base a fuentes bibliográficas, hemerográficas y legales. Concluyéndose, que la seguridad en la transmisión de mensajes dependerá de la implementación de normas jurídicas adjudicadoras de responsabilidad objetiva y subjetiva hacia los diferentes actores del proceso de transmisión.

Palabras clave: Responsabilidad, Daño, Proveedores de Servicio de Certificación, proveedores de Contenido, Procesos de Transmisi n.

ABSTRACT

This paper begins with one of the problems that come within the transmission of data messages through the different information systems that exist: the Responsibility. Therefore, reflection will be made about the conducts that suppose an infraction (damage) to artificial or natural person's rights, as consequence of the service or the utilization of informatics ways. The extension of the responsibility of the persons that must guarantee the security or certification of the data messages transmitted by *telemathic* means (*ways*) will be determined, in the case of Venezuela, it would necessarily mean to study the legal context in which the service providers develop, particularly the providers of services of certification attending to the law that regulates it in the country (Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electronicas) and the *providers of online contents* internationally, and finally which are the sanctions that can be applied to the subjects. This is an descriptive and explaining investigation based on documental sources, specially books, magazines and laws. It is concluded that security in the transmission of messages will depend on the implementation of juridical international norms that will make responsible, in subjective and objective ways, the different actors in the transmission process, and there is also needed simple and precise information about the existing technology.



Key words: Responsibility, damage, certification service providers, contents providers, transmission process.

INTRODUCCIÓN

Primeramente debe indicarse qué es un Mensaje de Datos, y se tiene que es toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, así lo define el Decreto ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica venezolana¹.

De igual forma, este Decreto, establece en su Art. 2, que un sistema de información debe entenderse como aquel medio utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma mensajes de datos. Asimismo cuando se hace referencia al Prestador de Servicios, debe indicarse que la Ley de Protección al Consumidor y Usuario², cuya reforma de diciembre de 2004, consagra en su art. 4 que debe entenderse por Proveedor a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores y usuarios.

Debe agregarse que ello puede ser a título oneroso o no, además que esta definición es válida para cualquiera de sus modalidades: Proveedor de Contenido o Proveedor de Servicios de Certificación, que es sobre quienes se hará referencia en este trabajo y a quienes se les definirá particularmente más adelante.

En el marco de la responsabilidad originada en el desarrollo del comercio electrónico se multiplican los eventuales legitimados pasivos, siendo candidatos a responder los proveedores de servicios de redes, proveedores de acceso, proveedores de contenido, los proveedores de servicios Internet y en línea, entre muchos otros.

Navegar por Internet sin problemas es una meta difícil de alcanzar. Parece como si nunca terminara de salir el sol en la Red. Pero no es lo mismo un día nublado que la oscuridad total de la noche. Y muchas veces nos quedamos sin luz por culpa de nuestro proveedor de servicios de Internet (PSI). Debería ocurrir justamente al revés, ya que nuestro proveedor tiene que ser nuestro mejor amigo en Internet.

En el caso que nos ocupa debe señalarse que la sociedad de la información, al igual que la sociedad material, supone el cumplimiento de obligaciones por parte de sus miembros, obligaciones que a veces encuentran su causa última en el mantenimiento de una serie de virtudes del género humano (deberes genéricos), y

¹ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.148 del 28 de febrero de 2001.

² Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.930 del día 4 de mayo de 2004



otras en el desarrollo pleno y eficaz de los vínculos concretos que asumen aquellos individuos por motivos en última instancia económicos (negocios jurídicos). Por ello, parafraseando a algunos autores: "... .. el mundo necesita establecer un nuevo juego de reglas adaptadas a las capacidades de las nuevas tecnologías"(Ribas, 1999; Fernández, 2001).

En algunas ocasiones se ha confundido la obligación con la responsabilidad, cuando en realidad la responsabilidad no es un elemento intrínseco de la relación obligatoria, sino un momento extrínseco de la misma y que significa una garantía, para quien en una obligación si bien asume deberes tiene también derechos, (Rodríguez, 1996).

Una interpretación estricta de las leyes del derecho conlleva a discernir acerca de esta responsabilidad y la obligación de reparar el daño injusto causado que tiene todo aquel que en este nuevo mercado de bienes y servicios informativos fabrica, programa, distribuye o vende información.

Esto encuentra en el caso venezolano su base de orden constitucional en el art. 117 cuando en defensa del consumidor y usuario consagra:

"Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada... sobre el contenido y características de los productos y servicios... la ley establecerá los mecanismos necesarios para...el resarcimiento de los daños ocasionados..."

La responsabilidad civil es el fundamento jurídico del que se hace derivar un derecho indemnizatorio, por las acciones, omisiones o incumplimiento de una obligación, cometidas por una persona, bien sea persona física o jurídica, y que han causado un daño, cualquiera que sea su naturaleza (corporal, material, patrimonial o de índole moral), y en el que haya mediado algún grado de culpa o negligencia. Que aparece como la necesidad jurídica de hacer frente a las consecuencias del obrar culpable – culposo o doloso – que ha ocasionado un daño a otro. Sus supuestos, un incumplimiento, los daños y perjuicios causados a un sujeto de derecho, el carácter culposo del incumplimiento y, por último, la relación de causalidad entre el incumplimiento culposo y el daño.

Pero no basta con la existencia de un incumplimiento para que surja la obligación de reparar; es necesario que ese incumplimiento produzca un daño, si no produce daño, nada habrá que indemnizar y, en consecuencia, no surgirá la responsabilidad civil. De allí, que básicamente la cuestión sobre la que se va a reflexionar en este trabajo, está referida a los daños que se infrinjan a las personas como consecuencia de la prestación de servicios o de la utilización de los medios informáticos, lo cual supone previamente una definición de "riesgo informático" y del régimen de responsabilidad de algunos de los actores de la sociedad digital.

Hoy la sociedad experimenta cambios bruscos, cambios especialmente en el orden jurídico - social, y por ello dado que el binomio tecnología - competitividad,



que penetra irreversiblemente en lo social, debe ser regulado es por lo que nos detenemos a analizar la responsabilidad del profesional informático, y para efectos de este trabajo, nos referimos al proveedor de servicios en cuanto sujeto técnicamente capacitado para actuar en el campo de la prestación de servicio de esta naturaleza.

No obstante la particularidad que envuelve la sociedad informática, se trata de partir de la base de la disciplina civilista para extraer "las bases normativas" de ésta y aplicarlo, con las debidas correcciones, a un fenómeno tan nuevo como la informática³.

1. Riesgo informático

A la luz de las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación, la sociedad actual puede verse inmersa en una serie de riesgos, capaces de generar daños significativos en la actividad de transmisión de mensajes de datos que continuamente se efectúan entre los distintos sujetos. Hoy, es posible crear auténticas obligaciones para las partes con sólo hacer *click*, sin embargo, los Estados han considerado en las últimas décadas la necesidad de garantizar seguridad y confidencialidad en la transmisión del mensaje incorporando mecanismos tecnológicos de certificación.

En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, AGNU) ha venido trabajando de manera sostenida sobre la materia de seguridad informática; es así que desde el 4 de diciembre de 1998, el 1° de diciembre de 1999, el 20 de noviembre de 2000, el 29 de noviembre de 2001, y el 22 de noviembre de 2002, se han emitido Resoluciones sobre los avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional.

Por otra parte el 4 de diciembre de 2000, y el 19 de diciembre de 2001, se emitieron Resoluciones relativas al establecimiento de la base jurídica para luchar contra la utilización de las tecnologías de la información con fines delictivos, y recientemente también el 20 de diciembre de 2002, se dictó la Resolución 57/539 sobre la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética; y, finalmente el 23 de diciembre de 2003, emanó la Resolución 55/199, referente a la Creación de una cultura mundial de seguridad cibernética y protección de las infraestructuras de información esenciales. Esta última Resolución acoge algunos elementos interesantes en su Anexo entre los cuales destacan:

1. Contar con redes de alerta de emergencia en relación con las vulnerabilidades, las amenazas y los incidentes cibernéticos.

³ Nos referimos al principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, pauta fundamental del Derecho del Comercio Electrónico, por medio del cual se pretende que las normas que sean introducidas para regular el Comercio Electrónico no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos, tanto nacional como internacional.



8. Ofrecer capacitación y hacer prácticas para mejorar las capacidades de respuesta y probar planes de continuidad y contingencia en el caso de un ataque contra las infraestructuras de información, y alentar a las partes interesadas a emprender actividades similares.

9. Contar con leyes sustantivas y de procedimiento, adecuadas y personal capacitado para que los Estados puedan investigar los ataques contra las infraestructuras de información esenciales y enjuiciar a los responsables, y coordinar dichas investigaciones con otros Estados, cuando corresponda.

11. Promover la investigación y el desarrollo a nivel nacional e internacional y alentar la aplicación de tecnologías de seguridad que cumplan las normas internacionales. (A/RES/58/199, 2004)

De igual forma Colombia también ha elaborado un estudio a partir de encuestas referentes al estado actual de la Seguridad Informática en Colombia, denominado: "Tendencias en seguridad informática: 2002-2004", donde resalta entre sus conclusiones las siguientes:

4. Las tecnologías de seguridad como los antivirus, las VPN, los sistemas de detección de intrusos, los firewalls y los certificados digitales son elementos mandatarios en las infraestructuras de cómputo en las organizaciones colombianas.

5. Se requiere establecer un canal oficial de reporte, análisis y orientación de las tendencias de la seguridad informática, así como para atender y canalizar investigaciones sobre intrusos en los sistemas informáticos en Colombia, que genere un espacio coherente y formal para fortalecer la cultura de seguridad informática en el país.

7. Reconociendo a los individuos como el eslabón más importante en el sistema de seguridad informática, es preciso informarlo y entrenarlo para que se convierta en el ente que retroalimente dicho sistema y procure su regulación y adaptación permanente. (Cano, 2004)

En el caso de Venezuela a partir del Decreto – Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, se consagran dos instrumentos técnicos cuyo propósito es otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas públicas o privadas, estos mecanismos son, por una parte, la Firma Electrónica combinada con el proceso de criptografía asimétrica y, por la otra, el Certificado Electrónico.

Asimismo, se ha sancionado el Reglamento Parcial del referido Decreto Ley, donde de igual manera se ratifica la importancia por parte del Proveedor de Servicios de Certificación en garantizar Políticas, Planes y Procedimientos de Seguridad, de acuerdo a lo establecido en el Art. 34 ejusdem entre otras medidas est n:



1. Políticas y procedimientos de seguridad de las instalaciones físicas y los equipos.
2. Políticas de acceso a los sistemas e instalaciones del proveedor y monitoreo constante de los mismos.
3. Planes y procedimientos de actualización de hardware y software, utilizados para la operación de Proveedores de Servicios de Certificación.
4. Planes y procedimientos de contingencia en cada uno de los riesgos potenciales que atenten en contra del funcionamiento del Proveedor de Servicios de Certificación, según estudio que se actualizará periódicamente.
5. Plan de manejo, control y prevención de virus informático.

2. Régimen de responsabilidad aplicable a los actores de la sociedad digital.

2.1. Requisitos para la exigibilidad de Responsabilidad: Principios generales.

Tal como hemos dicho, para que se pueda hablar de responsabilidad es necesaria la concurrencia de cuatro supuestos:

1. Un incumplimiento.

2. Un daño que supone una pérdida o lesión que sufre un sujeto como consecuencia del incumplimiento, consiste en un deterioro que afecta a bienes personales o patrimoniales del sujeto. El daño debe ser cierto, es decir, el daño debe existir o haberlo experimentado la víctima; el daño debe lesionar un derecho adquirido, además, el daño debe ser determinado o determinable en su extensión y cuantía. Por último, el daño no debe haber sido reparado.

El fundamento legal de la obligación de indemnizar daños y perjuicios en Venezuela está en el Art. 1.264 del Código Civil, en el cual se establece que “el deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención”. Vale destacar que en Venezuela, la extensión de la reparación es fijada según la naturaleza del daño, procediendo la reparación de los daños y perjuicios compensatorios y moratorios (Art. 1.271 del Código Civil) y del lucro cesante y daño emergente (Art. 1.273 del Código Civil); según la relación de causalidad, son reparables únicamente los daños directos (Art. 1.275 del Código Civil); y según la naturaleza de la responsabilidad, según se trate de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

La responsabilidad del proveedor que administra una red de datos es contractual o extra contractual según exista vínculo o no, entre el ofensor y la víctima. La responsabilidad será contractual siempre que pretensor y obligado estén unidos por un vínculo contractual válido y que el daño derive del incumplimiento o defectuoso incumplimiento de la obligación asumida. Si así no fuera, la responsabilidad será extracontractual. Partiremos en este trabajo de la responsabilidad contractual.



En materia de responsabilidad civil contractual, el Código Civil para fijar la extensión de la reparación distingue entre la naturaleza del daño, incluyendo únicamente los daños patrimoniales y excluyendo los daños morales y según el grado o tipo de culpa, el proveedor de servicios no responderá de los daños causados por culpa levísima, solo de los daños causados cuando el proveedor haya actuado con culpa leve, grave o dolo, en cuyo caso son reparables los que sean previstos o previsibles para el momento de la celebración del contrato (Art. 1.274 del Código Civil).

3. El nexo causal: entre el daño y la acción debe haber un vínculo de causalidad, es decir la acción tuvo que provocar el daño.

4. La culpa: mayor o menor conciencia de inobservancia del deber de actuar con la diligencia exigible.

2.2. Sujetos responsables por los daños causados con motivo de la prestación de servicios o la utilización de los medios informáticos para su actividad comercial: Proveedoras de Servicios de Internet.

Vale aclarar que en Venezuela la Ley de Protección al Consumidor no distingue o clasifica a los Proveedores, solo les define en su art. 3 así:

Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores y usuarios. Las personas naturales y jurídicas que, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en los procesos de producción, transformación y comercialización, no tendrán el carácter de consumidores y usuarios.

Por su parte el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos define lo que es el Proveedor de Servicios de Certificación, de la siguiente manera:

Persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en este Decreto.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones venezolana, aun cuando no dispone que es un Proveedor de Servicios de Redes o de Acceso a Internet, hace referencia al género, es decir, al Operador de redes de telecomunicaciones, cuando se refiere a sus obligaciones en cuanto se le considera como aquel que debe interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo, respetando los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores...(art. 130 ejusdem)

Sin embargo, a fin de poder determinar las responsabilidades, resulta pertinente el clasificar los diferentes tipos de proveedores de servicios, lo cual será muy útil para nuestro trabajo. Fundinaga ((Fundinaga, 2006) los clasifica en:



2.2.1. Proveedores de Servicios de Redes.

Los Proveedores de Red son aquellos que proporcionan infraestructura o capacidad de transmisión de datos. Esto puede ofrecerse en la forma de telefonía tradicional. Además, la infraestructura ofrecida podría ser una red específica para la transmisión de los datos. Los operadores de red serían normados por reglas sobre Internet siempre que sus usuarios se conecten vía m d m, y por reglas que involucran a las telecomunicaciones convencionales, siempre que se hagan llamadas telefónicas

2.2.2. Proveedores de Acceso

Los Proveedores de Acceso ofrecen no sólo los medios generales para transferir datos, pero también medios específicos para el traslado de los mismos. Un Proveedor de acceso a Internet no oferta simplemente conexiones conmutadas, sino los protocolos necesarios para establecer conexiones y frecuentemente la facturación del mismo. Así el servicio ofrecido es específicamente la integración de la computadora del usuario a la red de comunicaciones.

2.2.3. Proveedores de Contenido

Los Proveedores de Contenidos son aquellos que ofrecen contenido propio en Internet. Éstos no son un problema en cuando a la determinación de responsabilidad ya que son evidentemente responsables de su propio contenido. Entre ellos podemos encontrar a los denominados "Portales", tales como: Yupi.com, Terra, etc.

2.2.4. Proveedores de Servicios Internet y en Línea.

Los Proveedores de Servicios Internet y los Proveedores de Servicios en línea proporcionan acceso a servicios más extensos.

En Perú éstos son denominados Proveedores de Servicios de Valor Añadido, los cuales son definidos como "... aquellos que utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base. Se considera como servicios de valor añadido, entre otros, el facsímile, el videotex, el teletexto, la tele-acción, telemando, tele alarma, almacenamiento y retransmisión de datos, teleproceso".(Fundinaga, 2006)

En ocasión a la clasificación anterior vale referir que en el presente trabajo, nos detendremos en las conductas ilícitas del Proveedor de Contenido y Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica a la luz de la legislación venezolana. Pero antes debe conocerse a quienes nos referimos a fin de delimitar su actuar.

2.2.5. Proveedores de Servicios de Certificación.

En el caso particular el Proveedor de Servicios de Certificación que es un prestador de servicios en general, puede ser definida como la persona dedicada a



proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en el Decreto – Ley venezolano (art. 2 ejusdem). Entre las actividades que desarrolla este Proveedor, de acuerdo al Art. 34 del Decreto – Ley, se tienen:

1. Proporcionar, revocar o suspender los distintos tipos o clases de certificados electrónicos.
2. Ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas Electrónicas.
3. Ofrecer servicios de archivo cronológico de las firmas electrónicas certificadas por el proveedor de servicios de certificación.
4. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos.
5. Garantizar certificados electrónicos proporcionados por proveedores de servicios de certificación extranjeros
6. Las demás que se establezcan en el presente Decreto – Ley o en sus reglamentos.

2.2.6. Proveedores de Contenido en la Red.

De igual manera otro proveedor de servicios, pero en este caso el Proveedor de Contenidos es aquel que elige y provee información a través de un sitio en la red; por el contrario, los proveedores (o prestadores) de acceso al servicio de Internet son aquellos, como se indicó, que proveen el alojamiento en la Web.

De estos enunciados se desprende que los Proveedores de Contenido eligen la información que pondrán a disposición en la red; bien sean estos contenidos propios o de terceros. En el primer caso, serían titulares de derechos de autor; en el segundo, los contenidos son incorporados en forma directa o de *links*; es en estos últimos que puede presentarse el ilícito, la violación o vulneración de los derechos de los titulares desde el momento que los incorpora a la página.

Puede darse el caso que el proveedor de contenido obtenga la información puesta a disposición en la red a su vez de un tercero, en este caso, “serían los terceros los responsables; salvo que el proveedor conociera el carácter ilícito del contenido, no fuera diligente en verificar la titularidad del contenido, incurriese en omisión o fuese rebelde al no eliminar del sitio el contenido a petición del titular o de alguna autoridad”. (Primera, 2004)

Recuérdese que los mensajes de datos están sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal. (Art. 5 del Decreto – Ley).

Ahora bien una vez indicadas sus obligaciones, resulta conveniente precisar algunas conductas que pudiesen generar daños a los usuarios o consumidores.



3. Algunas conductas infractoras por parte de los Proveedores de Servicios.

En el caso particular de Proveedores de Contenido, varios pueden ser los daños que se infrinjan a las partes intervinientes en la relación obligacional, en lo que concierne a los derechos de los autores o titulares de los mismos cuando:

- a) Se pone a disposición de usuarios obras para las cuales no tenían la autorización debida, mediante la digitalización de las obras en Internet
- b) Se colabora en la violación de los derechos de autor (*copyright*) con los usuarios, al permitir la descarga de obras que se encuentran a disposición de los abonados.
- c) No se protegen las obras con medidas tecnológicas apropiadas o por no tener el control debido sobre los materiales, es decir, cuando proporcionan alojamientos en sitios Web que proporcionan herramientas para desactivar estos sistemas.
- d) Se obtienen beneficios económicos de las actividades infractoras. (Primera, 2004)

Estos supuestos han llevado al convencimiento del juez para decidir sobre la participación activa del prestador de servicios en Internet en la violación de derechos de autor, por lo que establecen responsabilidades y su consecuente obligación de indemnización pecuniaria.

En efecto, lo legal es que las publicaciones virtuales transmitan la obra a través de Internet, previa autorización del autor de incorporar la creación a la red, y los usuarios pueden acceder a ella mediante el pago de un precio. En estos casos, el editor virtual aplica medidas tecnológicas de seguridad (por ejemplo, inscripciones crípticas del libro, es decir, la transformación del texto legible por fórmulas aparentemente inteligibles, normalmente utilizada la fórmula del algoritmo matemático) para evitar la distribución ilegal de la obra. Sin embargo, estas medidas cuando no son lo suficientemente complejas, pueden ser violentadas por *hackers*, como ocurrió con el libro electrónico de *Stephen King, Riding The bullet*. (Primera, 2004)

Ahora bien, cuando se trata de un Proveedor de Servicios de Certificación, el daño está referido a la no validez y eficacia probatoria del mensaje de datos que se transmite, bien porque no se cuente con: *autenticidad*, lo cual implica que el mensaje lo envíe quien dice ser su emisor; *integridad*, es decir que el mensaje no pueda ser alterado o modificado por un tercero, el Decreto – Ley establece en cuanto a la integridad lo siguiente: “cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos está disponible. A tales efectos, se considerará que un mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene



1. No actúa en forma diligente para evitar el uso no autorizado de su Firma Electrónica

2. No notifica a su Proveedor de Servicios de Certificación que su firma ha sido controlada por terceros no autorizados o indebidamente utilizada, cuando tiene conocimiento de ello (Art. 19 del Decreto Ley Venezolano)

Debe indicarse que el Reglamento Parcial del Decreto – Ley consagra en su Art. 33 lo relativo al manejo de los Datos de Generación de Firma Electrónica, obligando al Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica, a entregar al signatario en forma personal y de manera inmediata tales datos quedando comprobada la recepción de los mismos mediante acuse de recibo. Pero a partir de este momento, el signatario pasará a ser responsable del uso y resguardo de los Datos de Generación de Firma Electrónica, por lo que se debe estar atento al alcance de la responsabilidad de cada uno de los participantes en el proceso de transmisión de datos.

5. Régimen de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Certificación.

Por proveedores, señalábamos, de acuerdo a la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores y usuarios. En este concepto se incluyen a los que proporcionan tales servicios utilizando un representante o cualquier otro intermediario jurídicamente dependiente.

En este caso, la responsabilidad no se atenúa aun cuando el daño sea causado conjuntamente por culpa suya o por intervención de un tercero, y así lo consagra el Reglamento parcial del Decreto ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica venezolano, cuando establece en su Art. 37, que la contratación de infraestructura o servicios prestados por un tercero no exime al Proveedor de Servicios de Certificación, de la presentación de los informes de auditoria previstos en dicho Reglamento, los cuales deben incluir los sistemas informáticos y de seguridad del tercero contratado⁴.

La responsabilidad civil surge no solo en los casos de que el civilmente responsable haya causado el daño personalmente, sino también cuando el daño es

⁴ De igual manera, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario venezolana, consagra esta responsabilidad para el proveedor en su Art. 92, cuando establece: Los proveedores de bienes o servicios, cualquiera sea su naturaleza jurídica, incurrirán en responsabilidad civil y administrativa, tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aun cuando no tengan con los mismos una relación laboral.



causado por intermedio de alguna persona dependiente de aquel, dada su naturaleza eminentemente patrimonial. Pero si se atenúa o desaparece cuando hay concurrencia de culpas de la víctima o de una persona de quien ésta sea responsable. En consecuencia, cuando el proveedor actúe por cuenta ajena hemos de aplicar las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad por hechos de terceros, siendo responsable su empleador, pero pudiendo éste actuar contra su empleado. (Orozco, 1996).

Cuando la responsabilidad recae sobre varias personas estamos ante un supuesto de solidaridad, con independencia de la acción que cada una tenga contra la otra para repetir aquello que hubo de pagar por ella. En ningún caso es admisible una cláusula limitativa de responsabilidad, la cual sería nula, entendiendo ésta particularidad cuando se trata entre estos mismos profesionales o prestadores de servicios informáticos, entre sí, pues dependerá del grado de obligación que hayan adquirido.

Finalmente, corresponde a la víctima probar la existencia efectiva del daño y la relación de causalidad entre éste y el servicio prestado, pero será el prestador quien debe probar la ausencia de culpa de su parte para lo cual es esencial atender a su comportamiento, quien debe garantizar la "seguridad que cabe esperar leg tamente". Ello implica una inversión de la prueba, hasta hace poco, era la víctima quien debía probar la existencia del daño y el nexo causal de éste con la actuación del profesional, favoreciendo al prestador la presunción de ausencia de culpa.

Por ello, más que aplicar los principios de la llamada responsabilidad objetiva, se trata de la consecuencia de la aplicación de la "Teoría del Riesgo" al campo de la prestación de servicios. En los contratos sobre bienes y servicios informáticos el proveedor tiene que cumplir unos deberes que no se agotan con la entrega del bien o la prestación del servicio que se brinda, va más allá, con su obligación de consejo, advertencia, información, etc

Con el fin de tener garantizada la responsabilidad en la que pudieran incurrir los Proveedores de Servicios de Certificación, dos son los sistemas que se contemplan en la legislación sobre Mensaje de Datos y Firma Electrónica venezolana, como apunta (Pérez, 2002: 49), a saber:

- Aportar garantías expedidas por una entidad aseguradora o bancaria autorizada para operar en Venezuela (aquí se está aludiendo implícitamente a la posibilidad de que existan certificados con eficacia en territorio venezolano pero emitidos por Proveedores de Servicios de Certificación extranjeros).
- Cubrir de cualquier otra forma, todos los perjuicios contractuales y extracontractuales, dolosos, culposos u omisiones atribuibles a los administradores representantes legales o empleados del Proveedor de Servicios de Certificación.



Por tanto, afirma esta autora, que en Venezuela se excluye la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Certificación, siempre que el sujeto pueda demostrar que ha tomado las diligencias (medidas) necesarias según las circunstancias, de tal manera que se trata de una responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba. Se añade, además, que estos Proveedores pueden limitar su responsabilidad en los certificados emitidos, lo que pudiera desencadenar una situación de exoneración de responsabilidad muy alta.

El plantear un régimen de responsabilidad dependerá del tipo de actividad y el vínculo que liga al proveedor con el destinatario de sus servicios se podrá establecer si se está ante una obligación de medios que implica un deber de diligencia, con una responsabilidad que se basa en un criterio subjetivo o de culpa, o bien se trata de una obligación de resultado, sometida profesionalmente a unas reglas técnicas y cuya responsabilidad es objetiva, ajena a toda idea de culpa.

Puede atenderse a dos criterios diferentes: en primer lugar, contrastar si la actuación profesional se ajusta a las reglas del arte u oficio que rigen su profesión ("*Lex Artis*") valorando la diligencia y conocimientos desplegados; o podemos atender al resultado, en la medida que sea el que debe obtenerse como consecuencia de la adecuada aplicación de las normas técnicas.

En el primer caso, se busca un nexo causal entre la conducta y el resultado, basándonos en un criterio subjetivo: si se puso o no la diligencia adecuada al caso; en el segundo, utilizamos un criterio objetivo analizando el resultado obtenido, basándonos en las reglas técnicas que "normalizan" ese tipo de actuación.

En esta tarea es imprescindible distinguir si se está ante una obligación de medios o de resultados, y para ello seguimos a la doctrina según la cual en la prestación de actividad, el deudor se compromete únicamente a su esfuerzo y por consiguiente cumple cuando este esfuerzo ha sido desarrollado. (Orozco, 1996). Si existe una actividad del deudor destinada a cumplir, habrá sólo cumplimiento defectuoso en la medida en que no observe una diligencia normal. En cambio, si la prestación es de resultado el deudor no compromete su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse con ella. Por eso, si hay actividad, pero no resultado, no habrá cumplimiento aunque defectuoso, sino verdadero y propio incumplimiento. En consecuencia, cabe concluir que la prestación de actividad forma parte de un contrato de trabajo o de servicio, por el que el profesional se compromete a desplegar su actividad diligente, mientras que la de resultado se integra en el contrato de ejecución de obra. (Diez, 1986).

Aplicando todo ello al proveedor de servicios puede concluirse que esta es una profesión titulada y reglada que implica la adquisición previa de unos conocimientos y aptitudes que son esperadas merced a la acreditación profesional que se ostente. A la hora de establecer la responsabilidad civil por su actuación se habrá de atender a las circunstancias concretas de cada caso: tipo de relación que le liga con el sujeto que ha sufrido el daño sea, contractual o extracontractual y cual fue el compromiso adquirido.



Mantener el equilibrio entre los sujetos intervinientes en Internet, le corresponde a la actividad controladora de los Estados, quienes deberán determinar el tipo de responsabilidad atribuida a los proveedores en Internet (sea cual sea el perfil con el que se desempeñe), bien objetiva o subjetiva, afirmándose que la mayoría de las regulaciones positivas actuales han obviado esta previsión especial, teniendo que recurrir a la solución prevista por normas generales, civiles y penales. El tema de las responsabilidades de los proveedores de contenidos y los proveedores de servicios es controvertido y la tendencia es a regularse por medio de tratados a corto plazo.

En efecto, en el caso de Venezuela el Estado ejerce un control a través de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica que es un servicio autónomo con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión, en las materias de su competencia, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología (art. 20 del Decreto- Ley). Su objeto es acreditar, supervisar y controlar, en los términos previstos en el Decreto – Ley y sus reglamentos, a los proveedores de servicios de certificación públicos o privados. Su competencia está en el art. 22 ejusdem.

5.1. Supuestos de responsabilidad civil para el Proveedor de Servicios de Certificación.

El sistema de responsabilidad en el Derecho venezolano está tradicionalmente basado en la culpa, sin que ello impida que en múltiples ocasiones no sea necesaria una actuación culposa del agente, sino que basta con que el daño se ocasione para que deba repararse, se habla entonces de la objetivación del daño (la llamada responsabilidad civil objetiva en el campo laboral, tránsito, responsabilidad por cosas, entre otras). Del Decreto – Ley no parece deducirse con claridad que la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Certificación sea objetiva o por el contrario, este basada en el principio general de la culpa.

Cuando la víctima del daño sea un consumidor o usuario, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, no opta por una responsabilidad objetiva, sino que otorga al consumidor o usuario la inversión de la carga de la prueba sobre la culpabilidad del proveedor agente del daño.

Cuando la víctima resulta ser el titular de un certificado electrónico o el tercero usuario del mismo, o incluso cualquier otro tercero ajeno a la actividad electrónica, pero afectado por el incumplimiento de alguna de las obligaciones de los proveedores, el esquema de responsabilidad al que se ve sometido el proveedor de servicios de certificación tampoco parece estar objetivado.

En primer lugar, el predominio que tiene en el articulado del Decreto- Ley la diligencia que debe observar el Proveedor de Servicios, así por ejemplo, adoptar las medidas necesarias para determinar la exactitud de los Certificados Electrónicos o garantizar la legalidad del Certificado Electrónico u ofrecer servicios de archivo de mensajes de datos, entre muchas otras obligaciones, cuyo cumplimiento requiere necesariamente un cierto grado de diligencia en el actuar del proveedor, que en



sentido contrario significa negligencia y envuelve el concepto de culpa, característico del sistema de responsabilidad civil subjetiva. Para ser responsable es necesario ser culpable, las reglas generales del Código Civil y la doctrina especializada establecen que la noción de culpa comprende tanto el incumplimiento intencional o doloso como el incumplimiento culposo, que incluye negligencia e imprudencia.

En segundo lugar, como sostiene Erdozain (Cambi y Erdozain, 2001) no existen sistemas de certificación de firma electrónica que aseguren ausencia de posibles daños, por lo cual las leyes hablan siempre en términos de razonabilidad técnica porque los dispositivos electrónicos están muy lejos de ser infalibles, por lo tanto, mal podemos encuadrar la responsabilidad de los proveedores de servicios en el esquema de la responsabilidad objetiva bajo el cual todo daño debe ser reparado, independientemente de que el agente actuó o no con culpa en el momento de causarlo.

De tal forma que, los proveedores de Servicios de Certificación responderán, tanto por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Decreto – Ley como por su actuación negligente, teniendo cabida la aplicación de las normas generales relativas a la culpa, tanto contractual como extracontractual, Debe deducirse también, que las obligaciones establecidas para el proveedor de servicios se aplican a todos los supuestos de responsabilidad civil en que el mismo pueda incurrir y que encuentren relación con su actividad de certificación u otros servicios afines que pueda ofrecer, en especial, aquellos que se deducen del Art. 34 del Decreto – Ley, así tenemos:

- a. La violación del deber genérico de no causar un daño a otro establecido en el Art. 1.185 del Código Civil venezolano.
- b. La violación de las obligaciones impuestas por el Art. 35 del Decreto – Ley, así como cualesquiera otras obligaciones legalmente impuestas.

Por ejemplo, no verificar la información suministrada por el signatario para la emisión del certificado, no garantizar la adopción de medidas necesarias para evitar la falsificación de certificados electrónicos y de las firmas electrónicas que proporcione; no notificar a la Superintendencia cuando tenga conocimiento de cualquier hecho que pueda conllevar a su inhabilitación técnica, numerales: 3) 8) y 10) respectivamente del art. 35 de Decreto – Ley, en concordancia con el Art. 12 del Reglamento Parcial del referido Decreto Ley.

El incumplimiento de los requisitos para ser Proveedor que se establecen por la Ley especial, en concordancia con el Art. 35 del Reglamento parcial del Decreto – Ley entre otras, por no tener capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como Proveedor; no contar con un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se brinde información sobre las políticas y procedimientos así como los certificados que hubiere proporcionado, revocado, suspensión o cancelación y las restricciones o



limitaciones aplicables; no contar con personal técnico adecuado con conocimiento adecuado y experiencia en la prestación de este tipo de servicio; literales 1), 4) y 7 respectivamente del art. 31 del Decreto – Ley .

c. La violación de cualquier otra obligación contractual.

Por otra parte, el Reglamento Parcial del Decreto – Ley venezolano consagra la figura de las Inspecciones, lo cual garantiza un monitoreo constante en la actividad del Proveedor en beneficio del signatario, así se consagra en el Art. 22, cuando se indica que la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica ejercerá la facultad inspectora sobre los Proveedores de Servicios de Certificación, y podrá, a tal efecto, requerir la información correspondiente y realizar las visitas a sus instalaciones con el fin de comprobar el cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con las competencias establecidas en el Decreto Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Inclusive hay la modalidad de inspección ordinaria y de inspección extraordinaria, según el Art. 23 ejusdem: La inspección ordinaria, consiste en una visita anual a las instalaciones del Proveedor de Servicios de Certificación acreditado, y el requerimiento en forma semestral de información sobre el desarrollo de sus actividades, y la inspección extraordinaria, podrá ser practicada en cualquier momento, por denuncia de terceros sobre inconsistencias en la prestación del servicio o de oficio.

Por supuesto son varias las inquietudes que surgen en torno a estos nuevos actores, no obstante, se han venido colocando las bases jurídicas para garantizar una viabilidad en las transmisiones de mensajes de datos bajo los esquemas de seguridad y certificación, indispensables para el desarrollo no sólo económico sino social de cualquier país.

CONCLUSIONES

La seguridad en la transmisión de mensajes dependerá de la implementación de normas jurídicas adjudicadoras de responsabilidad objetiva y subjetiva hacia los diferentes actores del proceso de transmisión, consagradas en disposiciones legales a nivel internacional, conjuntamente con información sencilla y precisa sobre la tecnología existente, reconociendo que es fundamental que para garantizar niveles de seguridad a corto plazo, cada país debe darse a la tarea de desarrollar la infraestructura y el marco legal que propicie tales niveles.

Se le debe dar apoyo y un voto de confianza a la Superintendencia de Servicios de Certificación electrónica o cualquiera sea su modalidad en cada uno de los países que la consagren a fin de iniciar la fase de acreditación a Proveedores legalmente hábiles, a fin de tomar conciencia de la magnitud de su competencia a fin de no convertirse en un elemento más de burocracia, sino por el contrario facilitar y servir de mediador frente a los múltiples escenarios que pueden presentarse durante la vigencia del certificado.



Es necesario reglamentar la materia de la Responsabilidad no sólo a nivel de Proveedores de Servicios, como se ha planteado en otras oportunidades, sino para todos los actores involucrados, especialmente al Proveedor de Contenido en la red, cuya vía más eficiente ha de ser la de acuerdos internacionales.

Referencias Bibliográficas

Asamblea General de Las Naciones Unidas (A/RES/58/199) Quincuagésimo octavo período de sesiones Tema 9 b) del Programa *Resolución aprobada por la AGNU sobre la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética y protección de las infraestructuras de información esenciales*. 30 de enero de 2004.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana De Venezuela. *Ley De Protección Al Consumidor y al Usuario*. 1º de abril de 2004

Cambi, M y Erdozain, J (2001). La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica. En *Derecho del Comercio Electrónico*. R Illescas (Director). Madrid, La Ley.

Cano, J (2004) Estado Actual de la Seguridad Informática en Colombia. *Tendencias en seguridad informática: 2002-2004*.

Chávez, H. *Decreto con Fuerza de ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas*. Gaceta Oficial No. 370148 de febrero de 2001.

Chávez, H *Reglamento Parcial Del Decreto Ley Sobre Mensajes De Datos Y Firmas Electrónicas*. Gaceta Oficial Nº 38.086 del 14 de diciembre de 2004

Chávez, H *Decreto Nº 3.335* 12 de diciembre de 2004

Diez, P (1986) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol.1* Madrid.

Fernández, H (2001) *Internet: Su Problemática Jurídica*. Argentina. Editorial Abeledo- Perrot.438 p.

Fundinaga, K (2006) Responsabilidad de los Proveedores de Servicios Internet. En *Revista de Derecho Informático*. Alfa Redi. No. 091. Obtenido el 17-05-2007 en [http: www.alfa-redi.org](http://www.alfa-redi.org)

Garrote Fernández – Diez, I (2000). La responsabilidad civil extra contractual de los prestadores de servicios en línea por infracción de los derechos de autor y conexos. En *Revista Pe.I*. No. 6.

Orozco, G (1996) La teoría general de la responsabilidad civil aplicada al campo de la informática como actividad de riesgo en informática y derecho *II Congreso internacional de informática y derecho actas Vol. I. Nº 9,10 y 11*. Centro regional de Extremadura - Mérida España p p 343 -404.



Primera, V (2004) *Derechos de Autor en Internet*. Maracaibo, EdiLUZ.

Pérez P, M (2002) Proveedores de Servicios de Certificación: aspectos venezolanos y europeos. En Revista *Derecho y Tecnología*. Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías. Universidad Católica del Táchira, Táchira- Venezuela. 1/2002. p p 33-51.

Ribas, J (1999) *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*. España. Editorial Aranzadi. 294.

Rodríguez, G Algunas medidas que sirven para reforzar, conservar y reparar el patrimonio del deudor, como garantía de los derechos del acreedor quirografario. *Tesis Doctoral*. 1998. LUZ Maracaibo. 1996. 315 p.

Rodríguez, G (2000). Responsabilidad civil en el proceso de negociación informática. En *Revista de Derecho*. No. 14. Universidad del Norte de Barranquilla Colombia.

(*) Avance del Proyecto de Investigación intitulado: La Responsabilidad Civil de los que intervienen en el mundo digital, Proyecto Registrado ante el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad del Zulia, Venezuela.

(**) Abogada, magíster en Planificación y Gerencia de Ciencia y Tecnología, Doctora en Derecho, Miembro del Programa de Promoción del Investigador (PPI, Nivel II), Profesora e Investigadora del Instituto de Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Núcleo Humanístico. E-mail: gr1970ve@yahoo.es