

DERECHO APLICABLE AL COMERCIO ELECTRÓNICO *

Adriana Dreyzin de Klor **

Sumario: Introducción; 1. ¿Qué es el comercio electrónico?; 1.1. Generalidades; 1.2. Las teorías; 1.3. Etapas; 1.4. Alcance y tipos; 2. ¿Cómo reglamentar el comercio electrónico y quien debe hacerlo? 2.1; Las teorías. 2.1.1; Autorregulación. 2.1.2; El Estado y la corregulación; 2.1.3. El rol del DIPr; 2.2. Los foros de codificación internacionales; 2.2.1. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de CNUDMI; 2.2.2. La CIDIP y el comercio electrónico; Conclusiones.

Resumo: O artigo delimita o conceito de comércio eletrônico e questiona o tratamento jurídico que requer esta modalidade de comércio; focalizando as teorias sobre a regulamentação, os foros de codificação e a lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional.

Introducción

No es por azar que iniciamos este trabajo citando al eminente sociólogo canadiense quien sostuvo de manera radical y adelantándose a quienes luego brindarían innumerables argumentos enrolándose en equivalente posición, que el cambio que protagonizamos los contemporáneos de la aparición del espacio cibernético sería trascendental desde toda

* Trabajo publicado en la colección *Globalización y Derecho privado*, dirigida por A. CALVO CARAVACA / L. OVIEDO ALBÁN, Nueva lex mercatoria y contratación, tomo II, 2005.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Codirectora de la revista jurídica *DeCITA*. Miembro de la lista de árbitros de Mercosur por Argentina. Profesora Visitante del Curso de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina.

perspectiva, particularmente desde la concepción existente acerca del mundo. Sin perjuicio de tener algún reparo ante una afirmación tan contundente, no podemos negar que efectivamente, el ciberespacio ha generado cambios muy difíciles de imaginar salvo en los más fantasiosos cuentos de los más brillantes escritores¹.

Estos cambios ejercen en el derecho importantes efectos pues generan profundas reflexiones en aras de determinar el tratamiento jurídico requerido por los institutos pergeñados al amparo de las nuevas tecnologías.

Previo a brindar un breve panorama acerca de las posiciones esgrimidas al respecto es conveniente ubicarnos en la era postmoderna que atravesamos; sus peculiaridades llevaron a afirmar que «*el derecho a la información y al estar bien informados constituye hoy uno de los principales derechos fundamentales de la persona humana*»². Ciertamente, acordamos con la importancia esencial reconocida a este derecho, empero, consideramos que esta transformación tecnológica – cuna de la era informática – es sobre todo una cuestión estratégica. En la medida que así se considere, la información se convertirá en la formación de conocimiento, proporcionando entonces nuevas herramientas para el desarrollo de la sociedad que – de compartir la ideología de McLuhan – cabría decir que es la que viene asomando en el horizonte.

Entre los cambios

Las exigencias de mayor información plantean entre otras mutaciones, el empleo masivo de los medios electrónicos, generándose en los usuarios no pocas expectativas con relación a los datos suministrados por dichos medios. Es innegable que desde las últimas décadas del siglo pasado, en

¹ Nos hemos planteado si acaso Jorge Luis Borges, en su maravilloso cuento «Funes el memorioso», no se adelanta – aunque poco en el tiempo – a lo que es el hardware de una computadora, al asimilar de algún modo, la mente de Irineo – el protagonista – intuyendo el porvenir con esa sabiduría y creatividad tan propia de los genios.

² Al decir de S. ZUMARÁN, la información cumple un rol tan importante que, simplemente, quien carece de los medios para obtenerla, no está en condiciones de insertarse en el desarrollo del primer mundo, a la vez que no puede tampoco participar de las ventajas y oportunidades que brinda el conocimiento que se obtiene a través de la red, desmejorando su calidad de vida. Aut. cit., “La contratación electrónica”, 5/7/02, <http://www.ipce.org.pe>

que el desarrollo tecnológico asume una escala impredecible, la modificación en los usos y costumbres sociales se refleja en el campo social, político, económico y cultural, no tan sólo en el derecho. En todo caso, las irradiaciones en dichos ámbitos deben ser receptadas por el derecho con el alcance que manifiestan las nuevas situaciones no previstas normativamente, gestadas en el nuevo espacio de comercio en el mundo – el ciberespacio – y desplegadas en Internet, las redes electrónicas y las telecomunicaciones de masa.

En este contexto el comercio electrónico adquiere entidad propia desarrollándose en paralelo a la globalización de la economía³, y comienza a utilizarse en la actividad comercial interna e internacional. Así, mientras la globalización provoca – entre otros efectos – importantes modificaciones en las técnicas de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, se va generalizando el empleo de la vía electrónica para las negociaciones mercantiles. En los países en vías de desarrollo el fenómeno sufre cierto rezago en comparación a la tendencia observada en los estados desarrollados que viven esta transformación desde un tiempo considerablemente anterior.

Otro factor a tener presente entre las mutaciones advertidas se vincula a la competencia, fenómeno cuya influencia se deja sentir al actuar como incentivo para la formación de empresas con escalas de producción cada vez mayor. Internet ha hecho posible la proliferación de mercados virtuales, donde interactúan tanto las corporaciones como las pequeñas y medianas empresas. La expansión que se cierne coetáneamente repercute en los costos de producción, en los precios de los productos y en el de los

³ La globalización ha sido definida como el surgimiento de procesos de relaciones sociales no fundados en el sistema del estado nación y caracterizada por detentar un gran poder homogenizador, cuya fuente de energía son principalmente las invenciones tecnológicas. H. SKLAIR, "Competing conceptions of Globalization", *Journal of the World Systems Research*, University of Colorado, 1999, cit. por S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, "La lex informatica: la insoportable levedad del no ser", en: *Estudios en Homenaje a Berta Kaller Orchansky*, TSJCbA, Argentina, Advocatus, 2004, p. 286. Asimismo, ver: E. CAPRIOLI, "L'internationalisation du droit", *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouran*, Paris, Dalloz, 1994; *L'internationalité dans les institutions et le droit, Etudes offertes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995; *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000.

servicios. De esta suerte, los proveedores comienzan a ocupar espacios de poder notoriamente diferentes al que les cabe a los consumidores que pasan a tener un alto grado de dependencia de los proveedores⁴.

La breve reseña efectuada resulta conveniente en aras de destacar que las nuevas tecnologías obran de marco para las relaciones jurídicas que enlazan a usuarios y consumidores con los medios electrónicos⁵. Las situaciones pergeñadas son un elemento sustancial para avalar la relevancia de reflexionar acerca de la normativa necesaria para ampararlas.

El comercio electrónico presenta numerosos ángulos jurídicos desde los cuales puede ser abordado. Ateniéndonos a la temática propuesta, centraremos nuestra óptica en la ley aplicable desde una perspectiva general.

Nuestro esquema

Proyectamos este trabajo de acuerdo al siguiente esquema: en primer término entendemos pertinente brindar una suerte de delimitación del concepto de comercio electrónico, para continuar con un interrogante que abre las puertas al núcleo en torno al cual gira nuestra preocupación y la de buena parte de la doctrina⁶, a saber: *¿qué tratamiento jurídico reclama el comercio electrónico a la hora actual?*

⁴ Para una mayor ilustración sobre este proceso, ver D. HARGAIN, "Incidencia del comercio electrónico en el ámbito jurídico: planteo general", en: **Comercio Electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario**, Montevideo/ Buenos Aires, Faría, 2003, pp. 26-29. En tanto que el análisis de la problemática planteada a partir de la aparición en el mundo de Internet, y la incidencia que reviste en el consumidor ha sido profundamente abordada por C. LIMA MARQUES, **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor** (*un estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*), Brasil, Revista dos Tribunais, 2004.

⁵ Téngase presente que se trata sólo de un ejemplo de relaciones entabladas por estos medios pues las posibilidades de vinculación a través de la red teniendo en cuenta el ámbito subjetivo, permiten diferenciar el comercio electrónico desarrollado entre empresas (business to business = b2b), entre empresas y consumidores (business to consumers = b2c), entre consumidores (consumers to consumers = c2c), entre gobierno y consumidores (government to consumers = g2c), entre iguales (peer to peer = p2p).

⁶ Ver entre otros, H. KRONKE, «Aplicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace», en: **Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?** Katharina Boele-Woelki/Catherine Kessedjian (Editors), (Proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelichet organized by the Molengraaff Institute of Private Law, University of Utrecht and the Hague Conference on Private International Law), The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 65-87; M. REQUEJO ISIDRO, "Contratación electrónica internacional: Derecho aplicable", en: **Autores, consumidores y comercio electrónico**, España, Colex, 2004, p.276.

No es un dato menor que el potencial comunicador que provoca y representa esta tecnología, suscita cuestionamientos jurídicos enraizados en su génesis, desarrollo y funcionamiento. La doctrina ha esbozado teorías disímiles en las que nos detendremos brevemente pues resulta ilustrativo a los efectos de exponer nuestra alineación. Asimismo, estimamos interesante una acotada referencia a la actividad que desarrollan los foros internacionales limitando la visión a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁷ y a las Conferencias Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). No abordamos las legislaciones nacionales – a excepción de algún supuesto traído como ejemplo – pues exceden el marco de este estudio.

1. ¿Qué es el comercio electrónico?

1.1. Generalidades

Este modo de interactuar entre las personas fue acogido como uno de los descubrimientos de mayor envergadura de los últimos tiempos con profundo desconcierto por su potencialidad, a la vez que despertando estupor y sorpresa ante la posibilidad que brinda de insertarnos fácilmente en un ámbito de caracteres insondables⁸.

De esta suerte se comprende que el comercio electrónico se erija en tema de estudio y análisis desde los más diversos ángulos. No hay ciencia que se haya mantenido ajena a este fenómeno por su irradiación masiva a

⁷ UNCITRAL en sus siglas en inglés.

⁸ Es conocida la dimensión transnacional de Internet pues se trata de un medio de comunicación accesible a todo el mundo y desde todas partes. El carácter internacional le es inherente desde su origen. Cabe traer a colación lo afirmado por Finnie Scott en el sentido de que «ninguna persona u organización puede reclamar el exclusivo reconocimiento de la creación de Internet», aunque suele señalarse que el germen se encuentra en los escritos de J.C.R. Licklider quien, avanzada la década del cincuenta del siglo pasado, avizó una red global por intermedio de la cual, las personas individualmente podrían acceder y compartir datos y programas. Poco tiempo después, operó liderando el programa de investigación de computación de la Agencia de Investigación Avanzada de Proyectos del Departamento de Defensa de Estados Unidos (Advanced Research Projects Agency: ARPA), institución que funda y desarrolla Internet. Años más tarde – en 1967 – Lawrence Roberts – integrante de ARPA – publica su plan para el ARPAnet, como red de computadoras. Conf. A. PARDINI, **Derecho de Internet**, Buenos Aires, La Rocca, 2002, p. 42.

todos los ámbitos del saber. Desde la perspectiva jurídica, prácticamente todas las ramas del derecho quedan captadas pues despliega complejidades que alcanzan a la propiedad intelectual, la esfera penal, el ámbito tributario, aduanero, constitucional, administrativo, por sólo mencionar algunas de las tantas disciplinas en las que genera profundo afán de investigación.

El comercio electrónico excede a Internet⁹ pues es pasible de materializar mediante diferentes tecnologías. Inclusive, Internet no nace para utilizar las redes de computadoras con fines comerciales aunque su empleo en este ámbito no demora en difundirse¹⁰. En un principio, el comercio electrónico era EDI (Electronic Data Interchange), empero su notable expansión se produce al advertir la posibilidad de obtener importantes ventajas a través de la arquitectura de redes abiertas, estimulado por fuertes incentivos económicos¹¹.

⁹ En relación con Internet, existen numerosas organizaciones que desarrollan articuladamente un sistema de contralor recíproco. Se trata de organizaciones no gubernamentales - sin fines de lucro - encargadas de distintos aspectos de la red que elaboran normativa cuyo origen es contractual y vendría a conformar una especie de «lex informática», «lex networkia», o «cyber - lex». En esta línea puede verse: M. BURNSTEIN, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en: K. Boele-Woelki/C. Kessedjian (eds.), **Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?**, ob. cit. nota 6, pp. 27-30; L. COSTES, "Les contours encore incertains de la future "société de l'information", *RDAl/IBLJ*, n° 4, 1996; P. SIRINELLI, "L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l'Etat?", en: K. Boele-Woelki/C. Kessedjian cit. supra, pp. 5-20; T. BALLARINO, **Internet nel mondo della legge**, Padova, Cedam, 1998, pp. 51-55; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", **Revista Contratación Electrónica (RCE)**, Sevilla, n° 4, 2000, pp. 25-67; D. JOHNSON & D. POST, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", **Stanford Law Review**, vol. 48, 1996, pp. 1367-1402; M. OYARZABAL, «Juez competente y contratos electrónicos en el derecho internacional privado» en: *DeCITA 1*, 2003, pp. 289-299. Ejemplo de las organizaciones mencionadas son: Internet Society (ISOC); Internet Engineering Task Force (IETF); Internet Architecture Borrada (IAB); Internet Research Task Force (IRTF). Asimismo, es conocido el Código de Conducta Europeo para las Relaciones Comerciales On Line fruto de la labor de EuroChambers (Asociación Europea de Cámaras de Comercio); el Código sobre Comercio Electrónico y Marketing Interactivo de la Federación Europea de Marketing Directo (FEDMA) y las funciones que desarrolla la European Advertising Standards Alliance (EASA).

¹⁰ La finalidad primigenia se centró en permitir la transmisión segura, esto es la circulación inviolable y sujeta al mínimo riesgo de interferencias, de información militar entre Estados parte de una misma alianza estratégica para casos urgentes. La presentación pública de Internet y correo electrónico tuvo lugar en EEUU, en la Conferencia de Computación Internet celebrada en 1972.

¹¹ R. LORENZETTI entiende que estos incentivos se reflejan en una reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar durante todo el día, la superación de las barreras nacionales y el aumento de la celeridad de las transacciones. **Comercio electrónico - Documento - Firma digital - Contratos - Daños - Defensa del consumidor**, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p.52.

1.2. Las teorías

El traslado del comercio a Internet hace necesario solucionar los problemas provocados por la operatoria, pudiendo agregar a lo mencionados supra – sin pretender agotar los supuestos, ni efectuar una exhaustiva enumeración, sino a modo ejemplificativo – aquellos que versan en la confidencialidad de la información, su veracidad, la autenticación del autor, y la privacidad de los datos. El único camino posible es la regulación legal abandonando el criterio de “libertad total” que inspirara a no pocos intelectuales en una primera hora, aún matizado con argumentos que fueron morigerando dicha formulación¹².

Los Estados no tardaron en hacerse eco de la importancia que reviste la materia, reflejada en las elaboraciones doctrinarias y en la jurisprudencia, al sentar precedentes que comenzarían a marcar rumbo.

Los países desarrollados son pioneros en asumir posición sustentando criterios basados en la observancia y el respeto de los valores supremos contemplados en las constituciones nacionales para asegurar la vigencia de los mismos¹³.

¹² J. BARLOW es uno de los principales sostenedores de esta teoría. Puede consultarse en <http://www.eff.org/-barlow/>. Más flexibles a la regulación con distintos matices, L. LESSIG, **Code and other laws of cyberspace**, EEUU, Basic Books, 2000; **The future of ideas**, EEUU, Basic Books, 2002. D. JOHNSON/D. POST, «The Rise of Law on the Global Network» en: **Borders in Cyberspace. Information Policy and the Global Information Infrastructure**, The MIT Press, England, Cambridge/ Massachusetts/London, 1997.

¹³ E. CAPRIOLI/ R. SORIEUL, «Le commerce électronique international: vers l'émergence de règles juridiques transnationales», *J.D.I.*, 1997, p. 323 y ss. Expresan los juristas desde una ilustrativa visión, las razones que asisten a quienes estiman que el comercio electrónico debe regularse a través de leyes nacionales. Mientras se observa el crecimiento sin precedentes producido durante la vigésima centuria – la informática automatizada durante los años setenta, el intercambio de datos automatizado en los años noventa, y más recientemente, las redes digitales como Internet que contribuyen a la globalización de cambios y comunicaciones, a diferencia de las primeras redes cerradas y reservadas para aquellos involucrados en un sector particular de negocio (la banca, transportes marítimos, coches, la distribución de masas, ...) – a la hora actual las transacciones electrónicas en un ambiente abierto conducen a que las cuestiones legales tomen otro giro y asuman nuevas formas. Sin embargo, los Estados no tienen intención de perder un mínimo espacio de su soberanía. A modo de ejemplo, un significativo antecedente lo constituye el documento presentado por el ex Presidente W. Clinton, en EEUU, en julio de 1997. Se trata del denominado «Marco para el Comercio Global Electrónico». Este instrumento contiene una estrategia por la cual el gobierno norteamericano se compromete a fomentar la confianza empresarial y de los consumidores en el uso de cadenas electrónicas para el comercio. Asimismo, incluye los aspectos en que se considera necesario renovar la legislación, a saber: cuestiones financieras, legales y de acceso al mercado.

Las posturas difieren en función de estos hitos esenciales y así, mientras algunos estados prefieren intervenir directamente, otros consideran conveniente ceder algún espacio a la autorregulación. El planteo inicial radica en concentrarse en la necesidad de dar respuesta previamente, a otra cuestión cual es la factibilidad de aplicar las creencias, costumbres, precedentes jurisprudenciales y las leyes en vigor a esta nueva realidad¹⁴.

Como contrapartida y en función de ser la internacionalidad una calidad que es, casi diríamos, intrínseca al comercio electrónico, los foros internacionales de codificación del derecho también ponen especial énfasis en la regulación del fenómeno, instalándose el desafío, asimismo, en la UE.

A partir de los desenvolvimientos doctrinales se construyen definiciones más o menos amplias y conceptos más o menos ambiguos, que vinculados a los desarrollos legislativos provocan cierta confusión, aparejando la necesidad de llevar a cabo una hermenéutica sistemática y sincrónica¹⁵.

La CNUDMI en cuyo marco se elabora La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y una guía para su incorporación al Derecho interno de los Estados¹⁶ aunque no lo define expresamente, puntualiza en aspectos que contribuyen a clarificar el concepto. En efecto, el ámbito de aplicación abarca «todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales». A su vez, establece que este carácter debe interpretarse ampliamente lo que significa alcanzando a las cuestiones suscitadas por todas las relaciones de índole comercial, más allá de que sean o no contractuales.

¹⁴ En esa línea, vale el ejemplo relatado por R. GARCÍA DEL POYO al referirse a la Ley de Comercio Electrónico aprobada en España. Destaca el jurista la gran polémica social y el intenso debate que tuvo lugar entre especialistas, al haber sido objetado el proyecto por algunos sectores. Según la argumentación esgrimida, supondría un «serio menoscabo a las libertades constitucionales, como la libertad de expresión». Aut. cit., «Los negocios y la realidad jurídica de las nuevas tecnologías», en: **Autores, Consumidores y Comercio Electrónico**, Madrid, Colex, 2004, p. 14.

¹⁵ El grupo GAIA integrado por consultores de la tecnología y la comunicación, se pronuncia al respecto entendiendo al comercio electrónico como «el uso de medios electrónicos (Internet) en una o más de las etapas de una operación comercial». Agrega que las etapas en relación con un proceso de venta electrónico son: «a) servicios preventa; b) selección y catálogo; c) recopilación de datos y pago; d) entrega; e) seguimiento de la orden y servicios posventa». Ver en <http://planeta.gaiasur.com.ar>.

¹⁶ El texto puede consultarse en <http://www.uncitral.org>

De los atributos que lo identifican, es dable deducir que el comercio electrónico es “aquel en el cual toda la transacción se materializa en un entorno electrónico”¹⁷. Aún cuando este concepto, además de una tautología, pareciera no reflejar la operatoria en su magnitud ni la trascendencia práctica que efectivamente reviste la figura, contiene en su enunciado los elementos esenciales. El primer punto a destacar es que se produce la desmaterialización del contrato ya que las partes celebran un acuerdo que es instrumentado mediante un soporte informático suscitando así la ausencia de documentación a la manera tradicional. Se trata de una transacción celebrada entre sujetos ausentes y en un espacio virtual, hecho que genera influencia directamente en la formación del consentimiento y ejecución del contrato¹⁸.

1.3. Etapas

Resulta ilustrativo un breve recorrido por las etapas relacionadas con el comercio electrónico, particularmente por la vía Internet, y la conducta empresarial asumida.

Así, en un primer momento, ante el impacto social que suscitó la aparición de redes abiertas, las empresas intentaron posicionarse considerando que la vía más adecuada consistía en crear su propia página web de carácter institucional, y tener un espacio, no solamente como parte de una política de imagen, sino desde una visión de desarrollo comercial. Esta posibilidad es advertida como un interesante y rentable canal para defender sus productos y servicios aprovechando la novedad del sistema. Ahora bien, la falta de regulación y el bajo índice de conocimientos sobre su funcionamiento, permitieron registrar dominios e inclusive bloquearlos o convertirse en dueños de ellos a quienes tomaron la delantera de efectuar estos registros. ¿Qué sucedió entonces? Al pretender registrar su nombre, las empresas se encontraron inermes por la imposibilidad de hacerlo ante el bloqueo existente. El hecho provocó ventas forzadas de dichos

¹⁷ Conf. A. PARDINI, **Derecho de Internet**, ob. cit. nota 8, p. 140 y ss.

¹⁸ Conf. R. ILLESCAS ORTIZ, **Derecho de la contratación electrónica**, Madrid, Civitas, 2001, p. 34. También, N. JUANES, **Comercio electrónico y seguridad de las transacciones**, Córdoba, Advocatus, p. 11.

productos o servicios a precios muy elevados, conducta que aunque halla remedio por la vía judicial para lograr la anulación de la inscripción, sentó un precedente que dio lugar a reflexionar, como tantos otros, sobre la importancia de una legislación adecuada.

En un segundo momento Internet – como instrumento para el comercio electrónico – se muestra como una gran vidriera de productos captando la atención de usuarios que a través del correo electrónico pueden efectuar sugerencias o realizar pedidos de bienes o servicios, cuya entrega se efectiviza por courrier y su pago se efectúa contra reembolsos o por cheques. El valor de las páginas se asocia al número de visitantes teniendo en cuenta la ecuación visitantes – compradores.

La actual etapa es en alguna medida, aún algo incierta. Es en función de cómo lleven adelante las empresas el desafío de crear un valor en virtud de su presencia en la red en calidad de proveedora de bienes y servicios, y de la estrategia a utilizar para ir adaptándose a los parámetros de los constantes cambios, que se aclarará el panorama, aunque sin perder de vista que las mutaciones se producen a una velocidad que supera toda previsión. La evaluación de los resultados, en orden a la efectividad de la empresa, se vincula con el número de transacciones efectivamente realizadas y no solamente con la contabilización del ingreso de visitantes.

1.4. Alcance y tipos

Repárese en que el comercio electrónico no se limita a ser un medio facilitador de la contratación, sino que comprende diversas operatorias; así la adquisición e intercambio de bienes y servicios, suministros en línea de contenidos digitales, transferencias electrónicas de fondos, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, contratación pública, servicios de posventa, marketing y publicidad son ejemplos de algunos de los tantos desenvolvimientos, pudiendo recaer en servicios y bienes digitales y no digitales, que se distribuyen en redes, principalmente por Internet¹⁹. Al abarcar toda información

¹⁹ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la incidencia del comercio electrónico en el mercado interior de la UE. Ver DOCE C de 25/4/2001.

en forma de mensaje de datos capta la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, tales como el intercambio electrónico de datos el correo electrónico, el telegrama, el telex o el fax²⁰.

Cabe advertir que el comercio electrónico produce una modificación que excede la transformación del proceso basado en papel en un proceso digital en que la palabra impresa en papel es reemplazada por el lenguaje de las computadoras (unos y ceros, números binarios)²¹. Ello, aunque desde una perspectiva operativa el cambio pareciera transitar por un carril instrumental.

A través de la red abierta se reconocen diferentes tipos de comercio electrónico, por una parte, la simple transpolación de las transacciones que tradicionalmente se producían en el mundo real y hoy son efectuadas por esta vía; y una nueva forma de comercio diseñada especialmente para la red con nuevas modalidades de negociar y también nuevos tipos de productos y de formatos. Se distingue asimismo, el comercio electrónico abierto por el que no se exige que previamente haya acuerdos entre las partes, del cerrado que exige dichos acuerdos. Si se desarrolla en línea en su totalidad es directo; en cambio, cuando se combinan los pedidos con los medios tradicionales de distribución estamos frente al comercio electrónico indirecto²².

Antes de introducirnos específicamente en la problemática del derecho aplicable, cabe destacar el carácter internacional que se reconoce al comercio electrónico; el hecho de enlazar a los sujetos con independencia de su localización física en tiempo real avala esta calidad, como también la

²⁰ Conf. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, arts. 1º y 2º a).

²¹ En esta línea, M. DEVOTO, «Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital. La importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública», *La Ley*, 2000-A-1045.

²² La distinción de comercio electrónico directo e indirecto se sustenta en que este último comprende transacciones realizadas por medios electrónicos sobre bienes tangibles, o sea en soporte material. De este modo, la entrega del producto no puede llevarse a cabo en línea; la ejecución de la obligación coincide con la que podría haberse concluido por medio del comercio tradicional. En cambio, el comercio electrónico directo es aquel que engloba los contratos electrónicos basados en bienes cuya entrega se efectúa a través de la red de bienes sin soporte físico o información digital. En tanto que las obligaciones dinerarias, en uno u otro supuesto puede cumplirse a través de la red aun cuando también es posible que su ejecución se realice por medio de un instrumento de pago que puede ser electrónico al margen de la red. Conf. P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 344 y ss.

posibilidad de difundir información, publicidad o cometer delitos, sin que las fronteras constituyan obstáculo alguno. Esta característica tuvo su proyección en el seno de la CNUDMI al punto de proponerse una presunción de internacionalidad de las compraventas internacionales de bienes corporales realizadas a través de Internet. Aceptando esta premisa, quedaría a las partes indicar de forma específica en el contrato que se encuentran ubicadas en el mismo país²³.

2. ¿Cómo reglamentar el comercio electrónico y quien debe hacerlo?

Nuestras sociedades se encuentran en un espinoso proceso cual es diseñar, rediseñar o completar las reglas aplicables a las relaciones que se crean a partir de la utilización de las redes para esta actividad. La metodología que se pretende emplear y que se desprende de algunas de las legislaciones modernas vigentes consiste en establecer mínimos estándares que combinen la faz legal, con la técnica y con los aspectos de seguridad que van surgiendo en el devenir frente a los pronunciados avances en materia tecnológica²⁴.

En este orden de ideas, recordemos que el comercio electrónico depende en gran medida de dos factores: tiempo y espacio. Al igual que con la red, se señala constantemente que este fenómeno supera las distancias y el tiempo en que operan las personas interactuando recíprocamente, en algunos supuestos desde su ámbito geográfico legal, en otros sin una localización territorial precisa.

2.1. Teorías

A efectos de determinar la ley aplicable a las relaciones jurídicas de naturaleza privada que se generan en este contexto se han formulado diferentes teorías en las que se vislumbra el posicionamiento ideológico de

²³ Conf. M. REQUEJO ISIDRO, ob. cit. nota 6, p. 276.

²⁴ Conf. M. DEVOTO, *Comercio electrónico y firma digital - La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, Buenos Aires, La Ley, p. 184 y ss.

sus autores sobre la naturaleza del ciberespacio, escenario en que se desenvuelven las operaciones.

Entre las primeras voces que se escucharon, se destaca la argumentación defendida por quienes entienden que al no tener dueño, el ciberespacio no queda sujeto a las reglas nacionales que aplican los estados en sus respectivos territorios. Se trata de una posición extrema propiciada por John Barlow para quien “el ciberespacio es un espacio diferente al real y libre por naturaleza»²⁵.

Esta teoría bastante radical, pareciera ignorar – como bien se ha dicho – que entre las consecuencias del interactuar de las personas pueden surgir conflictos a los que habrá que dar solución²⁶.

Desde otra arista, aunque también argumento válido para desecharla, entendemos que lejos está de tornarse posible su alegato desde que la misma enunciación la vuelve utópica en sus fundamentos al separar de manera tajante el mundo real del ciberespacio como si no estuvieran protagonizados ambos, por equivalentes actores²⁷.

2.1.1. Autorregulación

La formulación es matizada por aquellos que consideran que la red debería estar gobernada por los propios usuarios, que son los directamente interesados. En consecuencia, a través de este discurso se impulsa la autorreglamentación privada construida por sus destinatarios. La justificación se encuentra en la analogía que asiste a la «lex informática» con la «lex mercatoria». En efecto, el sustento es la convicción de hallar semejanzas entre las necesidades manifestadas en su momento por los comerciantes que originan esta última, y los requerimientos de quienes interactúan en la red generando situaciones jurídicas²⁸.

²⁵ En esta línea, J. BARLOW en “A Cyberspace Independence Declaration”, <http://www.eff.org/Barlow>

²⁶ Conf. S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, art. cit. nota 3, p. 288.

²⁷ La lectura de la «Cyberspace Independence Declaration» citada en nota 25, nos exime de mayores comentarios.

²⁸ Sobre la «lex mercatoria», puede verse A. DREYZIN DE KLOR/ T. SARACHO CORNET, **Trámites judiciales internacionales**, Buenos Aires, Zavallia, 2005, pp. 36-37; H. PERRITT, “The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet’s role” in: **Strengthening National and Global Governance**, 5, Ind. J. Global Leg.Stud., 1998, p. 423 y ss. También en: <http://www.kentlaw.edu/perritt/publications/>

Esta fuente jurídica transnacional estaría integrada por principios generales y cláusulas básicas como son actuar de buena fe, la libertad de expresión, el respeto al equilibrio de las partes, entre otros.

Considerar la autorregulación como único indicador también nos merece ciertos reparos. Aunque fundada en las mejores intenciones, la teoría parece inconducente en un campo imposible de delimitar. ¿Cómo alcanzar consenso entre los millones de usuarios que hoy operan valiéndose de la vía electrónica? No es un dato menor evaluar que el pretendido carácter consensual de las normas elaboradas por los interesados, encuentra una barrera en la dificultad de lograrse en forma generalizada en un marco tan heterogéneo²⁹.

Es cierto que algunos ámbitos son más proclives que otros a esta sistemática y de hecho se articulan códigos de conducta, reglas y medios alternativos de resolución de conflictos específicos, conociéndose buenos resultados. De esta suerte no sorprende que organizaciones o asociaciones de participantes de Internet sean incentivadas e incluso sustentadas y apoyadas por los Estados nacionales y supranacionales³⁰.

En realidad se trata de una reacción a que dio lugar la reflexión sobre el comercio electrónico de fines de los noventa, sosteniendo de manera enérgica la ineptitud del Estado para manejar de modo adecuado Internet. En ese escenario, se desarrolla esta propuesta que sedujo como alternativa válida. El interrogante planteado, entonces, discurre por carriles irresolubles por lo que descartar estas posturas conduce inevitablemente a intentar la búsqueda por otros caminos que proporcionen mayor certeza y seguridad jurídica a los usuarios, operadores y afectados en sus transacciones³¹.

²⁹ Ver P. A. DE MIGUEL ASENSIO, ob. cit. nota 22, pp. 79-80.

³⁰ En esta línea, M. REQUEJO ISIDRO trae a colación la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (arts. 16 y 17) relativa a determinados aspectos de la sociedad de información, en particular al comercio electrónico (Directiva de Comercio Electrónico o e-commerce), y los números 32 y 51 del Preámbulo; los arts. 18 y 32 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y del comercio electrónico (DOCE, L, núm. 178, de 17 de julio de 2000). Aut. cit., art. cit. nota 6, p. 277. Acerca de las organizaciones y sus actividades y desarrollos, véase nota 9 del presente trabajo.

³¹ Asimismo, en contra de la autorregulación como única fuente normativa, se señala que comprende consejos dispersos a manera de pautas singulares sobre aspectos concretos no ofreciendo una regulación completa sino, por el contrario, se limitan a señalar compromisos generales sobre un

2.1.2. *El Estado y la correulación*

El reverso de dicho discurso consiste en dar crédito a los ordenamientos jurídicos nacionales para asumir la labor de regular el comercio electrónico, admitiendo la correulación con la vertiente privada. Se trata de completar la normativa pues buena parte de las disposiciones vigentes en los Estados es aplicable a las operaciones efectuadas por vía electrónica. Autorizada doctrina se enrola en esta teoría que merece particular atención pues halla sustento en la solvencia de su desarrollo.

Como punto de partida funciona la premisa de considerar a los Estados entes idóneos para asumir la creación de normas jurídicas en función de la legitimidad democrática que les asiste tanto para elaborar las reglas como para hacerlas cumplir. En este orden de ideas, las soluciones actuales del derecho son conciliables con la aparición de la nueva tecnología y analógicamente aplicables a las situaciones que se plantean en su marco. A este efecto, el ciberespacio no es un lugar nuevo sino en todo caso, un lente o un filtro a través del cual se mira el mundo; una interfase que deja lugar para ejercer el control sobre todas las cosas³².

2.1.3. *El rol del DIPr*

Ahora bien, dado el carácter internacional inherente al comercio electrónico, la disciplina jurídica llamada a intervenir es el Derecho internacional privado en tanto le compete regular las situaciones jurídicas de naturaleza privada con elementos extranjeros³³.

Es sabido que el Derecho internacional privado se ocupa de las relaciones privadas de tráfico externo. Partiendo de la existencia de contactos

comportamiento ético y basado en principios jurídicos básicos e imprecisos, siendo limitados los mecanismos de sanción. Resulta muy ilustrativa la conclusión a que arriba S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS en cuanto afirma que «...el empleo de un lenguaje específico, de usos, prácticas, costumbres de un determinado sector, de una suerte de 'argot electrónico', no implica la aparición de un nuevo derecho, una nueva lex mercatoria que encuentra un equivalente en la llamada lex informática». Art. cit. nota 3, pp. 290-291.

³² Se trata de la teoría del control expuesta por A. SHAPIRO, **The Control Revolution**, New York, Public Affairs, 1999.

³³ A fin de caracterizar el objeto de esta ciencia, ver D. FERNÁNDEZ ARROYO, **Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)**, Córdoba, Advocatus, 1998, p. 21 y ss.

de la relación con distintos ordenamientos normativos procede a la localización del negocio con uno de tales ordenamientos jurídicos atendiendo al criterio de proximidad geográfica entre los elementos que la integran y un espacio territorial en el que rige ese ordenamiento. Es cierto que hay supuestos en los cuales, en atención a los valores subyacentes al sistema local, el derecho aplicable requiere de determinadas correcciones pues hace a cada Estado concretar dichos axiomas de su legislación del modo que estima más conveniente. En consecuencia la ley tiene un alcance nacional, o sea que su validez está limitada territorialmente, aunque por el juego de las fuentes, existe la posibilidad de extender el espacio de vigencia cuando hay tratados o convenios internacionales³⁴.

No sorprende en principio, que la pretensión de encuadrar el comercio desarrollado a través de medios electrónicos a esta técnica, se tilde de problemática por los contornos – particularmente de la red – relativos a la desterritorialización³⁵ por una parte y a la desmaterialización³⁶ de los actos jurídicos por otra. Sin embargo, si bajamos línea a una de las manifestaciones concretas como es la contratación por medios electrónicos, no existe el ciberespacio sin un espacio real en lo que a Derecho internacional privado concierne, en el sentido de reconocer que los actos se llevan a cabo en algún lugar y los efectos suceden también en un espacio real³⁷.

Ahora bien, las iniciativas nacionales se sustentan en ciertos atributos propios del país que la desarrolla y su diseño se corresponde con la cultura y el sistema jurídico imperante en una determinada unidad territorial. Esta unilateralidad conlleva el peligro de tornar imposible, o al menos provocar serios inconvenientes, en la implementación de solucio-

³⁴ Acerca de la metodología enunciada puede verse: J. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, **Derecho Internacional Privado**, 3ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, p. 24 y ss.; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, ob.cit., nota 22, p. 93 y ss.; J. M. ESPINAR VICENTE, **Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado**, Madrid, Civitas, 1997, p. 124 y ss.; **Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur** (D. FERNÁNDEZ ARROYO, coordinador), Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 83 y ss.

³⁵ Es hoy una verdad a todas luces aceptada que el ciberespacio no es un espacio físico, ni territorial, sino que es un espacio virtual, reconocida y acotada esta calidad al hecho de posibilitar a cualquier persona a acceder desde una computadora libremente a la web.

³⁶ La información fluye desmaterializada dado que solamente se encuentra en la memoria de la computadora y se expande a una cantidad ilimitada de personas.

³⁷ Ver H. KRONKE, art. cit. nota 7, pp. 65-66.

nes o aplicaciones singularizadas. La regulación nacional de este tema es una manifestación de la disparidad de concepciones a que da lugar el comercio electrónico a la hora de elaborar su marco legal.

Al ser los Estados individualmente considerados quienes reglamentan el comercio electrónico tienden a establecer un sistema atendiendo a la ecuación tiempo - espacio, parámetros que interesan para determinar la localización de la responsabilidad de quien suministra servicios electrónicos, así como a regular la circulación transfronteriza de datos producida en un espacio relativamente corto de tiempo, tratando de evitar que este fenómeno quede excluido de supervisión por tales causas.

Sin embargo, hay aspectos de crucial trascendencia en los que debe hacerse hincapié aún cuando exceden el tema en tratamiento, así, el relativo a la jurisdicción. La internacionalidad - reiteramos - es prácticamente inherente al fenómeno, calidad que suscita no poca incertidumbre acerca de los órganos competentes para resolver controversias producidas en el marco de la operatoria; va de suyo que siendo autoridades estatales, es muy difícil considerar la permeabilidad de las reglas de reconocimiento y ejecución de las sentencias. Repárese en el conflicto positivo de competencias que tendrá lugar por la plurilocalización o ubicación de los elementos subjetivos y objetivos de una relación privada en lugares distintos y se comprende entonces fácilmente el obstáculo a la cooperación del grado más profundo a la hora de evaluar los recaudos para su concreción³⁸.

El carácter internacional de las relaciones jurídicas que se entretienen por esta vía, conduce a reflexionar acerca del tratamiento jurídico más conveniente para su regulación. No descartamos la importancia de contar con fuentes nacionales, empero, la necesidad de contar con un marco jurídico de origen convencional no plantea debate frente al imparable avance de estas tecnologías³⁹. Sobre todo destacar la relevancia de la internacionalidad del comercio electrónico, conduce a plantear que la

³⁸ Estos recaudos pueden consultarse en A. DREYZIN DE KLOR/ T. SARACHO CORNET, ob. cit. nota 28, p. 187 y ss.

³⁹ Bien se ha señalado la necesidad de contar con un nivel de seguridad jurídica suficiente en un fenómeno técnico, como exigencia para generalizarse. Dado el carácter novedoso del comercio electrónico, queda captado por la regla establecida. En este sentido ver: G. PALAO MORENO/ R. ESPINOSA CALABUIG / E. FERNÁNDEZ MASLÀ, **Derecho del Comercio Internacional**, (C. ESPULGUES MOTA, Director), València, Tirant lo Blanch, 2003, p. 166.

metodología adecuada consiste en eliminar la disparidad legislativa de los ordenamientos nacionales y sus efectos.

¿Cómo se afronta la disparidad jurídica? A través de la armonización y unificación legislativa.

Desde esta premisa el marco jurídico idóneo, sea en función de la certeza que reconoce, sea por su contribución a favorecer el desarrollo del comercio internacional, es la regulación generada en los foros de codificación internacional de Derecho. En esta línea resulta altamente positivo el papel desempeñado por la CNUDMI, sin desconocer por cierto, la actitud asumida en otras instituciones y organismos internacionales que también han incluido el comercio electrónico en sus agendas⁴⁰.

2.2. Los foros de codificación internacionales

2.2.1. *La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de CNUDMI*

Es conocido que la CNUDMI se constituyó para facilitar los procedimientos del comercio internacional, promoviendo la armonización y

⁴⁰ Vgcia. la OMPI que en los tratados de derechos de autor y el referidos a artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas, ambos de 1996, recepta las principales adaptaciones de la propiedad intelectual a la tecnología digital y la sociedad de información. Asimismo, ha favorecido una legislación uniforme en los Estados Unidos - la Digital Millennium Copyright Act - y en la UE - Directiva 2001/29/CE - de algunos aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de información. La Unión Europea ha desarrollado una intensa actividad jurídica en la regulación de comercio electrónico habiendo adoptado varias disposiciones: la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (*Diario Oficial* n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 - 0016), es una de las importantes normas adoptadas con la finalidad de legislar sobre este fenómeno. Se aprobaron también Directivas sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas - Directiva 2002/58/CE; sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores - Directiva 2002/65/CE, por sólo mencionar algunos desenvolvimientos. En la Conferencia de La Haya el Comercio Electrónico es también tema objeto de tratamiento, particularmente los aspectos legales de las transacciones e-commerce. Otro emprendimiento que sólo mencionaremos es el que proviene de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París que desarrolla importantes trabajos en temas que enraízan en el comercio internacional; nos interesa destacar en esta oportunidad, la incorporación de disposiciones específicas para los Conocimientos de Embarque Electrónicos en los INCOTERMS y en las Reglas y Usos Relativas a Créditos Documentarios (UCP 500), reconociendo el uso de mensajes electrónicos en lugar de escritos o de documentos que consten de papel. La CCI continuó en la tarea de revisar la posibilidad de desarrollar una alternativa electrónica viable a los actuales métodos internacionales de pago, a fin de hacerlos compatibles con las prácticas modernas del comercio y del transporte.

unificación progresivas del derecho comercial. En esta línea, preocupados por el Intercambio Electrónico de Datos, conocido como «EDI» por su acrónimo en inglés, se creó un Grupo de Trabajo (Working Group en Comercio Electrónico) a fin de elaborar leyes modelos que den soporte legal a los mensajes electrónicos, esfuerzo que se concretó en la adopción de la Ley Modelo de sobre el Comercio Electrónico con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno⁴¹, con la adición del art. 5º bis, aprobado en 1998.

Con las miras puestas en eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno que lo afectan. la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se erigió como respuesta de esta organización al cambio fundamental operado en las comunicaciones entre las partes que recurrían a las modernas técnicas informáticas para sus relaciones de negocios, ofreciendo a los países un texto normativo ejemplar para la evaluación y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática, y demás técnicas de comunicación modernas, en las relaciones comerciales.

Aunque desde una arista se estimó conveniente lograr el alto grado de certidumbre y armonización jurídicas que ofrecen las disposiciones detalladas de una ley uniforme, desde otra perspectiva, se imponía actuar con cautela para mantener un enfoque flexible respecto de ciertos puntos sobre los cuales podría considerarse prematuro o inapropiado legislar. Así, por ejemplo, se hace referencia a la unificación legislativa de las reglas sobre el valor probatorio de los mensajes transmitidos por vía del comercio electrónico, acordándose que no se adoptaría ninguna decisión en esa temprana etapa en cuanto a la forma o al contenido definitivo del régimen jurídico a preparar.

Los aspectos incorporados en la guía para su aplicación establecen de forma meridiana el alcance, los objetivos y los lineamientos que inspiraron y orientaron al legislador a la hora de aprobar la Ley. En este orden de ideas se puso especial atención en la conveniencia de diseñar reglas uniformes

⁴¹ El texto fue adoptado en su 29º Periodo de Sesiones, 28 de mayo al 14 de junio de 1996. En 1985 elaboró una recomendación sobre el Valor jurídico de los registros computarizados, hecho que deja entrever a las claras la preocupación señalada.

para eliminar las trabas e incertidumbres de índole jurídica que dificultan la utilización de las técnicas modernas de comunicación en aquellos casos en los que su eliminación efectiva sólo sea posible por medio de disposiciones de rango legislativo. Una de las finalidades de las reglas uniformes es facultar a los posibles usuarios del comercio electrónico a establecer un enlace jurídicamente seguro por medio de un acuerdo de comunicaciones en el interior de una red cerrada. El otro propósito, consiste en apoyar el empleo del comercio electrónico fuera de la red cerrada, es decir, en un marco abierto.

Téngase presente que el objetivo de las reglas es posibilitar y no imponer el empleo del EDI y de otros medios de comunicación conexos, siendo el propósito esencial, más que regular las relaciones de comercio electrónico desde una perspectiva técnica, brindar un marco jurídico lo más seguro posible para facilitar la utilización del comercio electrónico por las partes en sus comunicaciones comerciales.

Bien expresa la Guía, que La Ley Modelo puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanen del hecho que un régimen legal interno inadecuado obstaculice el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de la utilización de las modernas técnicas de comunicación. La diversidad de los regímenes internos aplicables a esas técnicas de comunicación y la incertidumbre que genera esa disparidad son causas que contribuyen a limitar el acceso de las empresas a los mercados internacionales.

Entre sus bondades, señaló el Grupo de Trabajo, se estima valioso en el ámbito internacional para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que signifiquen barreras al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales.

Sus objetivos – entre los que también destacan permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel – son esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional. Al incorporar a su derecho interno los procedimientos prescritos para todo supuesto en el que las partes opten por emplear medios electrónicos de comunicación,

un Estado estará creando un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial.

En cuanto a la técnica de regulación, esto es la opción por una ley modelo resulta sumamente positiva en un contexto de Estados con sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes. Como bien se señala en su texto, de este modo se contribuye al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas. Además no es novedoso en el ámbito de este organismo⁴²; pues los efectos son altamente beneficiosos al erigirse la normativa en un importante modelo de ley para los Estados, con la necesaria flexibilidad en función de la materia.

La Ley Modelo debe considerarse como un régimen especial, bien definido y equilibrado que se recomienda incorporar al derecho interno en forma de norma unitaria de rango legal.

No podemos obviar referirnos a otro de los aspectos contemplados en la Ley que engarza con una de las características del comercio electrónico cual es el empleo de mensajes programables, cuya programación en una terminal informática constituye el rasgo diferencial básico respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel. Abordar el tema es dar respuesta a la necesidad en que se encuentran los usuarios del comercio electrónico de contar con un régimen coherente que sea aplicable a las diversas técnicas de comunicación que cabe utilizar indistintamente. En principio, no queda fuera de su ámbito, ninguna técnica de comunicación debiendo acoger en su régimen toda eventual innovación técnica que se materialice en este campo. En el artículo primero – ámbito de aplicación – estipula expresamente además que sus normas son aplicables a toda actividad comercial, sea o no contractual,

Otros aspectos que merecen especial atención se vinculan al reconocimiento que efectúa acerca de que los requisitos legales prescriptos para el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comuni-

⁴² Así, Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (1985); Ley Modelo de la CNUDMI sobre las transferencias internacionales de crédito (1992), Ley Modelo de CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza (1997); Ley Modelo de CNUDMI sobre las firmas electrónicas (2001); Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (2002), entre otras.

cación. En su preparación se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de «escrito», «firma» y «original» con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En este orden de ideas, se señaló que la Ley Modelo debería permitir a los Estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa tal recaudo. O sea que incorpora el «criterio del equivalente funcional», basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel a efectos de determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma o proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente en lo que hace a la determinación del origen y del contenido de los datos, siempre que se observen recaudos técnicos y jurídicos.

Ahora bien, adoptar este criterio del “equivalente funcional” no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo), que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Se expresa en la Guía que la decisión de emprender la preparación de la Ley Modelo se sustenta en el reconocimiento de que en la práctica, la

solución de la mayoría de las dificultades jurídicas suscitadas por el empleo de los modernos medios de comunicación suele buscarse por vía contractual. La Ley Modelo enuncia el principio de la autonomía de las partes respecto de las disposiciones del capítulo III de la primera parte, en el que incorpora ciertas reglas que aparecen frecuentemente en acuerdos concertados entre las partes, por ejemplo, en acuerdos de intercambio de comunicaciones o en el «reglamento de un sistema de información» o red de comunicaciones. Conviene tener presente que la noción de «reglamento de un sistema» puede abarcar dos tipos de reglas: las condiciones generales impuestas por una red de comunicaciones y las reglas especiales que puedan ser incorporadas a esas condiciones generales para regular la relación bilateral entre ciertos iniciadores y destinatarios de mensajes de datos. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley (art. 4º) la noción de «acuerdo» tiene por objeto abarcar ambos tipos de reglas.

Siendo que entre sus objetivos, contabiliza facilitar el empleo de las técnicas de comunicación modernas, dotando a la utilización de dichas técnicas de la certeza requerida por el comercio cuando la normativa aplicable genere obstáculos a dicho empleo o sea fuente de incertidumbres que no puedan eliminarse mediante estipulaciones contractuales, se entiende la consideración respecto al carácter imperativo que caracteriza al régimen tradicional por reflejar, en general, decisiones inspiradas en principios de orden público interno. Las reglas enunciadas cuando expresan el «mínimo aceptable» en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, deberán ser tenidas por imperativas, salvo que en ellas mismas se disponga lo contrario. El hecho de que esos requisitos de forma sean considerados como el «mínimo aceptable» no debe, sin embargo, ser entendido como una invitación a establecer requisitos más estrictos que los enunciados en la propia Ley.

Esta Ley Modelo, constituye un importante paso en la regulación del comercio electrónico, particularmente, el de índole internacional. Siendo de su naturaleza este carácter, la necesidad de uniformar en cuanto sea posible la legislación de los estados nacionales en esta campo implica avanzar por la vía adecuada para solucionar las cuestiones que hacen a su ámbito a través de jerarquizar paradigmas que guían la actual dinámica de las relaciones de tráfico externo.

2.2.2. La CIDIP y el Comercio Electrónico

En el curso de la VI Conferencia Especializada sobre DIPr (CIDIP VI)⁴³ se adoptó una Resolución por la cual se recomienda a los Estados miembros de la OEA adoptar la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI así como también la referida a Firmas Electrónicas (2001), destacando que han servido de base para la adopción de leyes en varios Estados Miembros de la OEA.

A efectos de tomar esta resolución se tuvo en cuenta la aprobación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias que prevé el uso de documentos y firmas electrónicas, considerándose que sería importante que los Estados obraran en consecuencia, para el eficaz funcionamiento del sistema interamericano de financiamiento con garantías mobiliarias.

Asimismo, es dable destacar que a solicitud de la Asamblea, atendiendo a la presentación y el informe del Comité Jurídico Interamericano a la CIDIP-VI titulado "CIDIP-VII y etapas sucesivas"; se decidió nominar entre los temas a tratar en la próxima conferencia, el relativo al Comercio electrónico.

Iniciados los preparativos de la próxima Conferencia, la consulta realizada a los países miembros sobre los temas que debían integrar la agenda reflejó la preocupación que el comercio electrónico concita. Piénsese que fue nominado por siete de los ocho estados que respondieron a la convocatoria⁴⁴ atendiendo a diversos intereses. EEUU, Chile y Perú propusieron el comercio electrónico desde dos aspectos: valores de inversión y registros comerciales electrónicos. Brasil y México optaron por el comercio electrónico desde una visión general, aunque México puntualizó el tratamiento del comercio electrónico desde la óptica de la protección del consumidor. En tanto que Canadá y Uruguay se pronunciaron por el tratamiento de la jurisdicción en los contratos celebrados por consumidores a través del comercio electrónico⁴⁵.

⁴³ CIDIP-VI/RES. 6/02.

⁴⁴ Los países que presentaron temas fueron: Perú, El Salvador, Brasil, México, Canadá, Uruguay, Estados Unidos y Chile.

⁴⁵ Ver J. Wilson, «Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado. Informe sobre los preparativos para la CIDIP -VII», *DeCITA* 3, 2005.

En función de estas propuestas y la labor desarrollada por la Comisión de asuntos jurídicos y políticos (CAJP) fijando los criterios que deben seguirse para efectuar la elección, el tema ha sido incorporado provisoriamente en la agenda.

Conclusiones

El derecho, como fenómeno cultural que es, responde necesariamente a las características de un momento histórico y por tanto su evolución es paralela a otras manifestaciones de la cultura de los países,⁴⁶ hecho que encierra ineludiblemente el proceso de adaptación de las normas, siendo esta situación válida para la regulación jurídica que integra las diferentes dimensiones del Derecho internacional privado.

De tal suerte, la actual instancia aparece como una fase más en la evolución general de la materia, requiriendo fórmulas más aptas, más en consonancia con las exigencias que denota el tráfico jurídico externo, y captando a través del derecho positivo, una vasta cantidad de temas que no se habían presentado, o al menos no se plantearon con la intensidad que refleja la coyuntura actual, y que en su mayoría, son resultado de nuevas modalidades comerciales o de desenvolvimientos tecnológicos innovadores.

El surgimiento y desarrollo de las modernas tecnologías a partir de las que se instrumenta una nueva metodología de operar y negociar en el mundo, crea la necesidad de reflexionar sobre el marco jurídico más apropiado a los requerimientos que el fenómeno genera.

El camino a seguir para forjar un sistema jurídico partiendo del carácter internacional de esta operatoria, no implica descartar la legislación vigente. En todo caso, es necesario rescatar los principios tradicionales que se adecuan a la regulación del comercio electrónico, sin perjuicio de pensar en axiomas propios de esta vía instrumental que implican un *aggiornamento* a las técnicas que surgen en función de la tecnología y sus avances.

⁴⁶ S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado", Madrid, *REDI*, 1994, pp. 557-584.

La necesidad de echar mano de principios y reglas generales es esencial. Los principios son la base fundamental para orientar a los operadores y aplicadores del derecho como asimismo, inspirar al legislador a la hora de regular el comercio electrónico.

La independencia atribuida a las redes en su funcionamiento es una más de las manifestaciones de la tecnología en desarrollo. Sin embargo no aparece con suficiente peso para defender la creación de una fuente transnacional autónoma proveniente exclusivamente de la iniciativa privada.

El ordenamiento jurídico debe adaptarse a las políticas económicas que impulsan su desarrollo y desde la perspectiva internacional, la regulación de fuente interna, no puede desconocer el pluralismo metodológico, ni prescindir del método de localización.

Los ordenamientos jurídicos nacionales de base territorial no pueden sin embargo, controlar los flujos transfronterizos de información por la red y tampoco responder a los conflictos de intereses generados por un medio hasta ahora desconocido. De esta suerte es importante la labor que se desarrolla en los foros de codificación internacional. El mecanismo de leyes modelos es idóneo a este efecto y la CNUDMI así lo entendió al elaborar sus reglas⁴⁷.

Estimamos que la recomendación efectuada por la CIDIP a los Estados, en el sentido de que den consideración favorable a la Ley Modelo de

⁴⁷ Pese a la aseveración efectuada, cabe señalar que el Grupo Técnico de UNCITRAL abocado a trabajar en la materia, decidió examinar las cuestiones de Derecho internacional público que necesariamente suscitarían las medidas a adoptar para que las referencias a términos como "escrito", "firma", y "documento" en las convenciones y acuerdos relativos al comercio internacional abarcaran ineludiblemente, sus equivalentes electrónicos. A dicho efecto, se consultó a la Profesora Geneviève Bastid Burdeau (Universidad de Paris I - Panteón Sorbona- asociada al Instituto de Derecho internacional y Secretaría General de la Academia de La Haya) quien se pronunció expresamente sobre el riesgo de ineficacia que amenaza a la Ley Modelo en tanto no sean adaptados los textos convencionales internacionales. En este orden de ideas literalmente afirmó: "En efecto, en muchos Estados se considera que los tratados internacionales tienen un valor superior al de las leyes y que deben prevalecer sobre ellas, aún cuando la ley sea posterior al tratado. Así puede darse el caso de que en un estado que haya adoptado una ley nacional conforme a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico el juez descarte las disposiciones de ésta y haga prevalecer las de convenciones anteriores que exijan documentos sobre papel o firmas manuscritas. Así pues, el esfuerzo de unificación del derecho emprendido con la difusión de esta ley modelo en los distintos estados no puede considerarse del todo satisfactorio y no constituye mas que una etapa necesaria pero insuficiente".

la CNUDMI sobre comercio electrónico cuando aprueben o modifiquen sus leyes, como asimismo haber incorporado en su Agenda para la CIDIP VII el comercio electrónico, es con miras a la necesidad de uniformar la legislación aplicable a las formas de comunicación y almacenamiento de información distintas del papel. Este hecho no puede dilatarse en el tiempo porque las condiciones del mundo actual así lo exigen.

La protección del consumidor o más concretamente, los contratos entre los consumidores y proveedores de bienes y servicios preocupan especialmente en el sentido de que no pueden quedar librados con exclusividad al arbitrio de las partes ante las notorias asimetrías que los caracterizan. En este marco, la regulación del comercio electrónico significa un desafío que hay que afrontar pues la diferencia de poder económico entre proveedores y consumidores va en franco aumento, al incrementarse la capacidad de negociación y el acceso a la información con los consiguientes beneficios que suscita a los primeros.

El planteo presentado sólo tiene una pretensión que no es otra que reflexionar juntos en torno a la persona y su inserción en el mundo de hoy caracterizado por los avances tecnológicos. La pregunta que cabe formularse es sobre el ser, porque de no detenernos en este planteo, nos podemos encontrar sentados a la mesa comiendo sin saber quién come, quién se nutre, quien crece, quien se intoxica, quien muere. Si podemos mantener abiertas las preguntas, las del derecho y sus nuevos recursos como en este caso, el comercio electrónico y la informática en general, existen mayores chances que quien hable sea el sujeto y que el derecho no se pierda en su instrumentalización y reelaboración sino que continúe habitado por el sujeto, el ciudadano, que no es otra su razón de ser.