

*Jurisdicción competente y ley aplicable en las relaciones jurídicas formalizadas en el ciberespacio**

Por Osvaldo J. Marzorati

1. Planteo del tema. Antecedentes. Normativa internacional

En este relato pretendemos dar una síntesis del estado actual de la cuestión relativa a la ley aplicable y a la determinación de la jurisdicción competente en los conflictos que se produzcan en el llamado *ciberespacio*, más conocido por la denominación vulgar de Internet. Usaremos ambas expresiones. Es conocido que el tema de la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente ha tenido relevancia jurídica, tanto en el derecho interno, como en el derecho internacional.

En nuestro país, como es sabido, la ley aplicable a un conflicto internacional está basada en el principio de la autonomía de la voluntad, por interpretación mayoritaria de la doctrina y aplicación judicial, sustentadas en el art. 1197 del Cód. Civil y apoyadas en la actualidad en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena en materia de compraventa comercial y la validación del principio de autonomía de la voluntad, ratificado por la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994, conocida como CIDIP V) y normativa del Mercosur.

Las partes, cuando contratan en sus contratos internacionales, suelen pactar –salvo que no dispongan de abogados o que éstos no estén muy preparados– la ley aplicable. Pero, ¿qué ley aplicar cuando las partes no la pactan en el llamado *ciberespacio*? En este relato intentaremos dar una respuesta.

Por otro lado, el problema más grave y más complejo es el del juez competente, dado que el autor del sitio puede estar domiciliado en un lugar, el proveedor de Internet que le da acceso a la red estar domiciliado en un segundo lugar y el usuario del sitio en un tercero. ¿Cuál es el juez que debe entender en cada caso? Nos adelantamos a señalar que para determinar esta cuestión existen diversas posturas alrededor del mundo. Para algunos simplemente resulta necesario efectuar un análisis particularizado del caso judicial, esto es: quiénes son las partes (criterio subjetivo); cuál es el objeto (criterio material); en dónde se produjo (criterio territorial). En definitiva, no hay coincidencia.

Actualmente, “la mayor parte de las transacciones y operaciones realizadas en el ciberespacio son internacionales” y “las legislaciones nacionales avanzan con mucho retraso con respecto a las nuevas tecnologías”. Existen dos posturas predominantes acerca del modo de regular los litigios surgidos por el uso de Internet: creación de una normativa material específica, *ad hoc* (*International Cyber Law*)¹ o acudir a las

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ El ciberespacio se concibió como un lugar o un espacio de libertad frente a la regulación gubernamental. Pero la realidad es que los gobiernos y el comercio de la mano se han puesto de acuerdo en regularlo mediante códigos o disposiciones. La libertad originaria de los *hackers* se ha perdido, reflexiona Lawrence Lessig (*Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999).

tradicionales reglas de derecho internacional privado. Cierta número de autores se inclinan por esta última solución porque no tiene tantos inconvenientes como la primera y, además, ya está trillada, porque los problemas que plantea Internet no son nuevos, sólo están presentados con un ropaje tecnológico que los hace novedosos². Incluso, se ha sugerido la creación de un magistrado virtual como fórmula para solucionar estos inconvenientes.

En efecto, en el ámbito de Internet, el domicilio del iniciador del mensaje, el del intermediario obligado y el del recipiente del mensaje tienen habitualmente domicilios distintos, y por ende, sustentan jurisdicciones diferentes. De allí, el problema no es fácil en materia de ley aplicable pero se agudiza aún más para determinar el juez competente.

Es necesario previamente entender y, por lo tanto, recordar la revolución que el uso de los medios electrónicos ha causado en el derecho material, que necesariamente se refleja en el derecho conflictual.

Se denomina *contratación electrónica*, o *por medios informáticos*, a la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento, o la interpretación de un acuerdo. Desde una óptica amplia, abarca a “todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos”.

Las notas a los arts. 916 y 3639 del Cód. Civil proveen la noción tradicional de la firma. En la primera se lee que “la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma”. En la segunda se expresa que la firma “es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad”. Pero la firma escrita, como expresión de la voluntad, no existe en Internet. En el ciberespacio abundan los correos electrónicos o *e-mails*, que una persona que se suele identificar, envía a otra.

Como herramienta derivada del mismo sistema de comunicación, “el *e-mail* le permite a un individuo enviar un mensaje electrónico –generalmente semejante a una nota o carta– a otro individuo o a un grupo de destinatario”, y “cada uno tiene su propia dirección, en forma similar a un número de teléfono”. Puede hacerle una propuesta y el destinatario aceptarla por ese medio. Existe así un intercambio de voluntades. El denominado comercio electrónico (*electronic commerce* o *e-commerce*), es, justamente, el que se realiza a través de Internet mediante el correo electrónico.

Dos de sus características más notables son la desmaterialización resultante de la sustitución del soporte papel por el soporte electrónico en la contratación, y la internacionalización de los negocios.

Esta modalidad ha generado grandes expectativas: “Los consumidores podrán comprar desde sus computadoras una gran variedad de productos de fabricantes y vendedores de todo el mundo. Podrán ver los productos en sus computadoras, acceder a información sobre ellos y ordenar y pagar lo que hayan elegido, desde su computadora”.

² Bianchi, Roberto A., *La resolución de conflictos en el comercio electrónico: un mecanismo eficiente para el B2C*, no publicado.

La expresión *e-commerce*, en sentido estricto, es aplicable a la negociación mediante Internet entre empresas o entre empresas y consumidores respecto de mercancías y servicios que son enviados por medios tradicionales. Aquí, el producto físico debe entregarse con un remito. La virtualidad no existe, pero también se aplica el *e-commerce* al negocio que tiene por objeto la adquisición de productos digitalizados –como el *software* de computación– que son enviados *online*.

De todas maneras, nadie duda de que la informática ya se ha instalado y vino para quedarse. Introdujo en la realidad técnica otro soporte distinto del papel, dejó atrás a la mecanografía; y cambió los criterios relativos a la firma tradicional como modo idóneo para individualizar y obligar a una persona.

También puede haber contratación *entre máquinas*, que se da cuando las computadoras están programadas de manera que tienen aptitud para manifestar automáticamente una oferta, o recibirla y emitir una aceptación, lo que nos conduce, y no trataré aquí, a un universo de tipo “orseliano”.

Internacionalmente hay una explosión normativa tendiente a dar solución a la nueva tecnología. La ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral) dispone que “en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos”. Establece también que “no se negará validez o la fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos” (art. 11), así como que, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario, “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos” (art. 12).

En los Estados Unidos de América, la Sección 7 de la ley uniforme de transacciones electrónicas (*Uniform Electronic Transactions Act* o UETA) del 29 de julio de 1999, establece que “no se puede negar efecto legal u obligatoriedad a un registro o una firma sólo porque esté en forma electrónica”, ni “a un contrato sólo porque se haya utilizado un registro electrónico en su formación”. La misma normativa agrega que “si una ley requiere que un registro observe la forma escrita, un registro electrónico satisface la ley”, y si “requiere una firma, una firma electrónica satisface la ley”.

En su Sección 114 (2) dispone que “Un contrato puede ser formado por la interacción de un agente electrónico y un individuo que actúa por sí mismo o por otra persona”, incluyendo “actos que el individuo está en libertad de no realizar, y que sabe o tiene razones para conocer que determinarán que el agente electrónico complete la transacción o su ejecución”.

En sentido coincidente con la UETA y la UCITA (*Uniform Computer Information Transactions Act*) la Sección 2B-204 del borrador del *Uniform Commercial Code*, aprobado en la reunión del 28 de julio al 4 de agosto de 2000, prevé esta redacción: “(d) (1) Un contrato puede ser formado por la interacción de agentes electrónicos de las partes, aunque ningún individuo haya tenido conocimiento de ello o haya revisado las acciones de los agentes electrónicos o los términos y acuerdos resultantes. (2) Un contrato puede ser formado por la interacción de un agente electrónico y un individuo que actúa por sí mismo o por otra persona”.

La Sección 2-211 prevé: “(a) No se puede negar el efecto legal o la obligatoriedad de un registro o una autenticación sólo porque esté en forma electrónica. (b) No se puede negar el efecto legal o la obligatoriedad de un contrato sólo porque se haya utilizado un registro electrónico en su formación”.

La directiva europea sobre comercio electrónico 2000/31, del 8 de junio de 2000, establece en el art. 9.1: “Los Estados miembro velarán por que su legislación haga posibles los contratos por vía electrónica. Los Estados miembro garantizarán, en particular, que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”³.

Una modalidad de las ventas a distancia efectuadas en forma electrónica es el *click-wrap agreement*, en virtud del cual el consentimiento se presta luego de abrir las condiciones del producto mediante la pulsación del *mouse* de la computadora.

Así, por ejemplo, antes de que el navegante de Internet sea admitido en un *website*, o de que comience la descarga de *software*, se le presenta un recuadro, que contiene un texto con una lista de condiciones generales denominado *terms and conditions*, *terms of use* o *subscriber agreement*, y sendas teclas con leyendas que brindan esta opción: “acepto” o “declino”.

Cualquier clase de contratos puede ser celebrado *online*, y la jurisprudencia de varios tribunales de los Estados Unidos de América ha aceptado que la voluntad sea comunicada mediante *click-wrapping* y han validado esta forma. Este efecto se produce si quien pulsa su aceptación ha tenido la oportunidad de examinar en la pantalla los términos contractuales y, pudiendo haberse rehusado a admitirlos, los ha aceptado mediante ese procedimiento.

Al principio, se consideró que existía contrato mediante la inclusión en pantalla de un acceso a las condiciones generales del contrato y la leyenda que, por su lectura, se presumía su aceptación, tal como: “El uso significa el consentimiento a las condiciones del servicio”, sin que el visitante haya tenido ocasión de examinarlas previamente.

La *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* de los Estados Unidos de América, del 30 de junio de 2000, dispone en ese sentido: “respecto de cualquier contrato, acuerdo o registro”, que “las partes de tal contrato, acuerdo o registro pueden establecer procedimientos o requerimientos relativos al uso y la acep-

³ La ley argentina 25.506 de firma digital dispone en el art. 1°: “Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que establece la presente ley”. En el art. 2°: “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes”. Y en el art. 11: “Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación”.

tación de registros electrónicos” [Sección 101 (b) (1)], es decir que es muy amplia al respecto.

Este tipo de negociación, mediante un mecanismo apropiado para el *e-commerce* y la economía globalizada, plantea problemas diversos. Uno de ellos es el de la cláusula de elección de jurisdicción, que puede afectar al debido proceso en la medida en que fuerce el desplazamiento del cliente a plantear sus reclamos ante tribunales judiciales o arbitrales distantes o muy onerosos. Lo mismo puede decirse de la limitación o exención de responsabilidad del proveedor, en términos inadmisibles para la legislación de la jurisdicción donde se domicilia el consumidor.

La directiva europea 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia –incluso mediante correo electrónico– consagra la obligación de información previa sobre circunstancias relevantes, que debe ser brindada “de modo claro y comprensible” (art. 4°). Prevé la necesidad de que el consumidor reciba confirmación mediante un soporte duradero de dicha información (art. 5°) y el derecho del consumidor a rescindir unilateralmente el contrato, sin responsabilidad alguna, durante cierto plazo (art. 6°), pero nada dice sobre la jurisdicción.

A la luz de esas normas y de las prácticas del mercado, se han preparado y publicado muchas reglas y formatos de convenio denominados generalmente “*Electronic Data Interchange Agreements*”⁴.

2. Consideraciones preliminares

Consideramos importante diferenciar competencia de jurisdicción. Cada país tiene competencia constitucional para regular el comercio interno e internacional. La palabra “competencia” tiene una doble aceptación. En un sentido amplio, significa una atribución legítima a una autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto por un caso.

La Constitución nacional delimita las competencias de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Esta transferencia de “competencia” debe tener un límite que evite el vaciamiento de competencias de cada órgano legislativo nacional en desmedro de la propia Constitución nacional⁵. Esto sentado, la competencia tiene su propio sentido específico en el orden judicial. Allí, un juez es competente cuando puede ejercer sus poderes delimitados en función de ciertos criterios.

La jurisdicción, proviene etimológicamente del latín *jurisdictio* que quiere decir “acción de decir el derecho”⁶. Es la función específica de los jueces que puede excepcionalmente ser atribuida a los árbitros, y en sentido restringido la competencia es la medida de la jurisdicción, como señalaba en sus clases Arrayagaray, un juez es

⁴ Por ejemplo, Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission (ICC); Standard Electronic Data Interchange Agreement (EDI Association, UK); Model Electronic Data Interchange Agreement (ABA); International Contracts. Boss, Amelia H., *Electronic data interchange agreements: A guide and sourcebook*, Paris, International Chamber of Commerce, 1993.

⁵ Hutchinson, Tomás - Peña, Julián, *El Tratado de Asunción y la Constitución nacional*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 5, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 462.

⁶ Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Bs. As., Heliasta, 1986, p. 409.

competente y ejerce por ende su potestad de decir el derecho en función de la materia, de las personas o del lugar, y sobre los que se le delegó potestad de juzgar.

Hechas estas salvedades, debemos puntualizar que existe un desorden terminológico y a ello se agrega el problema de la falta de equivalencias entre sistemas jurídicos. En el derecho anglosajón, un juez tiene jurisdicción en el doble sentido que dice el derecho, y tiene competencia sobre un caso determinado. Cuando en un documento del derecho anglosajón se habla de la jurisdicción se está refiriendo a este doble sentido y en particular a la competencia.

En nuestro país, los problemas de jurisdicción se resuelven en función de principios constitucionales y de normas legales o por tratados con países extranjeros (con el alcance del art. 31 de la Const. nacional)⁷. Se examina la sentencia extranjera, requiriendo que provengan de un tribunal competente en el orden internacional, según las normas argentinas de jurisdicción internacional⁸.

Dado que no todos los países tienen jurisdicción similares sobre las reglas de jurisdicción, y que no existe un organismo internacional en el derecho internacional de los negocios (como ser la Corte Suprema de la Nación de un país), la posibilidad de conflictos de competencia entre titulares de *iuris dictio* aumentan, sobre todo, cuando existen competencias concurrentes.

En el caso de la Argentina, la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales nacionales o extranjeros está admitida en los asuntos de índole patrimonial. Así lo establece con claridad el art. 1º, párr. 2º, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación: “Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12, inc. 4º de la ley 48, exceptúase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley”.

La jurisdicción en la Argentina puede ser exclusiva (conforme a nuestras leyes) o concurrente. Situación análoga pasa en el extranjero. Pero ambos países pueden establecer condiciones distintas para tal concurrencia.

Ahora bien, antes de entrar en consideraciones de jurisdicción debemos preguntarnos, ¿cuándo un asunto es de índole internacional? Se ha entendido que un asunto es internacional cuando concurren circunstancias objetivas, jurisdiccionales o sustanciales, que lo vinculen a diversos contextos jurídicos nacionales, independientemente de lo que las partes puedan llegar a determinar subjetivamente. Y llegado el caso de una instancia adversarial, el tribunal aplicará sus propias normas de derecho

⁷ “Debe recordarse que la eficacia de un pronunciamiento judicial, a ser cumplido fuera del foro en el cual se dictó, depende de que el tribunal tenga jurisdicción internacional, según la ley del país donde dicho pronunciamiento deba surtir efectos. Solución esta última recogida en el art. 2º, inc. d, del Convenio sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, según ley 22.921” [Marzorati, Osvaldo J. *Reflexiones sobre jurisdicción y ley aplicable en Internet*, en Kleinheisterkamp, Jan - Lorenzo Idiarte, Gonzalo A. (coords.), “Avances del derecho internacional privado en América latina”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002].

⁸ Un caso puede ser juzgado en otro país, según las normas de jurisdicción del juez extranjero y, sin embargo, esa decisión puede no ser eficaz en la República Argentina, aunque sí en otras jurisdicciones.

internacional privado, sean normas de conflicto, materiales o de policía y definirá el caso según esas pautas, buscando siempre la conexión jurídica más relevante al caso, atendiendo a la voluntad de las partes, la integración del derecho extranjero, la aplicación de los tratados internacionales que correspondan y los principios generales del derecho⁹.

3. Los criterios sobre jurisdicción y ley aplicable en nuestra materia

En materia de jurisdicción, cabe recordar, en primer término, que en los Tratados de Montevideo de 1939/40, la jurisdicción corresponde a los jueces del Estado, cuya ley debe aplicarse a la relación jurídica en cuestión, aunque se valida el derecho del actor de entablar acciones personales en el domicilio del demandado.

En cuanto a la ley que debe aplicarse, corresponde en materia contractual la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse.

En segundo lugar, cabe hacer mención de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) y la de Montevideo de 1979 sobre Ejecución Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

La primera dispuso en su art. 7° que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. Igual solución presenta en Europa la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales en su art. 1° que establece el principio de la autonomía de la voluntad. En igual sentido, la Convención de Viena sobre Compra-venta Comercial ratifica el principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto permite a las partes por mutuo acuerdo, excluirla en todo o en parte.

En materia de jurisdicción, la Convención de Montevideo de 1979 dispone que la eficacia de un laudo o sentencia arbitral depende de que el tribunal tenga jurisdicción internacional según la ley del país donde el pronunciamiento debe surtir efectos (art. 2°, inc. d).

El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual fue aprobado por el Consejo del Mercosur, el 18/08/94, y ratificado por ley por los 4 socios, con el objeto de armonizar las reglas de jurisdicción internacional de los Estados miembro en materia contractual, estableciendo la validez de los pactos de prórroga de jurisdicción (inexistentes en los tratados de Montevideo) a condición de que el consentimiento de una de las partes no fuere obtenido en forma abusiva (art. 4°).

No deseamos entrar en materia sobre la cuestión arbitral, pero baste recordar que existen conflictos señalados por la doctrina argentina y extranjera entre la Convención de Nueva York de 1958 y la de Panamá de 1975, coincidentes entre sí, y la Convención de Montevideo de 1979 y los llamados acuerdos del Mercosur celebrado entre los 4 signatarios originales y las Repúblicas de Chile y Bolivia, que no tienen

⁹ El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado dispone que un contrato es internacional si tiene contactos objetivos con más de un Estado (art. 68).

normas de compatibilidad apropiadas con las Convenciones precedentemente citadas.

Esto sentado, en materia de nuestro derecho, cabe reflexionar si estos principios se aplican *mutatis mutandi* a las relaciones jurídicas que surgen de Internet o como lo señalan otras teorías que discutiremos, es aconsejable desarrollar otros principios aplicables al tema.

En Estados Unidos de América y Europa se está avanzado en el estudio de posibles medios alternativos de solución de conflictos, entre otros, puede citarse el magistrado virtual y la utilización de la figura del arbitraje internacional hasta tanto se pueda recurrir a una justicia permanente.

Si bien los conflictos más frecuentes se observan en las transacciones comerciales “no se puede ignorar los problemas suscitados por delitos informáticos (ciberdelitos), infracciones al derecho de propiedad intelectual (piratería), lealtad y publicidad comercial, infracciones impositivas (“se debe gravar el *e-commerce*”); la ocupación ilícita de los nombres de dominio por parte de piratas a organizaciones inescrupulosas; la adecuación de las normas del derecho del trabajo (al trabajo efectuado en jurisdicciones diferentes), y la protección de las garantías individuales, especialmente el derecho a la privacidad, el honor y el derecho de los consumidores”¹⁰.

Hay que reconocer que sería deseable armonizar las normas de derecho internacional privado de los distintos Estados y, asimismo, que resulta necesario adaptar los criterios clásicos de esta disciplina jurídica, como ser los criterios territoriales rígidos y en menor medida el criterio de la aplicación funcional de las leyes, recogidas en el *Restatement of Laws* y basados en la prédica de Von Mehren al mundo de Internet¹¹.

Cabe señalar que en España¹² proponen adoptar criterios flexibles –no necesariamente equivalentes a los de Von Mehren– “que no aparezcan fundados exclusivamente en la vinculación del problema jurídico con el territorio de un Estado”, “proporcionar soluciones adecuadas a supuestos no contemplados originariamente por la *mens legislatoris* y desarrollar judicialmente el derecho internacional privado basándose en valores constitucionales” superándose así la obsolescencia de ciertas reglas.

Para la competencia judicial internacional acuden a la misma normativa sobre el comercio electrónico. Entienden que los criterios tradicionales, foro del domicilio del demandado, foro del lugar del hecho dañoso, aunque útiles, resultan en algunos casos insatisfactorios. Por ello proponen “un desarrollo judicial equilibrado de las reglas de derecho internacional privado” y acudir al foro del domicilio del demandante (*forum actoris*) “a título del país donde se producen los daños principales al perjudicado (foro de los daños principales)”. En España, a la hora de abordar la ley aplicable en estos casos de responsabilidad extracontractual, notan la necesidad de un nuevo enfoque y, en muchos casos, de una reducción teleológica de las reglas de derecho internacional privado para evitar resultados absurdos e injustos. Tienen en cuenta que los ilícitos por Internet son “ilícitos a distancia” e “ilícitos producidos en varios países”, por

¹⁰ Bianchi, *La resolución de conflictos en el comercio electrónico: un mecanismo eficiente para el B2C*.

¹¹ Von Mehren, Arthur, *Functional analysis in choice of law*, “Revista Argentina de Derecho Comparado”, n° 4, 1980, p. 213 y siguientes.

¹² Von Mehren, *Functional analysis in choice of law*.

lo que, si no se realiza cierta reducción de las normas, sería posible la aplicación de las leyes de todos los países del mundo, lo que afectaría sin duda a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva.

Entendemos que, por más que se quiera confeccionar un Código de Internet, sólo podrá contener reglas de procedimientos, aspectos técnicos que no afecten el orden público internacional. Si lo afecta ese orden internacional lo excluirá¹³.

En suma, los problemas que suscitan en Internet no consisten sólo en como funcionan las teorías del lugar de celebración o la teoría del cumplimiento frente a la determinación del lugar, sino también las que suscitan las transacciones entre las partes sofisticadas, que generalmente prevén la ley aplicable, y las transacciones directas con el consumidor.

4. Jurisdicción

a) Jurisdicción del ciberespacio

En este orden de ideas, cabe puntualizar, como lo afirma Millé, que el “ciberespacio” no es un lugar “físico o territorial” sino un “espacio virtual”. Internet es una red global de computadoras interconectadas que adquieren y distribuyen la información entre sí desde distintos lugares físicos (a veces bien distantes). Por eso ignora los límites geopolíticos. No es lugar sino una “fuerza continua e incontenible”.

El ciberespacio, señalan Downes y Mui “será el lugar en el que la riqueza se cree y distribuya y todavía se mueve sin fronteras, no está regulado, es abierto y democrático”¹⁴. Desde esta postura, entienden al ciberespacio como una “nueva jurisdicción” que atraviesa transversalmente a las otras jurisdicciones ya existentes (internacional, comunitaria, nacional, provincial y municipal).

Muchos autores interpretan que el ciberespacio, un paquete digital (*digital packet*), es análogo a un barco pirata (*pirate ship*). Otros, que una mejor analogía sería entre el pirata y el paquete y entre el barco y los instrumentos (*instrumentalities*) para que el paquete llegue a su destino. Esta analogía puede ser atacada con la objeción que el pirata controla el barco sujeto a su pérdida, pero el originador del paquete no controla los instrumentos (*instrumentalities*) usados para su entrega. Según Perritt (jr.): “The lack of congruence between cyberspace’s global, transnational character and the national geographic limitations on the courts, leads to some important challenges in civilizing cyberspace through law”.

Autores como Brenna, piensa que una solución para la regulación en Internet sería: 1) unificar las reglas legales; 2) unificar una ley sustantiva de Internet, o 3) reconocer a Internet como jurisdicción propia y asignar disputas a un tribunal interna-

¹³ Podrá dudarse acerca de la contradicción con el orden público de un laudo fundado, no en un derecho nacional determinado, sino en los “principios internacionalmente aceptados al derecho contractual”. Al parecer se está considerando que tal contradicción no se produce si las partes intentaron crear derechos y obligaciones jurídicamente vinculantes y si el contrato era suficientemente cierto (sentencia de la Corte de Apelaciones de Inglaterra en “Deutsche Schachtbau v. National Oil CA”, en *The weekly law reports*, 1987, 1023).

¹⁴ Downes, Larry - Mui, Chunka, *Estrategias digitales para dominar el mercado*, México, Ediciones Granica, 1999.

cional de arbitraje de Internet o una corte especial exclusiva para estas disputas y la sanción de una ley sustantiva que rijan estas transacciones.

b) Jurisdicción internacional

También se ha señalado que la red Internet goza de un carácter internacional por sus efectos y por lo tanto está regulado principalmente por las normas internacionales ya creadas y a crearse a medida que se difunda su utilización. Una de las soluciones que se tienen en cuenta es la posibilidad de crear un tribunal especial internacional.

d) Jurisdicción supranacional

Para otros autores, persiste la idea de avanzar con las negociaciones en materia de comercio electrónico en el ámbito comunitario a los fines de procurar el acuerdo de libre comercio en esta materia.

e) Jurisdicción nacional

Es evidente que la regulación por parte de los Estados nacionales aisladamente no es considerada adecuada por la naturaleza de la red y puede dar lugar a soluciones contradictorias, como ya ha ocurrido.

f) Jurisdicción de personas

La aplicación de la *personal jurisdiction* en los casos civiles que ocurran en el ciberespacio requiere de los conceptos de “contactos mínimos” y “*fair-play and substantial justice*” según lo estableció la Corte norteamericana en el caso “International Shoe”¹⁵. En cambio en los casos penales, se requiere la *physical presence* en el Estado del foro y en los casos civiles en los que se discute sobre los bienes del demandado puede surgir la *in rem jurisdiction*. En los Estados Unidos de América existe una jurisprudencia sobre *Internet jurisdiction*¹⁶ y también la doctrina es abundante sobre el tema.

Por otra parte, Menthe opina que existen tres tipos de competencia generalmente reconocidas en el derecho internacional: 1) la competencia para prescribir la regla de derecho para una determinada acción (*to prescribe choice of law*); 2) la competencia para hacer cumplir (*to enforce*), y 3) la competencia para dictar sentencia (*to adjudicate*)¹⁷.

Recurrentemente se ha discutido si la jurisdicción *in personam* es la que corresponde para determinarla y resolver los casos que se refieren a este tema. Un Tribunal

¹⁵ “International Shoe Co. v. Washington”, 326 US 310, 1945.

¹⁶ “Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com Inc.”, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa., 1997); “Agar Corp. v. Multi-Fluid Inc.”, 45 U.S.P.Q.2d (BNA) 1444, (S.D. Tex., June 25, 1997); “American Network Inc. v. Access America/Connect Atlanta Inc.”, 975 F. Supp. 494 (S.D.N.Y., 1997); “Bensusan Restaurant Corp. v. King”, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y., 1996), *aff’d*, 126 F.3d 25 (2d Cir., 1997).

¹⁷ Menthe, Darrel, *Jurisdiction in cyberspace: A theory of international spaces*, publicado en el sitio: <http://www.mttl.org/volfour/menthe.html>, 26/9/03.

Federal de Apelaciones entendió que no era aplicable la ley del principal lugar de los negocios del comerciante¹⁸. Éste consideró que el hecho de que el *website* se encuentre territorialmente ubicado en Virginia no es base suficiente para fundar la “jurisdicción *in personam*” debido a que no hay evidencia de que las actividades de Internet sean directamente realizadas en Virginia ni que actualmente sólo usen el *website* los residentes en Virginia. Por otra parte, para determinar si la “jurisdicción *in personam*” existe con respecto a un demandado, las cortes federales aplican la ley del Estado del foro, conforme a los límites del debido proceso regulado por la cláusula Cuatorce de la Constitución estadounidense¹⁹.

Comentaré brevemente algunas de las doctrinas utilizadas con frecuencia por los tribunales norteamericanos para justificar la llamada “competencia personal”.

5. El problema de la jurisdicción sobre el ciberespacio

a) Estados Unidos de América

1) *La doctrina de “stream of commerce” (flujo de comercio)*. Esta doctrina es utilizada por las cortes americanas con el fin de otorgar carácter federal a la relación comercial entre personas de distintos Estados. La corte entendió que la jurisdicción *in personam* es ejercitada constitucionalmente en forma directamente proporcional con la naturaleza y calidad de la actividad comercial. Sin embargo, según se prescribió en el caso “CompuServe Inc. v. Patterson”, la doctrina de *stream of commerce* (corriente, flujo de comercio) no resulta suficiente para afirmar la jurisdicción, por eso la corte recurrió a la doctrina de “los contactos mínimos”.

2) *La doctrina de “los contactos mínimos”*. El demandado puede estar sujeto a la jurisdicción específica o general *in personam* en el Estado del foro. Para afirmar la jurisdicción general, el demandante debe establecer “contactos mínimos”. Se entiende por éstos designar un representante en la jurisdicción o tener una cuenta bancaria para hacer cobranzas o depósitos.

En orden a determinar el requisito de la doctrina de “los contactos mínimos”, o a rechazarlos, los acusados (demandados) no residentes deben: a) demostrar que los resultados directos de sus actividades y consumos no se han producido en el foro; b) que la demanda debió haberse iniciado en el foro del acusado donde éste realiza sus actividades, y c) el ejercicio de la jurisdicción tiene que ser justa.

La Corte norteamericana ha dicho en relación a la demanda del correo postal respecto del boletín de servicio a bordo de una aeronave que “el mero acto de transmisión de información aunque se use las facilidades de las comunicaciones interestatales no es suficiente para establecer la jurisdicción”. Sin embargo, una jurisdicción (competencia) específica puede surgir por contactos particulares y esporádicos si el reclamo está relacionado con o fuera un posible contacto del acusado con el foro.

Debe resaltarse que en los Estados Unidos, donde se han producido muchos conflictos en materia de Internet, la doctrina ha dividido los casos sobre jurisdicción en: a) aquéllos en los que evidentemente los jueces tienen jurisdicción; b) aquéllos en

¹⁸ “Rannoch, Inc. v. Rannoch Corporation”, 52 F.Supp.2d 681, ED Va., 1999.

¹⁹ “Citing In-Flight Devices Corp. v. Van Dusen Air Inc.”, 466 F.2d 220, 224, 6th Cir., 1972.

los que se deben determinar varias circunstancias para resolver si el juez es o no competente, y c) aquéllos en los que la jurisdicción es impensable²⁰.

Es claro que hay muchas ventajas en hacer negocios a través de Internet. Ésta permite realizar comunicaciones a larga distancia fácilmente, a muy bajo costo, a pesar de la distancia que existe entre el emisor y el receptor. Cuando uno está *online* en Internet, uno está en todos lados al mismo tiempo. Las transacciones entre las partes, con distintos sistemas legales y distintas culturas, son realizadas sin mucho esfuerzo. Esto crea algunas consideraciones importantes. La jurisdicción comúnmente es determinada por el país del demandado. Sin embargo, no siempre es así. Entonces, ¿qué jurisdicción es aplicable cuando las partes, vinculadas por la red, tienen poco o ningún contacto geográfico ni físico?

La solución actual dada en el marco del derecho norteamericano ha sido plasmada en diversos fallos jurisprudenciales, el más citado es “International Shoe Co. v. Washington” de 1945, en el que se determinó que “en orden a mantener un pleito en un Estado dado o país, la corte debe tener jurisdicción sobre las personas o sobre los objetos del caso”.

La Constitución de los Estados Unidos de América permite a las cortes ejercer jurisdicción personal sobre las personas, quienes deben tener contactos mínimos con el Estado o distrito judicial atendiendo a su propia jurisdicción. Estos “contactos mínimos” consisten en la presencia física, ganancia financiera, relación de comercio, y la elección de la corte apropiada por vía contractual. Asimismo, las cortes han manifestado que el propósito está dirigido a que el foro pueda crear contacto suficiente para ejercer jurisdicción (“Calder v. Jones”, 1984). En la era de la comunicación los simples contactos *online* pueden satisfacer el contacto mínimo en análisis, ello implica que tanto los ciudadanos norteamericanos como los extranjeros pueden ser atraídos a la jurisdicción de las cortes sólo con el citado requisito del *minimum contacts* (Perritt, 1996).

Los tribunales han comenzado a regular que la transmisión de información a través de Internet a jurisdicciones extranjeras o poner información en la *world wide web* puede ser suficiente para imponer la jurisdicción donde el demandado reside, donde la información fue recibida. Por ejemplo, Playboy obtuvo una sentencia favorable prohibiendo a Tattilio Editrice, una compañía italiana, por operar un sitio de Internet en Italia denominado “Playmen”. Los Estados Unidos juzgaron que el establecimiento y la operación de un sitio de Internet desde Italia, que estaba disponible en los Estados Unidos a través de la *world wide web* violaba los derechos de propiedad intelectual perteneciente a Playboy de distribuir o vender bajo ese nombre²¹.

No obstante, en el reciente caso concluido en 1999, entre “Mink v. AAA Development”, sobre la violación al derecho de autor, el tribunal actuante se negó a ejercer la jurisdicción sobre la persona a pesar de que el operador del sitio *web* suministraba un formulario de orden de pedido a remitirse mediante correo electrónico, que podía imprimirse, un número telefónico para llamar sin cargo y una dirección de correo electrónico en su sitio *web*. Aunque el sitio *web* daba una dirección de correo electrónico que permitía a los clientes interactuar con la empresa, el tribunal sostuvo que el sitio

²⁰ Como ejemplo de este último se puede pensar en aquellos casos en que existe un sitio pasivo en el que se publica información pasiva.

²¹ “Playboy Enters Inc. v. Chuckleberry Pub’g Inc.”, 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y., 1996).

web no obstante era pasivo, dado que no podía efectuarse ningún pedido en línea, no se realizó nunca ningún negocio en Internet con los usuarios de esa jurisdicción, así como tampoco existía evidencia alguna de la cual pudiese inferirse que el demandado hizo algo más que responder a correos electrónicos enviados por clientes.

La distinción fundamental entre “Mink” y los otros casos que quedaban comprendidos en el espectro medio, parece girar sobre si los tribunales desean o no considerar factores tales como el suministro a través de un sitio *web* de una dirección de correo electrónico y de números de teléfono para efectuar llamadas sin cargo, como intentos de realizar negocios con los usuarios.

Un precedente interesante es “Amazon.com” que fijó un rumbo que luego es cambiado por el de “Yahoo.com”. En agosto de 1999, el Centro Simon Wisenthal acusó a Amazon.com de vender libros prohibidos en Alemania, como *Mein kampf* de Hitler. Si bien Amazon.com ofrece estos libros en su sitio *web*, su subsidiaria alemana, no lo hace. Otras librerías *online* como la editorial Barnes & Noble, también ofrecen estos libros en su sitio *web*.

Amazon.com basó su defensa en que había adoptado la postura de tratar a los clientes internacionales que piden libros de su sitio *web* como si fuesen turistas, haciéndolos responsables de las importaciones de dichos libros en sus respectivos países. Como argumento adicional Amazon.com se justificó alegando que no cuenta con un programa o una persona encargada de hacer un seguimiento de cada venta para poder chequear y determinar si los libros están o no prohibidos en el país de destino.

Esa carencia amenaza a Amazon.com con el peligro de perder el litigio, ya que al tener una subsidiaria en Alemania se encuentra expuesta a las leyes de ese país. Este caso da pie a una serie de interrogantes: ¿quién está violando la ley? ¿Amazon.com, por ofrecer el libro a los clientes alemanes?, ¿la empresa de correos DHL, por hacer los envíos a Alemania?, ¿sus clientes alemanes, por hacer el pedido? ¿Quién es responsable? El caso no está aún resuelto.

A comienzos de junio de 2001, el juez de la Corte Federal de San José, California, Jeremy Forget, rechazó el fallo de la justicia francesa, emitido a finales de 2000, para bloquear las subastas que Yahoo! realizaba de objetos nazis, lo que ha supuesto la victoria de la compañía californiana al veto de sus subastas por países extranjeros.

La historia se remonta a noviembre de 2000, cuando el juez francés Jean-Jacques Gómez ordenó a Yahoo! bloquear las páginas donde se vendían objetos nazis a los usuarios galos, ya que esta práctica es ilegal en Francia. En este caso se dio preferencia a la ley local para legislar sobre la globalidad de Internet. A partir de ese momento y en los tres meses siguientes Yahoo! tenía que cumplir el bloqueo sobre estos contenidos y pagar trece mil dólares por día de retraso en su puesta en marcha.

El portal pidió a la Corte de Distrito de Estados Unidos que la pena no fuera ejecutada porque su *site* en Francia cumplía las leyes del país y no podía hacerse responsable de que los usuarios galos consultasen páginas de otros países. Pero los franceses no se conformaron con estas excusas y alegaron la posibilidad de restringir el acceso a estos contenidos en un 60% a través de las IPs de los cibernautas.

Finalmente, Yahoo! decidió retirar de sus páginas las subastas de objetos nazis a escala internacional, pero pidió la revisión de este caso por parte de la justicia esta-

dounidense, con el objeto de evitar la aplicación de la sentencia francesa que afectaría la libertad de expresión de los usuarios. De esta forma, Yahoo! ha buscado una decisión judicial que determine si la justicia francesa tiene jurisdicción para regular el comercio de la compañía.

Con esta decisión se abre una vía a la reflexión en el ámbito jurídico que podría sentar un precedente legislativo internacional respecto de la conveniencia o no de intentar gobernar Internet haciendo uso de las leyes locales, el procedimiento seguido por Francia en este conflicto, o el uso de una ley global creada por un organismo internacional generador de parámetros legislativos generales²².

Sería natural que muchos jueces reciban presiones políticas para que éstos se adjudiquen la jurisdicción en temas de daños sufridos por ciudadanos locales; los tests utilizados por las cortes en orden a aplicar la jurisdicción variarán de país a país. A la hora de determinar la jurisdicción sobre la persona respecto de quien opera un sitio, la mayoría de los tribunales en Estados Unidos han aplicado la distinción entre “uso interactivo”²³ y “uso pasivo”²⁴. Por lo general, en los casos en que los “usos interactivos” han tenido lugar dentro del Estado, las cortes han hecho lugar a la jurisdicción sobre la persona. Es criterio general que los tribunales se nieguen a aplicar la jurisdicción sobre la persona en función de la publicidad del sitio. Sin embargo, los tribunales ejercen la competencia cuando han existido contactos adicionales y activos a través de Internet con los residentes de esa jurisdicción, como hemos visto en los casos precedentes.

b) Comunidad Económica Europea

En los distintos convenios internacionales se analiza el tema, aplicando la distinción entre transacciones mercantiles (*business to business*) y negociaciones de consumo (*business to consumer*). En el Convenio de Bruselas, cuando la relación es entre empresas, resulta aplicable el art. 5º, al determinar: “Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación”.

En relación de consumo se aplica el art. 13 al decir: “En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada ‘el consumidor’, la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4º y en el punto 5 del art. 5º... 3) Para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, si: a) La celebración del contrato hubiere sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad, y b) El consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato”. El art. 14 establece que: “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada

²² Ver <http://www.idg.es/iworld/noticia.asp?sec=iworld&bid=16599>, informe del 18/6/01.

²³ El contacto “interactivo” se da cuando existe una comunicación *online* y recíproca que alienta el inicio de una relación entre las partes en el ámbito de un negocio ya comenzado.

²⁴ Los contactos “pasivos” son aquellos que ponen la información a disponibilidad de los usuarios interesados.

dicha parte o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor. La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor”.

En cuanto al Convenio de Lugano, éste repite similares normas a las citadas anteriormente del Convenio de Bruselas.

En suma, “en caso de conflictos será aplicable al contrato el derecho del país de residencia habitual del consumidor (Convención de Roma y anexo de la directiva sobre comercio electrónico), y serán competentes para las acciones contractuales los tribunales del país de residencia del consumidor, se aplique ya sea el criterio de la ‘actividad’ o el de la ‘performance’ (*Judgments Project*), o bien los tribunales del domicilio del consumidor (reglamento ‘Bruselas I’). En cuanto a las normas específicas de protección de datos personales, para el comerciante electrónico que efectúe tratamiento de datos y no esté establecido en un país de la comunidad, utilice o no medios automatizados de tratamiento de datos, se aplicarán las normas nacionales del Estado miembro de la Unión Europea (directiva de protección de datos)”²⁵.

Ante las diferencias que existen entre las legislaciones de los distintos países en materia de competencia internacional, cabe puntualizar algunos principios comunes (algunos ya mencionados).

Como hemos dicho, el domicilio del deudor es universalmente aceptado como atributo de la competencia.

c) Breve referencia a la situación en la República Argentina

La existencia de bienes en el país es un criterio previsto por el art. 10 del Cód. Civil. El art. 1216 del mismo Código determina que el lugar de cumplimiento del contrato determina la competencia. También se acepta que tienen jurisdicción los tribunales del país cuyo derecho es aplicable al caso (principio de paralelismo). En materia de cuasidelitos o delitos es competente el juez del lugar del hecho.

Hasta el día de la fecha, los jueces argentinos no han tenido oportunidad de dictar sentencias firmes y que hagan jurisprudencia sobre los problemas que crea Internet. Tampoco el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado contempla ninguna solución específica de ley aplicable al ciberespacio.

Entendemos importante señalar un importante fallo en materia de jurisdicción y competencia de los tribunales argentinos. La Corte Suprema, en 1998, en “Exportadora Buenos Aires SA c/Holiday Inn’s Worldwide Inc.”, resolvió que “en ausencia de tratado, la cuestión de competencia debe dirimirse, sobre la base de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, a saber los arts. 1215 y 1216 del Cód. Civil que abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia del deudor estuviere en la República Argentina, o, concurrentemente, cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella... en ausencia de solución con-

²⁵ Bianchi, *La resolución de conflictos en el comercio electrónico: un mecanismo eficiente para el B2C*.

vencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos²⁶.

La Corte Suprema siempre ha interpretado, con gran amplitud, al art. 75, inc. 13 de la Const. nacional²⁷. El criterio de la Corte fue reiterado en el caso “Cámpoli”²⁸ y en realidad se basa en lo que el derecho internacional denomina “contactos mínimos”.

6. La ley aplicable

Desde un punto de vista esquemático, el tema parece sencillo. El primer paso sería determinar que sistema legal gobierna. Si se aplica la autonomía de la voluntad, qué restricciones tiene en materia de ciberespacio. El segundo paso, determinar si el supuesto legal remite a una ley particular o aplica sus normas de fondo. Este último nos dará la respuesta del derecho local aplicable. El derecho internacional privado se ha ocupado tradicionalmente de dar respuestas a este tema.

En general, son las partes las que pactan que ley se les aplicará. El art. 1197 del Cód. Civil sustenta el principio de la “autonomía de la voluntad”. Sin embargo, si las partes, sea en forma inconsciente o deliberada, no eligen la ley aplicable, este silencio obligaría a optar por, o bien la aplicación de la norma de conflicto que se estime más apropiada, o bien acudir para la solución de la controversia a lo que ha dado en llamarse *lex mercatoria*²⁹, facultad existente en algunos reglamentos de tribunales arbitrales, como el de la Cámara de Comercio Internacional (*International Chamber of Commerce* o CCI). Si recurren a las normas de conflicto o sistema de derecho internacional privado, ello las conducirá seguramente a un determinado ordenamiento jurídico nacional. En cambio, si se deciden por la *lex mercatoria* se puede producir desde una marcada desvinculación hasta un desprendimiento de los derechos estaduales.

Se está siempre ante la autonomía de la voluntad de las partes, los acuerdos celebrados por éstas forman parte de “una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Sin embargo, esta regla no es absoluta dada la existencia de la limitación contenida en el art. 14 del Cód. Civil o principio de reserva, que establece que las leyes extranjeras no serán aplicables cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal; o cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación; o cuando fueren de mero privilegio; o cuando las leyes del Código Civil fueren más favorables a la validez de los actos³⁰.

²⁶ Deseamos resaltar que el Título II “Jurisdicción internacional” del pomposo Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de la República Argentina, presentado en mayo de 2003, en su art. 17 permite la prórroga de jurisdicción en materia patrimonial a menos que los jueces argentinos tuvieran jurisdicción exclusiva. Además, el art. 19 prevé el foro de necesidad como paliativo para obtener una sentencia eficaz que lo asemeja mucho a la defensa del *forum non conveniens* del derecho anglosajón.

²⁷ *Fallos*, 154:104; 268:306; 298:392; 308:2473.

²⁸ CSJN, 1/6/00, “Cámpoli, Gabriel A. s/acción de amparo”, JA, 2000-IV-96.

²⁹ Generalmente definida como “la propia ley de las relaciones económicas internacionales”.

³⁰ El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, en su art. 11, dispone que los tribunales aplicarán de oficio el derecho extranjero declarado por la norma de conflicto, salvo que su aplicación conduzca a una solución manifiestamente incompatible con tales principios (art. 14) o sean excluidos por normas de policía (art. 15). El art. 16 permite la aplicación de instituciones o procedimientos

Siempre se ha evitado la aplicación de una ley extranjera aplicando normas de reenvío de un sistema nacional o por medio de la aplicación del llamado orden público internacional argentino que evitan la aplicación de la ley extranjera. ¿Por qué estas normas ya transitadas por el experto no se compadecen con Internet y dan lugar a soluciones, incluso calificadas de bizarras? Algunas de las razones están motivadas por la imprecisión del lugar donde surge la oferta o el domicilio del oferente. La Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (art. 1°) conduce a igual solución, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Formación del Contrato de Compraventa y los derechos y obligaciones en materia de compraventa internacional permiten a las partes elegir la norma de conflicto e incluso excluir total o parcialmente las normas de la Convención.

Como vimos el derecho internacional tradicional se ocupa de elegir qué ley se aplica a la solución de los conflictos transnacionales y de dilucidar qué corte tiene jurisdicción para aplicarla. Pero, ¿cómo elegir la ley aplicable? ¿cómo acomodar la red en el entorno legal de compartimentos legales nacionales que pugnarán por ser aplicados?

Siguiendo a Burnstein habría que evitar que estas reglas unificadas de elección de la ley aplicable fuera demasiado flexible y se basaran en conceptos tales como “relaciones significantes”, “contactos relevantes”, “centros de gravedad” u otros por el estilo, conceptos aplicados a la determinación de la jurisdicción.

Los jueces anglosajones deben observar en qué país tendrá lugar la probanza del pleito o dónde se domicilian los testigos, con qué país cada parte está vinculada y cuán estrechamente; si los demandados desean ser juzgados en otro país o sólo tratan de aprovecharse de ciertas ventajas procesales.

En la práctica, la elección del derecho aplicable podrá resultar más o menos ventajosa para el extranjero. Se coincidirá fácilmente en que la aplicación acumulativa de la legislación del país de la protección y del país de origen, como en el mecanismo de comparación de los plazos prescripta en el art. 7.8 del Convenio de Berna, en la práctica resultará menos ventajosa para los autores extranjeros y ello, dicho sea de paso, puede justificar que se la critique como un elemento de discriminación indirecta en el sentido del art. 6°, del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, según la interpretación del Tribunal de Justicia en la causa “Phil Collins”³¹, en 1993.

Empero, esa aseveración no permite disimular uno de los principios fundamentales del derecho internacional privado, según el que la cuestión del goce de los derechos por un extranjero no rige la elección del derecho aplicable al fondo de la cuestión. Una cosa es que un extranjero esté facultado a hacer valer un derecho en un país determinado y ello, en ciertos países como Francia es evidente, en mayor o menor medida; otra cosa es saber qué legislación deberá aplicar el tribunal. En efecto,

desconocidos, salvo el principio de reserva, permitiendo, incluso, su adaptación por los tribunales, lo que nos parece simplemente descabellado.

³¹ “Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mb”, C-92/92; “EMI Electrola v. Patricia Im und Exportgesellschaft”, C-326/92.

tal como se verá, cabe concebir que el tribunal que entiende en la causa aplique una legislación que no es la suya³².

En suma, existen dos series de cuestiones fundamentales: 1) la determinación de la legislación que rige el contrato y su papel en relación con la legislación que rige el derecho y 2) la oportunidad de someter a la legislación del país de origen ciertas cuestiones tales como la existencia del derecho, su titularidad, su duración. Podemos decir que en ausencia de una elección de las partes, la legislación que rige el contrato se determinaría por referencia al lugar de establecimiento de quien realiza la explotación y regiría únicamente las condiciones de formación del contrato y las obligaciones personales de las partes, con exclusión de las condiciones de adquisición propias del derecho y su contenido. Siguiendo a Ulmer, “tal vez aun sería posible prever una norma que haga hincapié en la necesidad de circunscribir a unos límites estrechos los correctivos constituidos por las normas de policía o de aplicación inmediata, así como la reserva de orden público internacional”³³.

7. Posibles soluciones

Sin pretender ofrecer una visión exhaustiva, nos referimos a algunas de las soluciones dadas a la cuestión de la jurisdicción competente y la ley aplicable a los contratos (incluso los del comercio electrónico).

Actualmente está en discusión en la Conferencia de La Haya el llamado *Judgments Project*³⁴. A pesar de que se consiguieron notables avances, todavía no hay consenso sobre la base de la competencia en materia contractual. En cuanto al Estado en el que la actora puede iniciar sus acciones hay dos concepciones en pugna: una se refiere al Estado en el que el demandado ha desarrollado o al que ha dirigido una actividad significativa o frecuente (criterio de la “actividad”). El otro criterio propuesto es el del “lugar de cumplimiento” (o “*performance*” del contrato), según el cual el actor podrá demandar en el Estado en el que se suministraron las mercaderías o se prestaron los servicios.

En una de las variantes propuestas para el texto, el criterio de la actividad, incluso bajo su aspecto de *performance*, no sería aplicable cuando el demandado “ha tomado medidas razonables para evitar contraer o ejecutar una obligación” en el Estado en que se suministraron las mercaderías o se prestaron los servicios. Esta propuesta protege a los que comercian, por medios electrónicos, que tratan de evitar quedar

³² Lucas, A. - Lucas, H. J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, párr. 298; Audit, B., *Droit international privé*, Paris, Economica, 2ª ed., 1997 (“analizadas debidamente, las disposiciones que prevén la protección de los extranjeros dejan en suspenso la cuestión de saber en virtud de qué legislación se ejercen los derechos”). Esta solución es contemplada en el proyecto.

³³ Cabe decir que al margen de las hipótesis previstas expresamente en los convenios internacionales. Rinaldi, Silvina, *Delitos informáticos, perfil criminológico del hacker y normativa aplicable*, Ponencia n° 43, II Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, 25 a 27 de abril de 2001, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

³⁴ Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado, texto provisional del Proyecto de Convención sobre Jurisdicción y Sentencias Extranjeras en Cuestiones Civiles y Comerciales de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado, preparado por el Bureau permanente y los “co-reporters” como sumario del resultado de la discusión en la Comisión II de la Primera Parte de la Conferencia Diplomática, 6 al 20 de junio de 2001.

sometidos a la jurisdicción de aquel Estado cuando se adopta el criterio de la actividad.

No existe consenso en la Conferencia sobre si los contratos concluidos por consumidores deben o no quedar comprendidos en la convención. Si se incluyeran, las disposiciones proyectadas definen a un consumidor como la persona física que actúa primordialmente para propósitos personales, familiares o de su hogar, mientras que la otra parte actúa para los fines de su comercio o profesión³⁵.

La solución general del proyecto es que el consumidor pueda demandar en los tribunales del Estado en el que tiene residencia habitual si el reclamo se refiere a un contrato que surge de actividades que la otra parte ejecutó en ese Estado o dirigió hacia ese Estado, incluyendo la promoción o la negociación de contratos, a menos que esa otra parte demuestre que el consumidor tomó las medidas necesarias para la celebración del contrato en otro Estado, o los bienes o servicios fueron provistos al consumidor mientras se encontraba presente en otro Estado.

Se ha propuesto no aplicar la solución general cuando la otra parte demuestre que tomó medidas razonables para evitar contraer contratos con consumidores que residen en el Estado en cuestión. Existe una propuesta que permitiría evitar la jurisdicción especial para contratos con consumidores: si la otra parte demuestra que no sabía ni tenía razones para saber que el consumidor estaba contratando para su uso personal, familiar o del hogar, y que la otra parte no habría concluido el contrato de haberlo sabido. Esta disposición protegería a los comerciantes electrónicos cuando no pueden determinar fácilmente con quién están tratando, ni establecer la veracidad de las afirmaciones del co-contratante consumidor. Quienes se oponen a esta cláusula de protección del comerciante electrónico consideran que le sería muy difícil a un consumidor rebatir la alegación de que el comerciante no sabía que el comprador era un consumidor³⁶. Sin embargo, esa es la solución de Viena en materia de compraventa comercial.

8. Ausencia de ley aplicable. Ausencia de jurisdicción

¿Qué ocurre cuando las partes no pactaron la jurisdicción ni la ley aplicable? Por lo general, los contratos celebrados en la red establecen la jurisdicción y la ley aplicable. Es común que el actor y el demandado se comuniquen vía *e-mail* o de alguna otra manera. Pero, podría suceder que no se establezca ni la jurisdicción competente ni la ley aplicable.

Como mencionamos, en nuestro país, la doctrina nacional enfoca el problema utilizando el art. 1197 del Cód. Civil, sosteniendo el principio de la “autonomía de la voluntad”.

³⁵ Es la concepción europea de “consumidor”, que implica que una pequeña empresa, incluso unipersonal, de las que son tan frecuentes en la Internet, cuando p.ej., compra *software* para utilizar en su operación comercial, estaría excluida de la protección de la Convención. Ver Kessedjian, Transcript 2, p. 478. En contraste, la concepción norteamericana suele agrupar los consumidores en ese sentido junto con las empresas unipersonales o situadas en el hogar.

³⁶ El proyecto también contiene propuestas para considerar los acuerdos atributivos de competencia celebrados entre comerciante y consumidor, que pueden determinar una jurisdicción distinta del país de residencia del consumidor. Bianchi, *La resolución de conflictos en el comercio electrónico: un mecanismo eficiente para el B2C*.

Enfocando el tema desde una óptica más universal, los autores anglosajones utilizan el concepto de *proper law*. El juez, cuando existen conflictos sobre la ley aplicable o cuando ésta es desconocida, debe buscar primero cuál es la *proper law*. Ésta es la ley que las partes expresamente establecen que se aplica a un acuerdo internacional. Si las partes omiten mencionarla, el intérprete debe determinar la ley que se debe aplicar teniendo en cuenta las diferentes regulaciones locales referentes a la materia en conflicto.

La mayoría de los tribunales de occidente aplican el principio que la autonomía de las partes puede elegir su *proper law* o ley consagrada.

Pero, si no se ponen de acuerdo las partes y no se pactó la jurisdicción aplicable, ¿qué aplicar? Aun sentado el principio de la autonomía de la voluntad o de la *proper law*, cuando las partes no establecen que ley aplicar, surgen varias interpretaciones. Algunas de las hipótesis que se pueden distinguir son: a) la teoría del centro de gravedad que aplica el sistema de derecho con el cual el contrato se halla más íntimamente ligado. También se ha dicho que es donde se cumple la prestación más característica (*most significant relation*); b) el sistema de las presunciones rígidas que consiste en fijar un punto de contacto (por ejemplo, la ley del lugar de celebración); c) la ley del foro. Esta es impulsada por los que intentan hacer valer el juez competente sobre la ley aplicable, esta postura se basa en que un juez siempre busca aplicar su propia ley, y d) el sistema que favorece a la validez del acto. Este principio es utilizado siempre que exista igual poder de negociación entre las partes³⁷.

Como es sabido, los sistemas continentales han buscado criterios rígidos, como es la Convención de Roma o la CIDIP V, en comparación con los países anglosajones que han buscado criterios flexibles que se los pueda aplicar a diferentes casos, incluyendo el análisis de qué Estado se encuentra más afectado por la elección. La Convención de Roma, como mencionamos anteriormente, al eliminar el reenvío y favorecer el *dépeçage*, y acentuar el principio de la autonomía de la voluntad, constituye una solución más flexible que los criterios rígidos anteriores y podrá crear soluciones más uniformes y políticas racionales. Al hacer esto tendremos más seguridad jurídica dado que habrá más posibilidad de predicción (como propugnan los sistemas continentales).

Debemos considerar que la CCI, para enfrentar el problema recomienda la libertad contractual para la elección del derecho aplicable y de la jurisdicción competente, admitiendo también la intervención estatal en las disputas en sectores muy regulados, como el bancario y de inversiones. “Los contratos podrían ser revisados cuando resulten de fraude o de prácticas engañosas, debiendo los gobiernos indicar las circunstancias en las que aplicarían normas locales a transacciones trans-fronterizas de comercio electrónico, y trabajar en conjunto para definir las prácticas fraudulentas. Así, sería indiferente que las partes de una transacción de comercio electrónico fueran personas jurídicas o físicas porque en las transacciones en línea las partes no se conocen, y no se puede distinguir en cuanto a la ley aplicable, o al tamaño o carácter de la entidad jurídica con la que se está tratando³⁸.”

³⁷ El Código de Derecho Internacional Privado, en ausencia de ley pactada en materia contractual, remite a la ley del Estado, con la que presenta vínculos más estrechos.

³⁸ Un criterio similar tiene la American Bar Association (ABA), que considera que “la creación de regímenes responsables, basados en contratos, en los que los gobiernos locales puedan efectuar de-

Para la CCI la mejor solución sería el principio del país de origen, salvo cuando se opere en los mencionados sectores regulados o se apliquen las normas del país de residencia del consumidor en materia de remedios jurídicos e información. De todos modos la institución recomienda que los gobiernos reevalúen sus regulaciones a la luz de su utilidad en un mercado global³⁹.

La CCI propone una auto-regulación con códigos de conducta, ya que en un marco de mucha competencia debería producirse una “carrera hacia la cima”, es decir, una preferencia de los consumidores y las empresas por las empresas con los estándares de conducta más exigentes. Finalmente, debe permitirse que se desarrollen los proveedores de servicios de resolución de disputas.

En principio, las recomendaciones de la CCI son consistentes. No puede negarse que una multiplicidad de regulaciones y jurisdicciones distintas puede provocar la retracción del comercio electrónico. Asimismo, suscribimos el rol fundamental de los contratos privados. Sin embargo, no nos parece realista propugnar la uniformidad aplicando el criterio único del país de origen, mientras las distintas soberanías no renuncien a regular a favor de los consumidores sobre la base del país de destino, lo que parece muy poco probable.

En el ámbito europeo, donde se ha avanzado tanto por el camino de la protección al consumidor, un regreso parece improbable. Incluso en los Estados Unidos de América, donde mucho se confía en la auto-regulación, hay evidencia que las organizaciones de consumidores presionan fuertemente para que exista más protección al consumidor, y no menos, regulación estatal⁴⁰. La lógica de la regulación no puede enfrentarse con una simple apelación a que los gobiernos renuncien a regular⁴¹.

La directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8/6/00, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior establece como regla general el principio del país de origen. Según su art. 3.1 cada Estado aplicará sus disposiciones nacionales a los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio. Conforme al art. 3.2 los Estados miembro no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.

Sin embargo, de acuerdo al art. 3.3 no se aplicarán los aps. 1 y 2 a los ámbitos a que se hace referencia en el anexo, que entre otros supuestos de excepción contie-

legaciones, puede reducir la incertidumbre jurisdiccional y adaptarse más rápidamente a las necesidades del comercio electrónico”. ABA, “Global Cyberspace Jurisdiction Project”, Principio 1.4.4.

³⁹ Coincide con esta recomendación un informe oficial del gobierno británico sobre comercio electrónico que promueve la adopción internacional del principio del país de origen, un enfoque “co-regulatorio”, y mecanismos alternativos de resolución de disputas para el comercio electrónico. Más en general, se promueve la acción conjunta con socios internacionales para desarrollar “un marco global efectivo y de baja intervención (*light-touch*) para el comercio electrónico”. Ver, UK Online Annual Report, 2001, summary, p. 9.

⁴⁰ Los escándalos financieros de los años 2001 y 2002 en los Estados Unidos de América (Enron, WorldCom, Halliburton, etc.) alentados por una deficiente regulación y una débil fiscalización, están provocando un retorno a la regulación en protección del público inversor.

⁴¹ Bianchi, *La resolución de conflictos en el comercio electrónico: un mecanismo eficiente para el B2C*.

ne el de las “obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores”, lo que significa que respecto de los consumidores se aplica el principio del país de destino, y no el del país de origen. Así, un comerciante electrónico que dirija sus actividades hacia todos los Estados miembro debería respetar las quince leyes distintas de protección del consumidor⁴².

Por otro lado, en el Convenio de Roma, respecto a las relaciones entre empresa, se establece, en el art. 3º, inc. 1º que: “Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

El art. 4º establece: “Ley aplicable a falta de elección. 1) En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del art. 3º, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país; 2) Sin perjuicio del ap. 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento”.

En cuanto al tema de la relación de consumo el art. 5º establece: “Contratos celebrados por los consumidores. 1) El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros; 2) sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3º, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual: si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o si la otra parte contratante o su representante hubiera el encargo del consumidor en ese país, o si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta; 3) no obstante lo dispuesto en el art. 4º, y en defecto de elección realizada conforme al art. 3º, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el ap. 2 del presente artículo”.

⁴² Vahrenwald, Arnold, *Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce*, sección 3.6. Bianchi, *La resolución de conflictos en el comercio electrónico: un mecanismo eficiente para el B2C*.

9. Hacia una posible unificación

En nuestra opinión, en la tendencia actual de la legislación, las relaciones entre comerciantes, en ausencia de regulación, podrán regularse por la ley del originador o el de la oferta aceptada (vieja solución de Montevideo), según las circunstancias del caso, que determine el juez llamado a conocer en el asunto, pero el consumidor –en principio– no debería quedar atado a una legislación menos favorable que la propia y siempre podrá invocar la existencia de normas indisponibles de su jurisdicción, en su favor, solución prevista en el Código de Derecho Internacional Público (art. 79).

Algunos de los autores propician la idea de unificar el derecho. Estos defienden la idea de que el derecho internacional podría reducirse a un gran sistema de reglas de elección de la ley a aplicar a la resolución de un caso, dadas ciertas circunstancias. Si esto es así parece lógico plantearse la unificación de estas reglas de elección, sin que ello pase por la unificación del derecho sustantivo mismo. Entones, uno podría pensar en construir un cuerpo supranacional articulado de reglas de elección aplicables a la determinación de cual derecho nacional será el que regulará la disputa o conflicto originado en Internet. Uno de los temas que podríamos acordar es que la ley del domicilio del demandante o del demandado pudiera gobernar cierto tipo de casos, o que el domicilio de la parte que origina la comunicación lo podría hacer.

Otros autores prefieren la idea de que exista una articulación de reglas simples y claramente redactadas, fáciles de utilizar para la determinación de la ley que habremos de usar para resolver las “ciberdisputas”, aplicables por convención o por consejo no obligatorio de un cuerpo asesor supranacional, lo que puede constituir un camino más correcto.

La Convención de las Naciones Unidas para la Venta Internacional de Bienes de 1980, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), los principios de los contratos comerciales internacionales, los principios del derecho contractual europeo, la ley modelo de comercio electrónico de la Uncitral, podrían señalarse como pasos en este camino de desplazar la aplicación de los derechos locales geográficos y ubicuos, por un derecho sustantivo de Internet originado en estas convenciones y acuerdos.

Por otro lado, están los autores que consideran que los acuerdos de partes constituyen el medio más efectivo de resolver los problemas de derecho internacional privado en Internet. La selección de la ley aplicable y del tribunal con jurisdicción para juzgar es determinada por un acuerdo de partes; por ejemplo, proveedor de servicios de Internet y usuario. La elección de cláusulas legales puede ser fácilmente incluida en los contratos entre los usuarios y sus proveedores de servicios de Internet, y entre los comerciantes de Internet y los usuarios consumidores. Una de las propuestas para solucionar este problema fue realizada por Boele-Woelki, quien propuso que la Convención de Roma debería ser reformada para que permita a las partes elegir los Unidroit o los principios del derecho contractual europeo, como el derecho que gobierne el contrato⁴³. Esta Convención, elimina el reenvío y favorece el *dépeçage*, acentuando el principio de la autonomía de la voluntad, lo que podrá constituir una solución más flexible que los criterios rígidos anteriores y podrá crear soluciones más uniformes y políticas racionales. De esta manera, las partes quedarían sujetas a un

⁴³ Boele-Woelki, Katharina, *Electronic journal of comparative law*, 1-12, 1997.

derecho sustantivo de Internet que no será ninguno de los derechos nacionales de las partes y tampoco una imposición de la más fuerte.

Como afirma Bianchi “por su propia naturaleza, el comercio electrónico implica un gran volumen de transacciones que se desarrollan a distancia, muchas veces traspasando las fronteras. Los métodos tradicionales de resolución de las disputas resultante exhiben obvias desventajas. Su costo, lentitud, falta de especialización en los neutrales, falta de familiaridad de los litigantes pueden traer como consecuencia que, ante la eventualidad de esos problemas el comercio electrónico tarde en desarrollarse plenamente”⁴⁴. Agrega que su recomendación “es que los comerciantes electrónicos diferencien muy claramente ambas hipótesis y que diseñen herramientas contractuales que prevean perfectamente la eventualidad de controversias, y un conjunto de ADR (*alternative dispute resolution*) adecuados. La transparencia y adecuación de estos mecanismos es una herramienta indispensable para el desarrollo del comercio electrónico a nivel global. Ello es tanto más importante mientras se mantenga cierta indefinición respecto de los siguientes puntos: ley aplicable al contrato, lugar del arbitraje, idioma del arbitraje, tribunal actuante, cumplimiento de los laudos arbitrales extranjeros y de las sentencias extranjeras”.

Existen dos maneras conocidas de alcanzar un derecho unificado sustantivo para el ciberespacio: o las cortes y tribunales nacionales o arbitrales desarrollan con sus pronunciamientos un derecho común de Internet, procedimiento largo, azaroso y, seguramente, contradictorio, o se realizan acuerdos o tratados internacionales a tal fin.

10. Algunas consideraciones finales

a) “De la ausencia de regulación” a la “auto-regulación fijando reglas mínimas”. Al igual que el comercio, Internet es un intermediario. El medio que permite que la información que ya existe en el mundo físico circule y se encuentre disponible. Por eso se ha convertido en un artículo de extrema necesidad. Como tal debe ser objeto de regulación mínima por los gobiernos nacionales y por los organismos comunitarios e internacionales.

b) Hoy no existen tratados y sí multiplicidad de criterios para abordar la ley aplicable, debiendo resaltarse la ley del originador y la del destinatario como elementos a tener en cuenta.

c) Si es cierta la afirmación de que la tecnología del ciberespacio se basa en el convenio a través de un sistema de convenios, se podrá construir un campo de derecho. Aquí tenemos la clave para superar los límites del derecho ciberespacial impuestos por la cultura legal pos-positivista y verificar la teoría de Lessig, transcripta en el punto 1. Los Estados y el comercio terminarán regulando Internet, poniendo cinchas al espíritu libertario original que animó a la red.

d) No existe en nuestro país un marco específico que regule las relaciones ocasionadas por el uso de la Internet. Sin embargo, se deben aplicar los principios generales del derecho de los arts. 1205 a 1216 del Cód. Civil. Asimismo es de aplicación el art. 1197 del mismo Código y la jurisprudencia de la Corte ya citada en materia inter-

⁴⁴ Bianchi, *La resolución de conflictos en el comercio electrónico: un mecanismo eficiente para el B2C*.

na (“Holiday Inn Worldwide”) y los tratados ya mencionados en el orden internacional. En el orden interno, pensamos que la jurisdicción federal deberá resultar de una ley, como lo prescribe la ley de marcas, para evitar la multiplicidad de cuestiones que ya han aflorado en los Estados Unidos de América y no ser aplicada por analogía.

Las regulaciones tienen diferentes efectos en la competencia internacional y los países deben armonizar estándares mínimos en ese ámbito. Al igual que lo ocurrido en materia ambiental, en nuestro país el gobierno federal debería fijar las pautas mínimas o reglas básicas, a través del dictado de nuevas leyes nacionales (modificación de la ley 25.036 de propiedad intelectual, adecuada reglamentación de la firma digital, entre otras) sobre la base de acuerdos interjurisdiccionales en el orden interno y acuerdos internacionales (régimen internacional de la OEA, Convenio sobre Protección del Software) y comunitarios en el orden externo, o contemplar soluciones en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, que no trata específicamente el tema.

e) No debe descartarse la posibilidad de que se construya una jurisprudencia basada sobre decisiones arbitrales internacionales como manera de resolver alguno de los problemas del *e-commerce*, al menos entre comerciantes y que sustentan la llamada *lex mercatoria*.

f) Parecería conveniente, aunque fuera de largo trámite, considerar el dictado de una convención internacional que resuelva este tema dado la cantidad de problemas que suscita. En el ínterin, la República Argentina sólo puede manejarse con los criterios tradicionales de jurisdicción y ley aplicables contenidos en la normativa ya mencionada. Los jueces tienen un amplio material provisto por la jurisprudencia internacional para verificar si pueden aplicar analógicamente alguna de las soluciones alcanzadas que han tenido en cuenta el hecho técnico del ciberespacio para fundamentar alguna decisión novedosa. Es dable suponer que utilicen esas herramientas prudentemente. El Código, que no pasa de proyecto, de corregirse, podría ayudar para guardar alguna coherencia con el tema.

Esperamos que esta reseña sobre la cuestión de la ley aplicable y la jurisdicción en Internet, así como el debate que pueda generarse, permita la materialización de ideas o la discusión de ponencias que puedan contribuir a forjar una posición argentina en la materia.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.