



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL CIBERESPACIO

Memoria de Prueba
para optar al grado
de Licenciado
en Ciencias Jurídicas
y Sociales

2002

Marcelo Contreras Rojas

Profesor Guía:
Mario Ramírez Necochea

TABLA DE CONTENIDO

	Página
RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	
COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL.....	16
1.1 Consideraciones previas.....	16
1.2 Antecedentes del nacimiento del Comercio Electrónico Internacional.....	21
1.3 Noción de Comercio Electrónico Internacional.....	23
1.4 Tipos de Comercio Electrónico Internacional.....	25
1.4.1 Comercio de empresa a empresa.....	26
1.4.2 Comercio de empresa a consumidor.....	27
1.4.3 Comercio electrónico directo.....	28
1.4.4 Comercio electrónico indirecto.....	28
1.5 Iniciativas sobre el comercio electrónico.....	29
1.5.1 Chile.....	29
1.5.2 Estados Unidos.....	32
1.5.3 Japón.....	33
1.5.4 Unión Europea.....	34
1.5.5 Organización Mundial del Comercio (OMC).....	38
1.5.6 Acuerdo de libre Comercio de las Americas (ALCA).....	44

1.5.7 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).....	49
1.5.8 MERCOSUR.....	52
1.5.9 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).....	54
1.5.10 Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).....	57
1.5.11 Cámara de Comercio Internacional (CCI).....	61
1.5.12 Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)..	63
1.5.13 Internet Law and Policy Forum (ILPF).....	64
1.5.14 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).....	66
1.6 Problemas en torno al comercio electrónico internacional.....	70
1.6.1 Nueva “Lex Mercatoria del comercio electrónico internacional”	70
1.6.2 En cuanto a la protección de los consumidores.....	78
1.6.2.1 Seguridad.....	82
1.6.2.2 Privacidad.....	88
1.6.2.2.1 La recolección y difusión no Autorizada de datos personales.....	90
1.6.2.2.2 ¿Cuál es fundamentalmente el problema que se genera?.....	91
1.6.2.2.3 ¿Cuáles son los principales mecanismos que utilizan las empresas para atentar contra la privacidad de los consumidores? .	92
1.6.2.2.4 ¿Cómo podemos solucionar los problemas planteados?.....	97
1.6.2.2.5 En el ámbito internacional.....	97
1.6.2.2.6 Soluciones tecnológicas.....	98
1.6.2.2.7 Soluciones Jurídicas.....	106
1.6.2.2.8 En Chile.....	118
1.6.2.3 El monitoreo o interceptación de los mensajes de datos.....	124
1.6.2.3.1 Cual es el problema que se genera....	127
1.6.2.3.2 Principales mecanismos que atentan contra la confidencialidad de los	

2.3.3.3.4 Duración o vigencia de la oferta.....	198
2.3.3.3.5 Modos en que termina la oferta.....	202
2.3.3.4 La aceptación.....	204
2.3.3.4.1 Concepto.....	204
2.3.3.4.2 Tipos.....	206
2.3.3.4.3 Requisitos.....	208
2.3.3.5 Momento y lugar de la formación del consentimiento.....	216
2.3.3.6 Cuestiones suplementarias.....	218
2.3.4 Cuestiones especiales.....	222
2.3.4.1 Sistemas informáticos automatizados.....	222
2.3.4.2 Tratamiento de equivocaciones y errores.....	225
2.4 Algunas adaptaciones jurídicas.....	227
2.4.1 La Notificación vía correo electrónico.....	227
2.4.2 Las cibernetarías y los terceros de confianza...	231

CAPÍTULO III

SANCIÓN JUDICIAL Y CONTENCIOSO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL.....	233
3.1 Consideraciones Previas.....	233
3.2 ¿Existe jurisdicción en el ciberespacio? ¿Qué ocurre con el concepto de soberanía?.....	236
3.3 ¿Podemos regular Internet?.....	243
3.4 Contencioso Electrónico Internacional.....	254
3.5 Análisis de la jurisdicción competente y derecho aplicable a un contrato electrónico internacional.....	261
3.5.1 Consideraciones previas.....	261
3.5.2 Análisis en el B2C.....	267
3.5.3 Análisis en el B2B.....	281
3.6 Métodos alternativos de solución de conflictos.....	287
3.6.1 Consideraciones previas.....	287
3.6.2 La mediación.....	294

3.6.3 El arbitraje internacional.....	298
3.7 El magistrado virtual.....	308
3.7.1 Consideraciones previas.....	308
3.7.2 Como podría ser aplicable.....	310
3.7.3 Como hacer funcionar el magistrado virtual.....	313
3.7.4 El cibertribunal peruano.....	315
 CONCLUSIONES.....	 317
 BIBLIOGRAFÍA.....	 334

RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos desde una perspectiva internacional como se han ido generando y cuales han sido las implicancias jurídicas de nuevos contratos internacionales. Estos nuevos contratos derivan del comercio electrónico internacional y como característica principal podemos señalar que gran parte de ellos se realizan “*on line*”(en línea), en lo que se ha denominado “Ciberespacio”.

Este nuevo espacio se nos presenta como una realidad creada por las tecnologías de la información, en donde ya no tienen aplicación algunas normas del mundo real y en donde no existe el concepto de soberanía ni territorialidad, por lo cual será siempre un espacio común, accesible a cualquier persona que cuente con los medios técnicos necesarios.

Luego de analizar el marco general en donde se realizan estos contratos, nos abocaremos al planteamiento de los principales objetivos que pretendemos desarrollar. Como objetivo básico intentaremos entregar al lector un enfoque general del comercio electrónico y de la contratación electrónica internacional. A su vez, analizaremos las distintas etapas en la formación de estos contratos e intentaremos dar una respuesta, en cuanto, a la legislación aplicable en caso de producirse un conflicto de leyes y de

cuales son los medios que se han desarrollado para solucionar dichas controversias.

Para lograr nuestro propósito hemos dividido el presente trabajo en tres capítulos, más un apartado final de conclusiones. En el primer Capítulo denominado “el comercio electrónico internacional”, nos abocamos a dar una visión general de este comercio, para lo cual: 1) analizamos sus antecedentes 2) Intentamos dar un concepto 3) estudiamos los diversos tipos de comercio que se conocen 4) damos una visión de las iniciativas que se han ido produciendo en los distintos organismos internacionales y países, las cuales tienen por objeto dar un marco regulatorio a este comercio; y por último, 5) nos enfrentamos a los problemas que trae aparejado este comercio, señalando que la solución a ellos dependerá del tipo de comercio electrónico que estamos tratando, ya que de ser *Business to Business* (B2B), la solución irá por el lado de la “*Lex Mercatoria*”; en cambio, si es *Business to Consumer* (B2C) la solución estará dada por una adecuada protección en el campo del derecho de los consumidores.

En el segundo Capítulo que hemos denominado “intercambio de bienes y servicios a través de Internet”, veremos como este intercambio se traduce en la llamada “contratación electrónica internacional”, para luego

realizar un análisis al tipo de contrato que se nos plantea y estudiar la formación del consentimiento, viendo las implicancias y efectos que se producen cuando aquella es realizada a través de medios electrónicos, además de hacer una crítica al concepto de consentimiento electrónico. También en este capítulo trataremos las diversas instituciones, o mejor dicho adaptaciones jurídicas que se están aplicando a la contratación electrónica, entre las cuales podemos destacar la notificación por medios electrónicos o las cibernetarías o terceros de confianza.

En el tercer Capítulo que hemos denominado “sanción judicial y contencioso electrónico internacional”, estudiaremos la respuesta que ha generado el derecho –tanto nacional como internacional- a una de las interrogantes más importantes y de mayor trascendencia que se plantean dentro del comercio electrónico internacional y que es el problema de la jurisdicción y la ley aplicable a la contratación electrónica internacional; además de hacer un estudio a los distintos modos de solución de controversias que han sido propuestos por los distintos países y organismos internacionales, dando un especial énfasis a la institución del magistrado virtual y los demás procedimientos alternativos de solución de conflictos.

Como conclusiones generales destacaremos principalmente el hecho que según nuestra opinión el comercio electrónico requiere ser tratado desde un planteamiento global, ya que este es eminentemente internacional desde el momento que utilizamos Internet como medio para hacer efectiva su realización.

Enseguida debe ponerse de relieve que dentro de la contratación electrónica, en su fase de formación del consentimiento, no podemos hablar que este consentimiento es electrónico o virtual, ya que este será siempre real y lo único que ha sucedido es que la voluntad se ha manifestado de otra forma, la cual es hacer un *click* en un icono determinado.

Por otra parte, en cuanto a los medios de solución de conflictos, puede concluirse que dadas las características de este comercio –sobre todo en cuanto a su capacidad de abarcar prácticamente cualquier lugar donde exista conexión y la rapidez que necesita para que logre su objetivo- el mejor medio de solución de conflictos será el arbitraje (principalmente el prestado a través de medios electrónicos y en línea), ya que sólo este puede satisfacer las necesidades de este comercio.

Por último, respecto a la jurisdicción competente y ley aplicable nuestro estudio distinguirá entre los distintos tipos de comercio electrónico que se han desarrollado, entre los cuales mencionaremos principalmente el B2B, en donde será necesario analizar el contrato a la luz de los distintos tratados internacionales y leyes modelos que han sido creadas por organismos internacionales, en especial por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), siempre tomando en especial consideración la voluntad de las partes que se ha manifestado en las distintas cláusulas estipuladas por ellos mismos; y por otro lado el B2C en donde, tendremos que analizar el problema y buscar la solución desde la naturaleza propia del contrato (que en la mayoría de las veces será de adhesión), por lo cual para fijar la jurisdicción competente y la ley aplicable va a ser siempre necesario cumplir con las normas de orden público que protegen a los consumidores.

INTRODUCCIÓN

Un marco de referencia al tema que nos hemos propuesto, es esbozar un concepto de ciberespacio. Esta noción, según el profesor Renato Jijena Leiva, fue acuñado por primera vez por el escritor William Gibson, -para describir toda la cadena de recursos de información disponibles a través de redes computacionales- y puede representarse o visualizarse con Internet, una enorme red abierta y mundial de millones de computadores interconectados entre sí. En Internet no hay una única red sino muchas interconectadas sin un único punto central común.

El derecho naturalmente se ha visto afectado por el gran cambio social que ha significado la introducción de Internet y las demás tecnologías de la información.

El desafío para el derecho y en especial para el derecho internacional privado ha sido y será, lograr una adaptación y acomodo de las distintas instituciones jurídicas tradicionales a esta nueva realidad. En todo caso, coincidimos con la opinión de varios autores ,en el sentido, que esto no pasa por intentar regular Internet, entendiendo que esto sería imposible desde una legislación en particular, ya que el concepto de soberanía pierde validez y se diluye en la red, lo cual ha quedado más que demostrado, por ejemplo,

cuando algunos países han querido prohibir la distribución de determinada información a través de la red y no han tenido éxito porque las empresas o personas que distribuían la información han contratado los servicios de un servidor ubicado fuera de su jurisdicción, vb.gr: en nuestro país podemos citar el caso de el diario la Tercera cuando en una oportunidad se prohibió a la prensa informar sobre determinado caso judicial y este diario siguió informando desde un diario electrónico cuyo servidor estaba en EEUU. Un ejemplo a nivel internacional podría ser el caso de la empresa Yahoo! Inc. , cuando el Tribunal de la Gran Instancia de París, intento imposibilitar las consultas de internautas franceses a este sitio *WEb*, debido a que presentaba la posibilidad de adquirir material neonazi. Lo anterior no tuvo mayor relevancia para los ciudadanos americanos ya que el juez Jeremy Fogel del tribunal del distrito de San José, California, estimo que la resolución del tribunal francés no tiene efecto sobre el territorio americano, para ello se baso principalmente el lo expresado por el *First Amendment* , que señala “que es preferible permitir una expresión no violenta de opiniones ofensivas, que imponer a las opiniones una resolución basada en principios gubernativos”¹.

¹ Bazuro Andrea, “Italia: Internet, la soberanía y las jurisdicciones nacionales: orientaciones después de la

Como vemos en los últimos años la evolución que ha experimentado Internet es impresionante, cada día más personas tienen la oportunidad de acceder a ella y de beneficiarse con las grandes oportunidades que esta nos entrega, pero también trae aparejada una serie de nuevos conflictos que deberán ser regulados desde un punto de vista global.

Una de estas grandes oportunidades, está dada por el desarrollo del comercio electrónico, el cual crece a un ritmo bastante acelerado, y en el cual todos los países están preocupados en intentar dar una marco

sentencia sobre el affaire Yahoo! Inc. (Parte I)", Revista Electrónica de Derecho Informático, <http://www.vlex.com/redi>, N°42, enero de 2002.

"El tribunal de Gran Instancia de Paris, en Noviembre de 2000, había ordenado a la sociedad estadounidense Yahoo! Inc imposibilitar todas las consultas, por parte de los internautas franceses, de los contenidos ilícitos contenidos en su websites. El 7 de Noviembre de 2001, un juez americano dicta una resolución diametralmente opuesta, negando, sobre la cuestión, cualquier tipo de autoridad del tribunal francés en el territorio de Estados Unidos.

Esta sentencia resulta configurarse como piedra angular en un análisis de una posible regulación del ciberespacio y, sobretudo, fija un antecedente jurídico al que, los próximos casos que surgirán, no tardarán hacer referencia. La regulación de las cuestiones jurídicas conectadas a las nuevas tecnologías y a las nuevas redes de comunicación electrónicas, en falta de normas específicas, se basa siempre más en un constante compromiso entre los principios generales de derecho aplicable y las problemáticas técnicas que, tal vez, obstaculizan la eficacia de los mandatos.

De todas formas, las implicaciones que este caso determina resultan muy importantes con relación al impacto que podrían tener sobre la libertad de expresión garantizada hasta ahora por Internet. Fijémonos en todas las ponencias o en los contenidos políticos, religiosos y sociales, publicados a través de la red en Estados Unidos, y protegidos por la Constitución americana, que podrían resultar ilegales en países extranjeros. Los contenidos tendrían que respetar todas las normas contenidas en todos los códigos de los países que ofrecen conectividad a la red, adaptándose, además, a los cambios de las normativas internas a cada estado. En este sentido, Internet se presenta como un importante desafío al concepto de jurisdicción, aunque parezca desde el principio inviable permitir a todos los países ejercitar un control específico sobre contenidos publicados en otros países a través de la red.

El tema en cuestión se refiere a la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales y locales puedan trascender sus confines físicos para ejercer su autoridad en el dominio formalmente neutral de Internet. El peligro, o la posibilidad, sería en futuro ver autoridades nacionales imponer su jurisdicción y aplicar, de hecho, sus leyes más allá de los que, hasta ahora, se han considerado sus fronteras legales".

regulatorio. Los distintos países y organismos internacionales han ido estudiando el tema con el objetivo de lograr una legislación coherente y eficaz que permita el crecimiento de este comercio.

A nosotros, nos ha parecido importante tratar este tema, porque hemos visto que en nuestro país se han generado una serie de estudios y propuestas, pero estos parecen olvidar el factor más importante del comercio electrónico, que es su internacionalidad. Además, todavía no se generan grandes acuerdos a nivel internacional que regulen el comercio electrónico² y la contratación electrónica, por lo cual queda en evidencia la necesidad de regular este comercio desde una perspectiva internacional, tomando en consideración el trabajo que están realizando los distintos organismos internacionales, ya que sólo mediante acuerdos internacionales entre los distintos bloques podremos lograr una regulación apropiada para este comercio³.

² Realizando un análisis de los acuerdos que se generaron en el mundo, nos daremos cuenta que éstos han sido principalmente sectoriales, por ejemplo, el de la Unión Europea., o los acuerdos que han generado los países Latinoamericanos en el marco de ALADI. Por lo cual resulta de vital importancia el trabajo que está realizando la CNUDMI, ya que mediante una serie de leyes modelo (Comercio Electrónico, firma Electrónica o Arbitraje internacional), estas entregando pautas a los Estados, con el objeto de lograr una armonización de las normas que se vayan generando.

³ Un punto que debemos dejar claro, es que aún existiendo estos tratados o acuerdos internacionales, las partes siempre tendrán la facultad de excluir las normas de estos tratados a su relación contractual, ya que en caso contrario se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad.

También en la presente memoria pretendemos hacer un análisis de la contratación que se presenta en este mercado y ver las distintas formas de solución de controversias que se han planteado.

La hipótesis que plantearemos y de la cual nos haremos cargo, es la siguiente: “el comercio electrónico es fundamentalmente internacional, la contratación electrónica ha modificado o se ha adaptado a las distintas legislaciones creando algunas instituciones jurídicas propias, los medios de solución de controversias que se han planteado son basados fundamentalmente en el arbitraje o conciliación , ya que es la única forma de dar una solución rápida y eficiente, además de ser la manera más apropiada para solucionar los distintos problemas de conflictos de leyes y derecho aplicable que pudieren surgir ”.

La metodología que hemos usado para realizar esta memoria esta dada principalmente por un estudio del trabajo realizado por los distintos organismos internacionales en esta materia, como también por las distintas publicaciones presentadas en revistas electrónicas por autores de diferentes países, además del análisis de nuestra legislación nacional, siendo principalmente importantes los tratados internacionales, como las distintas leyes o proyectos de ley que tienen por objeto regular estas materias.

CAPITULO I

COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL

1.1- Consideraciones previas

“El mundo se encuentra en un proceso de globalización económica sin precedentes. Tal como señalaba el director General de la Organización Mundial del Comercio, Renato Ruggiero, los avances en tecnologías y comunicaciones digitales están creando en algunos sectores una economía sin fronteras”⁴.

Esta economía sin fronteras quiere ser aprovechada por los comerciantes, ya que siempre su objetivo principal ha sido llegar al mayor número posible de potenciales consumidores con el fin de obtener, con ello, un mayor beneficio. Frente a este interés el comerciante ha encontrado la limitación de no poder ofrecer sus productos más allá de su ámbito de influencia geográfica. Pero esta ya no es una limitación en nuestros días gracias a las redes mundiales de conexión informática, mediante las cuales los comerciantes han visto la posibilidad de ofrecer sus productos a un

⁴ Pablo Palazzi y Julián Peña, “Comercio Electrónico y MERCOSUR”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°5, diciembre de 1998. <http://vlex.com/redi>.

número potencialmente ilimitado de clientes que pertenecen a distintos países, en donde antiguamente les era imposible ofertar sus productos.

Éstas últimas innovaciones son las que llamaremos “tecnologías de la información”, y han comenzado a alterar la forma en que hacemos los negocios y creamos valor. De hecho “El comercio tradicional no ha sido la excepción a esta regla. Por el contrario se ha extendido hasta esta nueva realidad utilizando la red para instaurar mercados virtuales que permitan a las empresas o distribuidores ofertar sus productos y servicios. La atracción que Internet ejerce actualmente, asegura al proveedor la recepción de sus ofertas y publicidad, así como futuras compras. Esta nueva fase del comercio ha sido denominada comercio electrónico”⁵. Ahora para que este comercio electrónico se pueda catalogar de internacional, tendremos que analizar cuales serán los elementos que nos permitan distinguir entre un contrato electrónico nacional y otro internacional.

Aquí debemos distinguir si el contrato se ha desarrollado en una red abierta como es Internet o si lo ha hecho en una red cerrada⁶. Si se ha

⁵ Carmen Velarde Koechlin, “La protección de consumidor en el comercio electrónico”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°19, Febrero de 2000. <http://vlex.com/redi>.

⁶ Es importante destacar la opinión que ha tenido el grupo de expertos de la Cámara de Comercio Internacional que en un informe relativo al proyecto de la convención de la CNUDMI sobre la contratación electrónica, de fecha 5 de diciembre de 2001, ha señalado que “ Es preferible que se apliquen las mismas normas, independientemente de la índole nacional o internacional de la transacción”, aunque

desarrollado en una red abierta creemos que el contrato será eminentemente internacional dado que el producto o servicio que se está ofertando, al ser publicitado en Internet, pasa a formar parte de una vitrina mundial a la que cualquier consumidor del mundo puede acceder –obviamente teniendo los elementos técnicos necesarios-, por lo cual esta transacción siempre “pondrá en juego los intereses del comercio internacional”, parodiando la definición que en el derecho francés se da para el arbitraje comercial internacional.

Ahora si el contrato electrónico se desarrolla en una red cerrada, será más complejo analizar su internacionalidad ya que los productos o servicios sólo se ofertan a las personas –sean naturales o jurídicas- que pertenecen a estas redes y que están registrados con anticipación. En todo caso al igual que en el caso anterior aquí la internacionalidad deberá estar dada más bien por un criterio económico o de internacionalidad material, a diferencia de un criterio jurídico o internacionalidad formal, por lo tanto, será

reconocen “que muchos Estados estarán probablemente menos dispuestos a aceptar y ratificar una convención que interfiera con la legislación que rige sus transacciones internas” por lo cual resulta ser útil el enfoque que se plantea en la variante A del proyecto cuando “permite que los Estados promulgantes pueden decidir que no aplicaran la convención a las transacciones nacionales, pero que, salvo disposición en contrario, la convención se aplica también a las transacciones nacionales”.

El mismo informe señala que “la definición de las transacciones internacionales debería ser la misma que la que figura en la convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ya que ello permitiría aprovechar la jurisprudencia derivada de esa convención”. (<http://www.uncitral.org>). A/CN./WG.IV/WP.96

internacional cuando “ponga en juego los intereses del comercio internacional”⁷. En otras palabras diremos que es más importante la sustancia de la transacción realizada en estas redes de información en comparación a sus aspectos formales o técnicos. Creemos que esta es la doctrina más acertada ya que con la doctrina del criterio jurídico resultaría muy fácil para los usuarios de estas redes acomodarse a estos aspectos

⁷ En doctrina existen 2 posiciones o criterios que se utilizan para determinar la internacionalidad de un contrato. Estos son un criterio jurídico o de internacionalidad conflictual y un criterio económico o de internacionalidad material. El primero de ellos atiende principalmente a los elementos del contrato, ya que el contrato será internacional en la medida que alguno de sus elementos este vinculado con más de un sistema jurídico estatal. “Por ejemplo respecto de las partes del contrato deberemos considerar su nacionalidad, domicilio, residencia habitual, etc. En lo que se refiere al objeto el contrato será internacional en aquellos casos en que los bienes materia de la transacción se encuentran en territorios estatales distintos al de la celebración del contrato o se caucionan las obligaciones con bienes ubicados en el extranjero, u otras formas análogas”.

“En este sentido, el profesor Miaja de la Muela, define el contrato internacional como aquel cuyos sujetos, objetos y lugares de conclusión y cumplimiento aparecen conectados con diferentes Estados. Siguiendo esta posición Berta Kaller nos señala que llamaremos contratos extranacionales para distinguirlos de los nacionales, a los que posean un elemento extranjero”.

Por otro lado “el criterio económico –elaborado por la jurisprudencia francesa- nos señala que el contrato será internacional en la medida que ponga en juego los intereses del comercio internacional, esto es, toda operación que implique un movimiento de bienes o servicios o pagos por obre las fronteras de un Estado, o bien que interese a la economía de más de un estado. Este criterio pretende descubrir la naturaleza misma del contrato, más que considerar aspectos formales o técnicos, se circunscribe a la esencia del contrato para determinar si éste es internacional o no”. Santos Belandro, Rubén, “El derecho aplicable a los contratos internacionales” , Fundación de Cultura Universitaria, Facultad de Derecho Universidad de la República, 1997.

formales⁸ y en definitiva poder realizar un verdadero fraude a la ley, en cambio, con el criterio económico esto resultaría casi imposible.⁹

En cuanto al gran auge que ha tenido este comercio podríamos señalar que el número de transacciones realizadas aún es pequeño en relación a la economía en general, aunque este crece de una forma exponencial. Lo más importante que podemos destacar en este desarrollo es el cambio que se está produciendo en cuanto a los procesos de negocios, ya que tanto las empresas tradicionales como las empresas basadas en tecnologías de la información están introduciendo nuevos conceptos de procesos de negocios orientados hacia el comercio electrónico, en un esfuerzo por bajar los costos, mejorar la relación con el cliente y mejorar la productividad¹⁰.

Si nos preguntamos cuáles son los factores que llevan a las personas y empresarios a efectuar negocios a través de la red son diferentes en cada país. En algunos países todavía son fuertes los temores en cuanto a la

⁸ Por ejemplo, pensemos que un elemento importante para determinar la internacionalidad es el domicilio de las partes, pero la gran mayoría de las empresas punto com se crean en la ciudad de Delaware de EEUU (esto principalmente por los beneficios tributarios que trae consigo), por lo cual los aspectos formales no nos parecen convenientes a la hora de analizar la internacionalidad de un contrato en la contratación electrónica.

⁹ Esta es nuestra opinión aunque no descartamos lo señalado por la doctrina en cuanto a que en ocasiones será recomendable una aplicación conjunta de los 2 criterios para así no llegar a conclusiones contradictorias.

privacidad, mecanismos de protección al consumidor y seguridad de la transacciones. En otros, las regulaciones políticas son factores que desacreditan el uso de la red. Pero la barrera más importante que encontramos en América Latina, es el costo de acceso a Internet.¹¹

Otro punto importante para el desarrollo del comercio electrónico internacional será el que se logre establecer un entorno legal que resuelva adecuadamente los nuevos problemas que se plantean. Dicho marco legal deberá ser abordado de la forma más global posible, ya que así se evitarían posibles leyes nacionales restrictivas que dificulten el desarrollo del comercio electrónico internacional.

1.2- Antecedentes del nacimiento del Comercio Electrónico Internacional

Frente a esta cuestión, en el comercio electrónico tenemos básicamente dos respuestas; la primera, es que el comercio electrónico empezó hace más de 20 años con las transacciones efectuadas entre las

¹⁰ Para un estudio más acabado sobre como este nuevo comercio está afectando a nuestro país, véase el estudio realizado por la Cámara de Comercio de Santiago en abril del año 2000, denominado “ La Economía Digital en Chile”. <http://www.camaracomercio.cl>

¹¹ También podemos mencionar que este es el mayor problema que tiene Japón para desarrollar el comercio electrónico. Y curiosamente es la mayor ventaja que tienen los Estados Unidos para ese

empresas más avanzadas tecnológicamente y con la utilización del estándar de comunicación EDI (intercambio electrónico de datos)¹² y también con el uso de las tarjetas de crédito que suponen transacciones electrónicas; la segunda, es que el comercio electrónico nació realmente con la creación de la *World Wide Web* por parte del laboratorio de física de partículas del CERN, Ginebra, en 1991 aunque no fuera hasta 2 años después que el público en general se diera cuenta de su potencial.¹³

Ahora si al comercio electrónico le sumamos el elemento que tiene que ser internacional creemos que sin lugar a dudas la respuesta más acertada es la segunda ya que el comercio electrónico ha revolucionado el mercado internacional desde el desarrollo de Internet y el nacimiento de la *World Wide Web*. Sólo desde este momento se comenzó a estudiar y a intentar crear un marco legal internacional para este nuevo comercio.

desarrollo ya que la estructura tarifaria del teléfono local permite la utilización de la red sin tener que estar preocupado por la cuenta telefónica.

¹² Respecto a la noción EDI, véase, Miguel Pupo Correia, “Problemas jurídicos de la transferencia electrónica de datos”. Revista Electrónica de Derecho Informático, N°10, agosto de 1999. <http://vlex.com/redi>.

¹³ Carlos de Paladella, “El derecho en la era digital, aspectos jurídicos de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones” (I parte), Revista Electrónica de Derecho Informático, N°13, agosto de 1999. <http://vlex.com/redi>.

1.3- Noción de Comercio Electrónico Internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), al elaborar la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), no introdujo en ésta una definición sobre que debe entenderse por comercio electrónico, pero si nos fijamos en la resolución que emite la asamblea general al momento de aprobar dicha convención podremos encontrar una primera aproximación. Dicha resolución señala que “observando que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como “comercio electrónico”, en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel”. Entonces en esta primera aproximación diremos que el comercio electrónico es aquel que se realiza por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación y almacenamiento de información que sustituyen el papel.

El comercio electrónico se puede definir según la Asociación de Usuarios de Internet (España), como “cualquier forma de transacción o

intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación”¹⁴.

Otro concepto es el que da el profesor Renato Jijena Leiva, quien señala que el comercio electrónico sería “el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles”¹⁵

El concepto de comercio electrónico internacional “no sólo incluye la compra y venta electrónica de bienes o servicios, que es el concepto común que se tiene, sino que también incorpora el uso de las redes para actividades anteriores o posteriores a la venta, como son la publicidad, la búsqueda de información, el aseguramiento de las posibles transacciones, el tratamiento de clientes y proveedores, trámites ante autoridades de control y fiscalización, negociación de condiciones de compra y suministro, la prestación y mantenimiento de servicios posventa, la colaboración entre empresas, etc”¹⁶.

¹⁴ La dirección de la AUI es <http://www.aui.es>.

¹⁵ Renato Jijena Leiva, “Comercio electrónico y derecho. La problemática jurídica del comercio electrónico, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°9, abril de 1999. <http://vlex.com/redi>.

¹⁶ Carlos de Paladella, Ob.cit nota N°13.

Cualquiera de estas formas de actividad en las redes de comunicación puede ser considerada como comercio electrónico internacional . Éste es un concepto que ha variado desde sus inicios a la fecha, ha evolucionado desde su significado original de compra electrónica al significado actual que abarca todos los aspectos de los procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías de la *World Wide Web*.

Cabe señalar que los productos que pueden ser objeto de estas transacciones pueden ser físicos, como electrodomésticos o computadoras, o servicios, como asesoramiento legal, médico, viajes, y educación a distancia. Pero también pueden ser bienes sin entidad física como sería la música los software, las noticias y las bases de datos.

1.4- Tipos de Comercio Electrónico Internacional

En una primera clasificación que sería en cuanto a quienes intervienen podemos señalar que el comercio electrónico plantea principalmente 2 clases o tipos: el comercio entre empresas (*Business to*

Business – B2B) y el comercio entre empresas y consumidores (*Business to Consumer – B2C*).^{17 18}

1.4.1- Comercio de empresa a empresa: Éste comercio, desde ya varios años, ha venido siendo practicado por empresas que intercambian entre ellas información comercial o que adquieren entre sí productos y servicios. Dichas transacciones revisten seguridad y certeza pues estas compañías cuentan con la tecnología necesaria para aplicar un comercio electrónico sólido. Asimismo trabajan bajo el principio de la buena fe y confianza comercial. Al estar inmersas en el mundo de los negocios, las empresas obtienen información confiable, sobre la marcha del mercado, la solvencia de sus proveedores, la rentabilidad de sus inversiones, etc., lo que permite un comercio fluido y seguro.

¹⁷ En el trabajo ya comentado de la Cámara de Comercio de Santiago, se señala que existiría otro tipo de comercio electrónico que sería el que se da entre empresas y gobierno. A nuestro entender este se encuentra comprendido en el comercio entre empresas, ya que cuando el Estado participa en la actividad económica es considerado como una empresa.

¹⁸ Otros autores señalan otra posible clasificación que dice relación con el contenido del comercio electrónico, es así como distingue un sentido amplio y otro restringido de éste comercio. En sentido amplio, comprende todo intercambio de datos que se realice mediante medios electrónicos, sin considerar si se encuentra o no vinculado a una actividad comercial mientras que el comercio electrónico en sentido estricto se refiere a aquellas transacciones del ámbito comercial que se desarrollan a través de las nuevas tecnologías de la comunicación, donde se incluyen la compraventa de bienes o servicios, los acuerdos preliminares y todas las actividades posteriores a la celebración del contrato respectivo. Martínez Nadal, Apolonia, Comercio electrónico, firma digital, y autoridades de certificación, Editorial Civitas, Madrid, España (1998), pág. 25.

Este tipo de comercio se da principalmente entre las empresas que ofrecen productos finales y sus proveedores de insumos

1.4.2- Comercio de empresa a consumidor: Este comercio se da cuando una empresa oferta sus productos o servicios a través de la red y éstos son adquiridos por una persona natural. Ciertamente, en Internet existen galerías virtuales donde se exponen una serie de productos listos para ser adquiridos. Podemos encontrar en venta: libros, programas de computación e incluso vehículos.

El problema que encontramos dentro de esta modalidad de comercio electrónico es la dificultad para una persona natural, cuyo ámbito de desarrollo no es precisamente el comercial, de conocer las características o el currículum empresarial de quien le oferta productos o servicios a través de la red. Al no contar con una información adecuada sobre el mercado en que se desenvuelve y el modo como éste opera, el usuario se encontrará en desventaja ante la empresa y guiado tan sólo por las sugerencias del ofertante. Esta situación, así como el constante acercamiento del comercio

electrónico al consumidor, han generado situaciones de desventaja que pueden llegar a vulnerar sus derechos¹⁹.

En una segunda clasificación tomando en consideración el desarrollo de la transacción, distinguimos el Comercio Electrónico Directo y el Comercio Electrónico Indirecto.

1.4.3- Comercio electrónico directo: Este la operación es realizada íntegramente a través de Internet, esto es, tanto la solicitud de servicio o de bienes como el pago y la entrega de los bienes o la prestación de los servicios es efectuada en línea. Generalmente este tipo de comercio electrónico se relaciona con bienes y servicios inmateriales, como *softwares*, música, videos e información.

1.4.4- Comercio electrónico indirecto: En él sólo la solicitud del servicio o del bien es efectuada a través de la red. La prestación del servicio o la entrega del bien adquirido es realizada fuera de Internet. Este tipo de comercio electrónico se relaciona con bienes y servicios materiales, como serían la compra de un computador o de libros.

¹⁹ Dentro de estos 2 tipos de comercio electrónico el que se realiza entre empresas ocupa casi el 90% del total de las transacciones efectuadas, por lo cual los desafíos en el futuro están orientados a lograr una masificación del comercio entre empresas y consumidores.

1.5- Iniciativas sobre el comercio electrónico

A continuación trataremos de dar una perspectiva tanto nacional como internacional de las diferentes iniciativas que se han ido formulando para crear un marco legal del comercio electrónico.

1.5.1- Chile: Si bien es cierto que nuestro país no posee una ley de comercio electrónico²⁰ y la mayoría de los proyectos se encuentran estancados en el Congreso, igual existen algunas adecuaciones jurídicas, principalmente podemos hablar del decreto 81 de 1999 que validó la utilización del documento electrónico y firma digital en el sector público²¹; la ley de protección de datos personales²², la ley 18876 que permitió la transferencia electrónica de valores; la ley 19506 que permite la declaración electrónica de impuestos; la ley 19479 que permite la tramitación electrónica de documentación aduanera y la reciente ley 19799 –publicada

²⁰ En toda Latinoamérica Colombia es el único país que en base a la ley modelo de la CNUDMI ha presentado un proyecto de ley para adaptar su legislación.

²¹ Según algunos autores señalan “este decreto no tiene nada que ver con el comercio electrónico, sino que sólo se relaciona con el uso de firmas y documentos electrónicos o digitales al interior de la administración del Estado”. Renato Jijena Leiva, “Firma digital y entidades certificadoras. Regulación legal en la administración pública Chilena”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°35, junio de 2001. <http://vlex.com/redi>.

²² En esta ley se establece la necesidad del consentimiento de las personas para que se haga uso de sus datos personales y también existe una obligación de las empresas de venta directa, de implementar sistemas designados a entregar al titular de los datos la información que este requiera. Aquí no se dispone como en los Estados Unidos, de un mecanismo de lista postal a la cual las personas se puedan inscribir para ser retiradas de las listas de distribución de material de venta directa.

Véase en general, Rodolfo Herrera Bravo, publicado en la Revista de Derecho informático, <http://vlex.com/redi>

en el diario oficial el 12 de abril de 2002- sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma²³.

En cuanto a los distintos proyectos de ley relacionados con este tema es imprescindible precisar que éstos tratan sólo aspectos del comercio electrónico y no éste en su totalidad²⁴. Antes de la publicación de la ley 19799 nos encontrábamos con un proyecto de ley sobre documentos electrónicos²⁵, uno sobre comunicaciones electrónicas²⁶ y otro sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica²⁷.

Otro marco regulatorio importante de precisar será el de los servicios relacionados a este comercio electrónico. Aquí principalmente podemos hablar del decreto tarifario de telefonía básica de 1999, la norma técnica de

²³ Para un estudio más acabado de las distintas adaptaciones jurídicas que se han dado en nuestra legislación, véase, Silva Boggiano Macarena "El comercio electrónico, la firma electrónica", Revista Electrónica de Derecho Informático, N°40, noviembre de 2001.

²⁴ Algo similar ocurre con la Ley Modelo del Comercio Electrónico elaborada por la CNUDMI, ya que "se observa que ésta ley no está concebida como un régimen completo aplicable a todos los aspectos del comercio electrónico. La finalidad principal de la ley modelo es adaptar los requisitos legales existentes para que dejen de constituir obstáculos a la utilización de los medios de comunicación y archivo de información sin soporte de papel".

²⁵ Proyecto presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República de Chile por los HH. Senadores Edgardo Boeninger, Juan Hamilton, Hernán Larraín, Sergio Romero y José Antonio Viera-Gallo. Boletín 2348-07, 9 de junio de 1999.

²⁶ Proyecto de ley presentado por los Diputados Alberto Espina e Ignacio Walker. Boletín 2512-07, 13 de junio de 2000.

²⁷ Proyecto de ley iniciado por mensaje del Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar. Boletín 2571-19, 29 de agosto de 2000. En caso de querer un mayor análisis, Cristóbal González Ogaz, "algunos aspectos sobre el proyecto chileno de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica", Revista electrónica de derecho informático, N°35, junio de 2001. <http://vlex.com/redi>.

intercambio nacional de tráfico, norma de trasmisión de datos y el proyecto de ley de telecentros comunitarios²⁸.

Como vemos, progresivamente se ha ido adaptado nuestra legislación a la nueva realidad del comercio electrónico, pero no ha sido capaz de elaborar una ley que contenga todos los aspectos relativos a este comercio, lo cual ha significado que muchas de éstas leyes se guíen por principios orientadores diferentes, generando problemas en su aplicación e interpretación.

Nuestro país forma parte de la Organización de Naciones Unidas por lo cual debería regular el comercio electrónico tomando en consideración la ley modelo que ha elaborado la CNUDMI y los estudios realizados tendientes a lograr una convención.

²⁸ De acuerdo con la Cámara de Comercio de Santiago “Un hito fundamental en materia de costos de acceso lo constituye la dictación del decreto tarifario de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile, que introdujo el concepto de tramo local, disminuyendo en más de un 60% el costo de uso de red en el caso del servicio de acceso conmutado.

Luego nos encontramos con la dictación de la norma Técnica de intercambio nacional que viene a corregir la distorsión que impedía el desarrollo eficiente del servicio, debido a la ausencia de un sistema de conexión eficiente entre los distintos ISPs. A ello se le agrega la nueva norma de trasmisión, que permite a las empresas ampliar el conjunto de tecnologías para prestar servicios de transferencia de datos, en particular lo relativo a los nuevos protocolos de comunicación. Esto quiere decir que se liberalizan las especificaciones técnicas para la prestación del servicio.

Por último se debe mencionar el proyecto de ley que modifica el fondo de desarrollo de las telecomunicaciones para que este pueda facilitar la instalación de telecentros comunitarios de Internet. Este programa existe desde 1994, ha permitido dotar de telefonía pública a localidades apartadas y de bajos ingresos, mediante el otorgamiento de subsidios fiscales. Una vez aprobada la ley se podrá llamar a concurso a empresas interesadas en poder instalar los telecentros. (extracto del trabajo publicado por la Cámara de Comercio de Santiago, pág. 83, ob.cit.)

En cuanto a las leyes y proyectos de ley mencionados anteriormente, estos se pueden encontrar en <http://www.lexchile.org>

1.5.2- Estados Unidos: En el mes de julio de 1997, el presidente de los Estados Unidos, presentó en la Casa Blanca en Washington un documento denominado “Marco para el Comercio Global Electrónico”. En dicho documento se desarrolla la estrategia del gobierno norteamericano para fomentar la creciente confianza empresarial y de los consumidores en el uso de cadenas electrónicas para el comercio. El objetivo según expresara el presidente Clinton en su discurso, es asegurar que el comercio internacional en la Internet se mantenga libre de nuevos impuestos discriminatorios, de aranceles, de cargas, de regulaciones y protegido de la piratería²⁹.

²⁹ La iniciativa consta básicamente de 5 principios orientadores:

1-El sector privado debe liderar, la Internet se debe desarrollar como un escenario orientado por el mercado y no como una industria regulada.

2- Los gobiernos deben evitar restricciones indebidas sobre el comercio electrónico. Las parte deben poder llegar a acuerdos legítimos para comprar y vender productos y servicios a través de la Internet con una participación mínima de los gobiernos. Estos se deben abstener de imponer nuevas e innecesarias regulaciones, procedimientos burocráticos o nuevos impuestos o aranceles en las actividades que se realicen vía la Internet.

3- Cuando sea necesaria la intervención del gobierno, esta debe dirigirse a apoyar y hacer cumplir un marco legal predecible, consistente simple y reducido al mínimo para el comercio.

4- Los gobiernos deben reconocer las cualidades únicas de la Internet y deben presumir que los marcos regulatorios establecidos para las telecomunicaciones, la radio y la televisión sirven para la Internet.

5- El comercio electrónico en la Internet debe ser facilitado en forma global.

El trabajo del gobierno norteamericano detecto 3 aspectos en donde es necesario estudiar y renovar la legislación estadounidense:

1- Cuestiones financieras relativas a pagos por medios electrónicos y cuestiones impositivas y aduaneras.

2- Cuestiones legales, en donde se propone reformar el Código de Comercio Uniforme para dar validez a las transacciones electrónicas (UCC), establecer reglas claras para la protección de la propiedad intelectual, para la privacidad y la seguridad en los ambientes digitales.

3- Cuestiones de acceso al mercado, se propone establecer una infraestructura de telecomunicaciones y tecnologías de la información acordes con los tiempos actuales y facilitar el establecimiento de estándares y contenidos en la Internet.

En todo caso con anterioridad a la presentación de este documento el Estado de Utah ya en 1995 había aprobado la primera ley que regulaba la firma electrónica. Posteriormente fue dictada la Ley federal sobre Firmas Electrónicas en el Comercio Nacional y Global (*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*), que reconoce validez a todos los actos jurídicos celebrados por medios electrónicos e incorpora un capítulo especial en donde establece los derechos básicos de los consumidores en sus transacciones en el comercio electrónico.

1.5.3- Japón: Para implementar el comercio electrónico, Japón ha adoptado una serie de medidas que incluyen políticas de fomento para el

A fin de poner en práctica y dar cumplimiento a estos principio orientadores, el presidente Clinton tomo las siguientes medidas:

- 1- Todos los jefes de departamento y agencias federales deben revisar sus normas en cuanto afecten al comercio electrónico.
- 2- Se instruye al secretario del tesoro, Robert Rubin, negociar los acuerdos que sean necesarios para prevenir nuevos impuestos discriminatorios en el comercio electrónico.
- 3- Se instruye a la embajadora comercial, Charlene Barshefsky, trabajar en el marco de la Organización mundial del comercio para convertir la Internet en una zona de libre comercio en los próximos 12 meses basándose en el progreso del acuerdo sobre tecnologías de la información y en acuerdo sobre telecomunicaciones globales.
- 4- Se instruye al secretario de comercio, William Daley, con el objeto de trabajar por establecer protecciones básicas para los consumidores y los derechos intelectuales, para así ayudar a crear un ambiente legal predecible en el comercio electrónico y coordinar la relación con el sector privado estableciendo una estrategia para lograr tal objetivo.
- 5- Se llama al sector privado a que ayude a enfrentar este desafío.

Desde que se dicto esta pauta en 1997 el gobierno norteamericano ha ido modificando su regulación en base a los principios anteriormente expuestos. En mi opinión es el país que tiene la jurisprudencia más extensa en cuanto a comercio electrónico, pero en cuanto a su legislación siguen el principio de “no regular por regular”²⁹, por lo cual a diferencia del modelo europeo que intenta crear mecanismos de sanción y monitoreo, ellos creen que debe existir una autorregulación –principio que ha sido duramente criticado- y se deben promocionar practicas empresariales aceptables y consensuadas, basadas en el principio de la buena fe comercial.

uso de las nuevas tecnologías y un plan de acción sobre la materia. Las políticas pueden resumirse en lo siguiente:

- 1- Crear un marco internacional, formulando reglas jurídicas para las transacciones comerciales y creando un nuevo sistema para proteger la propiedad intelectual.
- 2- Proveer seguridad a las redes informáticas proteger los datos personales, la privacidad y las cuestiones relativas al consumidor.

Estas políticas se acompañan con un fuerte apoyo a los proyectos que realizan las PYMES y la implementación de una educación orientada al uso de las nuevas tecnologías.

El ministerio de Comercio internacional y de industria en Japón (MITI) esta financiando proyectos sobre comercio electrónico con un presupuesto superior a los 40 millones de *yens*

1.5.4- Unión Europea: La Unión Europea comenzó su trabajo en torno a este tema hace ya varios años para ello la comisión dedicada a esta materia propuso lo siguiente:

- 1- Establecer principios para regular el comercio electrónico.
- 2- Garantizar el acceso al mercado mundial, a través de una infraestructura, tecnología y servicios.

- 3- Crear un marco regulador y un entorno empresarial favorables.
- 4- Abrir la posibilidad para nuevas actividades empresariales.
- 5- Intensificar el dialogo internacional para compatibilizar el comercio electrónico a nivel mundial.

Dentro de los principios para crear un marco regulador del comercio electrónico, el informe de la Unión Europea que comentamos recomienda “no regular por regular”³⁰, sólo se requerirá de una acción comunitaria cuando el reconocimiento mutuo no baste para eliminar los obstáculos en el mercado o proteger los objetivos del interés general. Cualquier intervención legislativa debe imponer las menores cargas posibles al mercado y adecuarse a su evolución. Proponen asimismo que cualquier reglamentación se base en todas las libertades del mercado único y que se tenga en cuenta las realidades comerciales y la satisfacción del interés general de manera efectiva y eficaz (por ejemplo protección de la privacidad y del consumidor). En este documento también se enuncian una serie de puntos indispensables para orientar el enfoque regulador³¹

³⁰ Aunque según lo señalamos anteriormente la Unión Europea es uno de los bloques que ha creado más regulación en torno al comercio electrónico.

³¹ Los puntos que se señalaron son los siguientes:

1- Garantizar la seguridad y la intimidad de los datos. El informe considera indispensable garantizar la confidencialidad de la información reservada, tanto de tipo personal como comercial. Crítica las

Luego de arduas jornadas, la Unión Europea logro una normativa para el comercio electrónico la que esta contenida en la Directiva 2000/31/CE, relativa a “determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”³². La finalidad de esta Directiva según sus propios considerandos, es el de “garantizar un elevado nivel de integración jurídica comunitaria con objeto de establecer un autentico espacio sin fronteras interiores en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información”³³.

En cuanto al ámbito de aplicación de la presente Directiva podríamos señalar que se encuentra referida genéricamente a los servicios de la sociedad de la información, estos servicios se definen por referencia a la

legislaciones que restringen el uso, importación exportación y oferta de producto cifrado, y que por ello constituyen barreras considerables al comercio electrónico en Europa.

2- Proteger adecuadamente los derechos de propiedad intelectual y los servicios de acceso condicional; la protección del derecho de autor es esencial para el desarrollo del comercio electrónico. A tal fin se propone la adopción de una directiva en la materia que resuelva problemas relativos a las comunicaciones en línea, la reproducción y distribución de material reservado. Se resalta también la importancia de proteger las bases de datos y el problema de las marcas de dominio en Internet.

3- Garantizar una fiscalidad transparente y neutra. El desarrollo del comercio electrónico va a requerir que los sistemas impositivos aporten seguridad jurídica (de tal forma que las obligaciones tributarias sean claras transparentes y previsibles), y neutralidad fiscal (de manera que no se impongan a estas nuevas actividades cargas más onerosas que las que gravan el comercio tradicional. Resulta importante destacar que la Comisión rechaza el llamado “impuesto sobre los bits”, puesto que a las transacciones en línea ya se aplica el impuesto al valor agregado. Se propone, asimismo, estudiar los conceptos territoriales en los que se basa la fiscalidad indirecta (la residencia y el origen de los ingresos) teniendo en cuenta la evolución comercial y tecnológica. También se sugiere estudiar el problema en conjunto con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

³² El texto completo de cualquier directiva o reglamento de la Unión Europea lo podemos encontrar en <http://europa.eu.int/eur-lex/es>

³³ Nos parece importante recalcar que esta no es la única directiva que se aplicara al comercio electrónico ya que también inciden en él la relativa a protección de los datos de carácter personal, la de venta a

Directiva 98/34/CE, modificada por la 98/48/CE, en donde se entiende por tales “ a cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio”. Por lo cual el ámbito de aplicación será para los servicios entre empresas, como los servicios de las empresas con los consumidores, incluso los servicios proporcionados gratuitamente y financiados con ingresos publicitarios o patrocinio, o servicios que permiten transacciones económicas interactivas por televisión.

Otra de las directivas que han tenido mayor relevancia para el comercio electrónico es la N° 99/93 de la Comunidad Europea, “que establece un marco comunitario para la firma electrónica, en el que se opta por un sistema de acreditación voluntaria, reconociendo distinto valor probatorio al documento electrónico en el que consta una firma electrónica avanzada, respaldada por un certificado emitido en conformidad a esta ley, ya que el control de vigilancia que se le ha encomendado a la Secretaría General de Comunicaciones, confiere respaldo a los mismos”³⁴.

distancia, la relativa a la seguridad de los productos. Todas estas directivas pueden ser encontradas en la página Web de la Unión Europea.

³⁴ Ob.cit. nota N°23

1.5.5- Organización Mundial del Comercio (OMC)³⁵: Esta Organización liderada por su Director General desde 1997 comenzó a preparar las bases para un debate sobre el comercio electrónico y la necesidad de su regulación a nivel mundial, para lo cual en marzo de 1998 el secretario de la OMC publica un informe titulado “*electronic commerce and the role the WTO*” (el comercio electrónico y el rol de la OMC), a fin de aportar a los 132 países miembros un documento de base para el proceso de elaboración de sus posiciones negociadoras. Este informe elaborado por un grupo de economistas de la OMC examina las complejidades y los beneficios potenciales del comercio vía Internet. Se establece asimismo una clasificación del comercio electrónico en tres etapas, con el objeto de establecer las bases para un debate³⁶.

³⁵ La dirección de la Organización mundial del comercio es <http://www.wto.org>

³⁶ Estas etapas serían:

- 1- La etapa de búsqueda, donde los productores y consumidores, o compradores y vendedores interactúan primero.
- 2- La etapa de órdenes de compra y sus pagos una vez que la transacción ha sido acordada.
- 3- La etapa de entrega del producto.

Es en la tercera etapa donde surgen las principales cuestiones a resolver. Asimismo el informe identifica los problemas legales que surgen del comercio electrónico, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

- 1- Marco legal y regulatorio de las transacciones vía internet.
- 2- Seguridad y privacidad.
- 3- Impuestos.
- 4- Acceso a Internet y los mercados.
- 5- Compras gubernamentales.
- 6- Propiedad intelectual.
- 7- Regulación sobre contenidos.
- 8- Simplificación del comercio.

Según la propia OMC “la importancia cada vez mayor del comercio electrónico en el comercio mundial dio lugar a la adopción por los Miembros de la OMC de una declaración sobre el comercio electrónico mundial en su Segunda Conferencia Ministerial, celebrada el 20 de mayo de 1998 en Ginebra, Suiza³⁷. La declaración instaba al Consejo General de la OMC a establecer un programa de trabajo amplio para examinar todas las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico que afectan al comercio, y a presentar un informe sobre los progresos alcanzados en el programa de trabajo al tercer período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC.”

³⁷ La declaración es la siguiente:

Adoptada el 20 de mayo de 1998

Los Ministros,

Reconociendo la expansión del comercio electrónico mundial, que está creando nuevas oportunidades para el comercio,

Declaran lo siguiente:

El Consejo General, a más tardar en su próxima reunión extraordinaria, establecerá un programa de trabajo amplio para examinar todas las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico mundial que afectan al comercio, incluidas las identificadas por los Miembros. El programa de trabajo, en el que participarán los órganos competentes de la Organización Mundial del Comercio ("OMC"), tendrá en cuenta las necesidades económicas, financieras y de desarrollo de los países en desarrollo, y en él se reconocerá que se están realizando también trabajos en otros foros internacionales. El Consejo General deberá elaborar un informe sobre los progresos alcanzados en el programa de trabajo y podrá formular recomendaciones sobre posibles medidas, que nos presentará en nuestro tercer período de sesiones. Sin perjuicio de los resultados del programa de trabajo ni de los derechos y obligaciones que incumben a los Miembros en virtud de los Acuerdos de la OMC, declaramos además que los Miembros mantendrán su práctica actual de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas. Cuando rinda informe a nuestro tercer período de sesiones, el Consejo General examinará esta declaración, cuya prórroga se determinará por consenso, teniendo en cuenta los progresos alcanzados en el programa de trabajo.

El 25 de septiembre de 1998 el Consejo General adoptó un programa de trabajo sobre el comercio electrónico; conforme a este programa de trabajo, las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico serían examinadas por el Consejo del Comercio de Servicios, el Consejo del Comercio de Mercancías, el Consejo de los ADPIC y el Comité de Comercio y Desarrollo³⁸.

³⁸ Cada uno de estos órganos elaboró un informe que presentó al Consejo General a finales de julio de 1999. A continuación se resumen los puntos principales de los informes presentados al Consejo General:

- Los gobiernos Miembros de la OMC identificaron tres tipos de transacciones en Internet:
 - Transacciones correspondientes a servicios prestados a través de Internet en todas sus etapas, desde la selección hasta la compra y la entrega.
 - Transacciones en las que intervienen “servicios de distribución”: los productos, ya sean bienes o servicios, se seleccionan y se compran en línea, pero se entregan por medios convencionales.
- La opinión general de los gobiernos Miembros de la OMC es que la inmensa mayoría de las transacciones realizadas a través de Internet son servicios abarcados por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS).
 - En general, los gobiernos Miembros de la OMC opinan que el AGCS no establece diferencias entre los medios tecnológicos de prestación de servicios.
 - La opinión general de los gobiernos Miembros es que las disposiciones del AGCS son aplicables al comercio de servicios realizado por medios electrónicos.
 - No hay acuerdo en cuanto a la clasificación en la categoría de bienes o servicios de un número reducido de productos que están disponibles en Internet, por ejemplo, libros y soporte lógico. Aunque un libro impreso entregado por medios convencionales se clasifica como mercancía, algunos gobiernos Miembros de la OMC consideran que la versión digital del texto que contiene ese libro es un servicio que el AGCS debe abarcar. Otros Miembros opinan que un producto de tales características continúa siendo una mercancía sujeta a derechos de aduana y otras disposiciones del GATT. Por último, otros piensan que los productos de este tipo pertenecen a una tercera categoría de productos que no son bienes ni servicios, para los que hay que establecer disposiciones especiales.

Posteriormente con fecha 30 de mayo se adoptó un programa de trabajo³⁹ y al mismo tiempo los distintos países realizaron propuestas de la labor que debía desempeñar la OMC.

Se plantean cuestiones acerca de cómo debe referirse el Anexo sobre telecomunicaciones del AGCS al acceso a los servicios de acceso a Internet y a la utilización de los mismos. Muchos proveedores de acceso a Internet y muchos servicios podrían beneficiarse de las disposiciones del Anexo que garantizan un acceso justo y razonable a los circuitos arrendados a las compañías públicas de telecomunicaciones. No obstante, algunos gobiernos Miembros se preguntan si el Anexo debe imponer a los proveedores de acceso a Internet la obligación de ofrecer ese acceso a terceros, o en qué medida debe hacerlo.

³⁹ PROGRAMA DE TRABAJO SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Adoptado por el Consejo General el 25 de septiembre de 1998

1.1 En la Declaración sobre el Comercio Electrónico Mundial adoptada por los Ministros en el segundo período de sesiones de la Conferencia Ministerial se insta al Consejo General a que establezca un programa de trabajo amplio para examinar todas las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico mundial que afectan al comercio, teniendo en cuenta las necesidades económicas, financieras y de desarrollo de los países en desarrollo, y que informe al tercer período de sesiones sobre los progresos alcanzados en el programa de trabajo, con recomendaciones sobre posibles medidas. En consecuencia, el Consejo General establece el programa para los órganos competentes de la OMC que figura en los párrafos 2 a 5. Cualquiera de estos órganos podrá abordar otras cuestiones a petición de los Miembros. Los demás órganos de la OMC informarán asimismo al Consejo General sobre sus actividades relacionadas con el comercio electrónico.

1.2 El Consejo General desempeñará una función central en todo el proceso y mantendrá en constante examen el programa de trabajo, incluyéndolo como punto permanente en su orden del día. Además, el Consejo General se encargará de examinar cualquier cuestión relacionada con el comercio que sea de carácter intersectorial. Todos los aspectos del programa de trabajo relativos a la imposición de derechos de aduana a la transmisión electrónica se examinarán en el Consejo General. El Consejo General realizará un examen intermedio del progreso en la aplicación del programa de trabajo no más tarde del 31 de marzo de 1999. Los órganos mencionados en los párrafos 2 a 5 presentarán un informe o facilitarán información al Consejo General no más tarde del 30 de julio de 1999.

1.3 Exclusivamente a los efectos del programa de trabajo, y sin perjuicio de sus resultados, se entiende por la expresión "comercio electrónico" la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos. El programa de trabajo incluirá también el examen de cuestiones relacionadas con el desarrollo de la infraestructura del comercio electrónico.

1.4 Al realizar su trabajo, estos órganos deberán tener en cuenta la labor de otras organizaciones intergubernamentales. Deberán considerarse las posibles formas de obtener información de las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Consejo del Comercio de Servicios

2.1 El Consejo del Comercio de Servicios examinará el trato del comercio electrónico en el marco jurídico del AGCS e informará al respecto. Entre las cuestiones que se han de examinar se incluirán las siguientes:

- alcance (incluidos los modos de suministro) (artículo I);
- trato NMF (artículo II);
- transparencia (artículo III);
- participación creciente de los países en desarrollo (artículo IV);
- reglamentación nacional, normas y reconocimiento (artículos VI y VII);
- competencia (artículos VIII y IX);
- protección de la intimidad y la moral y prevención del fraude (artículo XIV);
- compromisos de acceso a los mercados para el suministro electrónico de servicios (incluidos los compromisos sobre los servicios de telecomunicaciones básicas y de telecomunicaciones de valor añadido y los servicios de distribución) (artículo XVI);
- trato nacional (artículo XVII);
- acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos (Anexo sobre Telecomunicaciones);
- derechos de aduana;
- cuestiones referentes a la clasificación.

Consejo del Comercio de Mercancías

3.1 El Consejo del Comercio de Mercancías examinará los aspectos del comercio electrónico pertinentes a las disposiciones del GATT de 1994, a los acuerdos comerciales multilaterales comprendidos en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC y al programa de trabajo aprobado, e informará al respecto. Entre las cuestiones que se han de examinar se incluirán las siguientes:

- el acceso de los productos relacionados con el comercio electrónico a los mercados y el acceso a esos productos;
- las cuestiones de valoración derivadas de la aplicación del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994;
- las cuestiones derivadas de la aplicación del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación;

-
- los derechos de aduana y demás derechos y cargas según se definen en el artículo II del GATT de 1994;
 - las normas en relación con el comercio electrónico;
 - las cuestiones referentes a las normas de origen;
 - las cuestiones referentes a la clasificación.

Consejo de los ADPIC

4.1 El Consejo de los ADPIC examinará las cuestiones referentes a la propiedad intelectual que se planteen en relación con el comercio electrónico, e informará al respecto. Entre las cuestiones que se han de examinar se incluirán las siguientes:

- la protección y la observancia del derecho de autor y derechos conexos;
- la protección y la observancia de las marcas de fábrica o de comercio;
- las nuevas tecnologías y el acceso a la tecnología.

Comité de Comercio y Desarrollo

5.1 El Comité de Comercio y Desarrollo examinará las consecuencias del comercio electrónico para el desarrollo e informará al respecto, teniendo en cuenta las necesidades económicas, financieras y de desarrollo de los países en desarrollo. Entre las cuestiones que se han de examinar se incluirán las siguientes:

- efectos del comercio electrónico en las perspectivas comerciales y económicas de los países en desarrollo, especialmente para las pequeñas y medianas empresas (PYMES), y medios para incrementar al máximo los beneficios que puedan resultar para ellos;
- desafíos para la participación de los países en desarrollo en el comercio electrónico, en particular como exportadores de productos entregados por medios electrónicos, y formas de mejorar esa participación: papel de un mejor acceso a la infraestructura y la transferencia de tecnología, y del movimiento de personas físicas;
- uso de la tecnología de la información en la integración de los países en desarrollo al sistema multilateral de comercio;
- consecuencias para los países en desarrollo de la posible repercusión del comercio electrónico en los medios tradicionales de distribución de las mercancías físicas;
- consecuencias financieras del comercio electrónico para los países en desarrollo.

Finalmente podemos mencionar que la OMC ha emitido 3 informes en los que ha ido dando cuenta de los avances que se han logrado en base al plan de trabajo propuesto. Estos informes son de marzo de 1999, de julio de 1999 y un informe anual de octubre de 1999⁴⁰.

1.5.6- Acuerdo de Libre Comercio de las Americas (ALCA)⁴¹: El gobierno de los Estados Unidos presentó en la III Reunión de Viceministros de Comercio que se realizó en San José de Costa Rica en febrero de 1998, una propuesta de un área de libre comercio en el ALCA. Posteriormente en la en la “Declaración ministerial de San José” de la Cuarta Reunión Ministerial de Comercio de la Americas, realizada en marzo de 1998, se incorpora por primera vez en la agenda regional el tema del comercio electrónico. En el punto 19 se declara “tomamos nota de la rápida expansión en el uso de Internet del comercio electrónico en el hemisferio. Con el propósito de aumentar y ampliar los beneficios que se derivan del mercado electrónico, vemos con beneplácito la oferta de CARICOM para dirigir un comité conjunto de expertos del sector público y privado que nos hará recomendaciones en nuestra próxima reunión”. Asimismo, la comisión

⁴⁰ Todos estos informes los podemos encontrar en la página Web de esta organización, aunque podemos adelantar que en ninguno de ellos podemos ver grandes avances.

⁴¹ La dirección en Internet de esta organización es <http://www.ftaa-alca.org>

del sector de las tecnologías de la información y comercio electrónico elevó una serie de recomendaciones al grupo de trabajo sobre comercio de servicios del ALCA⁴²

⁴² A continuación señalaremos algunas de las principales recomendaciones:

a- Recomendaciones de la comisión en relación con las barreras del comercio regional:

- 1- Desgravación arancelaria y tributaria de las operaciones internacionales del comercio de servicios profesionales y de programas computacionales.
- 2- Eliminación de las barreras no arancelarias y de los trámites inoficiosos ante las autoridades administrativas y de servicios públicos. En todo caso es conveniente que dichas entidades, como prestadoras de servicios no transables, incorporen intensivamente las tecnologías de la información en sus procesos operativos, contribuyendo no sólo a su productividad, sino a la competitividad de las economías locales y al fomento del comercio internacional.
- 3- Armonización de estándares y de normas técnicas.
- 4- Eliminación de prácticas discriminatorias en las compras estatales.
- 5- No aplicación de restricciones al comercio basadas en las normas de origen.
- 6- Fortalecimiento de la protección de los derechos de la propiedad intelectual.
- 7- Establecimiento de un marco legal hemisférico para el comercio electrónico que no imponga regulaciones innecesarias ni restricciones al mercado, ni impuestos discriminatorios sobre las actividades empresariales que tengan lugar bajo la modalidad de comercio electrónico.
- 8- Otorgamiento por parte de los estados, de trato nacional a los empresarios regionales para acceder y participar en los mercados del hemisferio.
- 9- Los Estados y empresarios de la región deben procurar armonizar criterios relativos a las prácticas anticompetitivas o a la competencia desleal en el sector.
- 10- Es esencial y altamente prioritario que los gobiernos –que no lo han hecho- suscriban e implementen prontamente el “*International Technology Agreement (ITA)*”.
- 11- No establecer restricciones al flujo de información de libre acceso a través de las redes electrónicas.
- 12- Evitar que al adoptar legislaciones o reglamentos de protección a la privacidad y a los derechos del consumidor se erijan barreras innecesarias al libre comercio y al libre flujo de información entre empresa y personas.

b- Recomendaciones en relación a la estructura y el proceso de negociación:

- 1- Es imperativo que se acuerden cuanto antes metas de negociación que permitan la elaboración de un cronograma de trabajo conjunto entre los sectores público y privado de la región.
- 2- A lo largo de las negociaciones se deberá mantener una estrecha comunicación entre las autoridades públicas y los empresarios de cada uno de los países de la región.
- 3- Se sugiere que las negociaciones del ALCA se armonicen con los ritmos propios de los demás procesos de integración subregionales.

c- Recomendaciones en relación con el comercio de servicios en general:

- 1- Deben establecerse acuerdos regionales que eliminen la doble cotización previsional y al mismo tiempo faciliten el traslado de tales recursos dentro de la región.
- 2- Es indispensable que los gobiernos subsanen las restricciones para trasladar recursos humanos entre los países del hemisferio, otorgando visas temporales de trabajo asociadas a los términos de los contratos de asesoría debidamente protocolizados ante las autoridades consulares y eliminen los cupos de trabajadores extranjeros en las empresas que se instalen en sus territorios.

Luego de estas recomendaciones el ALCA ha seguido trabajando intensamente en el desarrollo del comercio electrónico en la región y ya ha presentado 2 informes en donde señala recomendaciones a los países miembros, además de haber realizado cerca de 60 informes en donde analiza los principales temas vinculados al comercio electrónico.(estos informes pueden revisados en la página WEB de esta organización).

En el último informe que contenía recomendaciones a los ministros y que fue entregado el 22 de noviembre de 2000, se analizaba el panorama del comercio electrónico en el hemisferio y se señalaba que todavía el mayor desarrollo se da en el B2B, y como parte de la comercialización internacional de bienes y servicios, se están produciendo avances en por lo menos 2 sentidos. Primero, por medio de la puesta operativa de sitios electrónicos diseñados para tal fin, tales como estructuras del tipo “mercados verticales” o “comunidad de negocios”. Y segundo a través del desarrollo de plataformas tecnológicas sobre las bases de redes informáticas abiertas, que permitan el cumplimiento de la operatoria de la comercialización internacional de bienes y servicios digitalizando los procedimientos y la documentación involucrados.

En este informe además se trata el desarrollo del comercio electrónico, para lo cual se analizan fundamentalmente siete puntos. Dentro de estos se nos muestra los desafíos y oportunidades que presentan y las recomendaciones que da el ALCA (basándose para esto en el primer informe que se había realizado en el año 1999).

Los temas son fundamentalmente 1) el acceso e infraestructura⁴³, 2) Las pequeñas y medianas empresas⁴⁴, 3) Los sistemas de pago en línea⁴⁵, 4)

⁴³ En cuanto a los desafíos y oportunidades se señala que el crecimiento del comercio electrónico se basa fundamentalmente en la creación de las condiciones adecuadas para el crecimiento de las telecomunicaciones e Internet. Por ejemplo será importante el que existan políticas de Estado que incentiven la competencia y la liberalización dentro del mercado de telecomunicaciones.

Como recomendaciones podríamos señalar el promover una competencia dinámica y justa; el mantener un órgano de supervisión independiente, eficaz, equitativo y transparente; Promover la competencia entre las plataformas de comunicaciones por normas que sean neutrales con respecto a la tecnología utilizada; evitar imponer regulaciones que puedan frenar el desarrollo de Internet; Establecer regímenes que permitan amplia variedad de estrategias de precios; que exista una garantía de acceso a los proveedores; facilitar la adopción de procedimientos respecto a la prueba y a la certificación de productos; Procurar ofrecer servicio a bajo costo: desarrollar un marco regulatorio claro, previsible, no discriminatorio, estable y a la vez flexible; apoyo al sector público y privado en cuanto a educación y entrenamiento.

⁴⁴ Como desafío básicamente se propone el que las PYMES apoyadas por el sector público y privado entren al comercio electrónico, ya que tienen mayor facilidad para adaptarse a las nuevas condiciones y así podrían promover sus productos, establecer una presencia corporativa en la red y proveer servicios a sus clientes. Como defecto se encuentra la falta de técnicos en estas empresas y la escasez de recursos que las hace más vulnerables.

Como recomendaciones estaría el fomentar la familiarización de las PYMES con los instrumentos disponibles en el comercio electrónico; alentando al sector privado en cuanto a las oportunidades que ofrece Internet para la realización de transacciones comerciales; crear sitios donde las PYMES puedan hacer contactos, publicar información o intercambiar ideas, con el fin de facilitar sus inversiones y la generación de empleo; buscar soluciones a los obstáculos que se presenten; esforzarse para que los productos y servicios públicos estén disponibles en Internet.

⁴⁵ En resumen podríamos señalar que el gran desafío que se plantea es el crear una infraestructura transfronteriza de servicios financieros, y que esta sea eficiente y segura. Esto será lo que de el gran impulso al B2C.

Como recomendación está el asegurar que las actividades públicas se adapten flexiblemente a las necesidades del mercado incipiente; mejorar el intercambio de información y colaboración para evitar el fraude y las amenazas a la seguridad; remover obstáculos al empleo de medios de pago electrónicos alternativos, fomentando la flexibilidad e innovación de estos últimos, colaborar con los diversos organismos para lograr un modelo efectivo de comercio electrónico en la región; fomentar los sitios que

Certificación y autenticación⁴⁶, 5) Protección al consumidor⁴⁷, 6) Protección a la propiedad intelectual⁴⁸ y 7) Distribución de contenidos en línea⁴⁹.

Posteriormente el informe trata la labor futura del comité, en donde se hacen los lineamientos que éste seguirá. Principalmente en cuanto a la protección efectiva del consumidor con un enfoque en prácticas o conductas comerciales fraudulentas, engañosas o injustas. También en cuanto a la privacidad del consumidor, las iniciativas presentadas por el sector privado, los métodos efectivos de solución y controversia.

A su vez se estudiara las posibilidades de “e-gobierno”, la brecha digital entre los países del hemisferio, el impacto del comercio electrónico en el desarrollo social, la producción de contenido digital y sus distribución en

utilizan tecnologías de pago seguras respetando la privacidad del consumidor; se proteja a los consumidores de la responsabilidad desmedida por pagos electrónicos no autorizados y apoyar políticas destinadas a dar transparencia a la regulación de los sistemas de pago.

⁴⁶ El desafío principal es lograr el reconocimiento legal, la equivalencia funcional, la no discriminación de las firmas electrónicas y el principio de neutralidad tecnológica.

Como recomendaciones se señala el eliminar las barreras legales que impiden el reconocimiento de las transacciones electrónicas, que la firma electrónica sea neutral en cuanto a la tecnología utilizada, asegurar la validez legal de los registros y su evidencia electrónica; otorgar efecto legal al acuerdo de las partes en orden a la utilización de los medios de autenticación que utilizaran; procurar que las normas o leyes no discriminen los métodos o proveedores de servicios de autenticación electrónica, sean nacionales o extranjeros; trabajar en sistemas de autenticación que protejan del fraude y el robo de identidad.

⁴⁷ Aquí se presentan sólo los desafíos y se señala que para fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico resulta indispensable que exista una protección contra el fraude, que se proteja la privacidad, que se generen mecanismos de solución de controversias.

⁴⁸ El desafío principal es lograr en Internet una protección a estos derechos.

⁴⁹ El objetivo es el lograr que la distribución de contenidos en línea sea un factor relevante para el aumento del producto económico derivado del comercio electrónico.

línea, las consecuencias aduaneras e impositivas, la seguridad de las transacciones electrónicas, etc.

El informe es acompañado de un anexo, en donde se realiza un análisis por país de los temas fundamentales que se desarrollaban en el informe.⁵⁰

1.5.7- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁵¹: Este es uno de los organismos internacionales que más se ha preocupado de la problemática del comercio electrónico. La OCDE ha preparado un documento denominado “Guías para una política sobre Criptografía, donde se identifican los principales temas que los países deberían considerar al desarrollar una política de criptografía tanto a nivel nacional como internacional. Esta postura se opone a la que mantiene Estados Unidos en relación a la prohibición de *software* para encriptado. En este documento se reconoce la importancia de la criptografía, como un medio para el uso seguro de información permitiendo lograr confidencialidad, integridad, autoría y no repudio de documentos en ambientes digitales. Además, el informe reconoce que la falta de uso de criptografía puede afectar a la protección de la privacidad, la información financiera y comercial, y el posterior desarrollo del comercio electrónico.

⁵⁰ Este es el informe N° 03 de fecha 9 de abril del 2001.

Por último recomienda a los gobiernos que remuevan o se abstengan de poner obstáculos al comercio internacional y al desarrollo de redes de comunicación e información.

La OCDE formo un grupo de expertos que trabajo sobre las relaciones que deben existir entre el Estado y las empresas para el desarrollo conjunto del comercio electrónico. Organizó también una conferencia sobre comercio electrónico en noviembre de 1997 en la ciudad de Turku, Finlandia, con el objeto de analizar las barreras existentes en el desarrollo del comercio electrónico. En esta conferencia se consideró que las prácticas y políticas que actualmente se aplican pueden llegar a constituir barreras al comercio electrónico.

En el informe denominado “dismantling the barriers to the global electronic commerce”, se han identificado cuatro áreas:

- 1- Asegurar el acceso a la infraestructura de la información.
- 2- Generar confianza en los usuarios y consumidores en los sistemas de información y transacciones electrónicas.
- 3- Minimizar la incertidumbre acerca del nuevo ambiente electrónico.

⁵¹ La dirección de la Organización para la Cooperación y desarrollo Económico es <http://www.ocde.org>

4- Disminuir los problemas de logística relativo a los medios de pago y distribución.

Se resalta el potencial del comercio electrónico para disminuir las distancias entre productores y consumidores. Asimismo, el comercio electrónico genera una situación cercana a la competencia perfecta, por la reducción de costos, bajas barreras de ingreso y mejora de la información al consumidor.

Respecto del acceso se hace hincapié en las reformas de políticas necesarias para mejorar el acceso a la red, el costo de las tarifas telefónicas, la liberalización de las telecomunicaciones. Además se examinan los problemas que tradicionalmente han detectado todos los informes a los que hemos hecho alusión relativos a la privacidad, la seguridad y la protección de la propiedad intelectual, las diferencias entre comercio de bienes tangibles e intangibles.

El documento se propone minimizar la incertidumbre respecto de las normas que serán aplicables al nuevo ambiente electrónico, entre otras cuestiones se revisa el sistema impositivo y la facilitación del comercio electrónico.

Este informe esta acompañado de un anexo con un resumen de las distintas posiciones nacionales e internacionales sobre comercio electrónico.

También se generó un documento sobre los aspectos tributarios del comercio electrónico. Este documento debería ser tomado como modelo para que los estados enfrenten la resolución de problemas relativos a las cuestiones impositivas.

1.5.8- MERCOSUR⁵²: Aquí todavía no se han creado pautas para enfrentar el comercio electrónico, pero ya se ha tomado conciencia de la importancia que representa para la región. Por lo anterior es que mediante la resolución N°43/00 se resolvió crear un grupo Ad Hoc sobre comercio electrónico como foro dependiente del grupo de mercado común. Este grupo tendrá como objetivos primordiales el poder coordinar las posiciones nacionales, fortaleciendo el relacionamiento externo del bloque en esta materia. Además de contribuir al mejoramiento del marco jurídico, fiscal, de medios de pago e infraestructura necesario para el rápido desarrollo intrazona del comercio electrónico.

⁵² La dirección en Internet de esta organización es <http://www.mercosur.org>

La tarea de este grupo Ad Hoc resulta ser completamente imperiosa, en atención a la importancia que esta adquiriendo este mercado⁵³.

El MERCOSUR ya tiene un programa de trabajo para el período 2000-2001 en el cual estudiara el tema. Este programa básicamente trata la facilitación del acceso a la infraestructura; la armonización jurídica hemisférica; la facilitación de la utilización de los medios de pago para las transacciones comerciales en línea; las posibilidades de desarrollo para

⁵³ También debemos tomar en consideración los objetivos del tratado constitutivo del MERCOSUR, que señalan:

1- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquiera otra medida equivalente (Art. 1 par. 1 tratado de Asunción).

La falta de regulación o una legislación defectuosa, pueden producir efectos nocivos en el intercambio comercial entre los Estados partes y con relación a terceros, tanto en aspectos tributarios como no arancelarios (competencia desleal, protección de la información transmitida, Etc.)

El principal problema surge en relación al comercio electrónico directo por cuanto este se desarrolla en su integridad en un ámbito virtual. Esto dificulta el poder de control sobre las transacciones por cuanto es sumamente difícil tomar conocimiento de la existencia de ellas.

2- El establecimiento de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales (Art. Par. 2 del tratado Asunción).

En distintos foros se han presentado iniciativas para la regulación del comercio electrónico, por lo cual es necesario coordinar una postura común entre los miembros del MERCOSUR a fin de tener una posición unificada sobre la materia y así actuar como bloque en las negociaciones internacionales.

3- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales de los Estados partes a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes (Art. 1 par. 3 del Tratado de Asunción).

Si cada país comienza a legislar por separado es un hecho que se producirán asimetrías en la aplicación de distintos criterios en la legislación del comercio electrónico lo cual generará condiciones inadecuadas de competencia entre los Estados Partes.

De acuerdo a las proyecciones que existen en un futuro no muy cercano una cantidad importante de las transacciones comerciales se realizarán a través de Internet. Por lo cual sin una legislación adecuada al comercio electrónico que garantice las reglas mínimas de competencia y acceso a mercados, será muy difícil poder evitar estas distorsiones.

4- El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (Art. 1 par.4 Tratado de Asunción)

Actualmente en los países miembros del MERCOSUR los temas relativos al comercio electrónico no se encuentran regulados o se encuentran con una regulación incipiente, por lo cual este es el momento oportuno para armonizar los criterios con los que se legislara sobre la materia.

pequeñas y medianas empresas; un análisis de disposiciones tendientes a facilitar la explotación de la propiedad intelectual en línea y posibilitar su protección eficiente y económica, a la luz de los avances realizados en el grupo de negociación sobre propiedad intelectual y los aspectos tributarios y aduaneros⁵⁴.

1.5.9- Comisión de Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional⁵⁵(CNUDMI): Este organismo internacional⁵⁶ ha dado gran importancia al comercio electrónico, de hecho uno de sus grupos

⁵⁴ El texto completo de este programa lo podemos encontrar en la página Web del ALCA, en su informe N°53.

⁵⁵ La dirección en donde podemos encontrar la ley modelo y demás proyectos de la CNUDMI es <http://www.uncitral.org>

⁵⁶ “La UNCITRAL/CNUDMI, fue creada por Resolución 2205(XXI), de 17 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas como una Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del Derecho mercantil internacional y teniendo presente para ello, en ese respecto, el interés de todos los pueblos y, en particular, el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional.

Para alcanzar su objetivo la Comisión se ha de valer de distintas técnicas de reglamentación, muchas de ellas innovadoras en relación a las tradicionales formas de legislar, dentro de los que se encuentran: convenios, leyes modelos, régimen uniforme, modelos de cláusulas convencionales, recomendaciones a los gobiernos y organizaciones internacionales.

Dada la naturaleza del comercio electrónico y sus distintos tópicos, UNCITRAL ha optado por utilizar una de estas nuevas técnicas normativas constituidas por la Ley Modelo.

La Ley Modelo es un marco legal que es adoptado al interior de una Conferencia Internacional, y que tiene por función inspirar al legislador nacional para reglamentar una materia tratada por esa ley, de modo que no tiene carácter obligatorio para los Estados (a diferencia de los tratados o convenios internacionales), sino que sirve como una sugerencia legislativa que puede tener presente el legislador interno cuando sea llamado a regular determinadas materias.

Es así como la CNUDMI ha elaborado distintas Guías Jurídicas o Leyes Modelos que tienen por objetivo facilitar el comercio electrónico, en particular el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutos de los que utilizan papel, que sean aceptables para los Estados que tengan sistema jurídicos, sociales y económicos diferentes, de manera que puedan contribuir de forma significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas.” Ob. Cita nota N°23

de trabajo esta dedicado exclusivamente a este tema. Además fue el primero que elaboró una ley modelo para el comercio electrónico y un régimen uniforme para las firmas electrónicas, entidades certificadoras y demás temas conexos.

En la ley modelo sobre comercio electrónico publicada en diciembre de 1996 se plantean los fundamentos bases para que cada país logre establecer un marco legal que ampare las operaciones realizadas mediante medios electrónicos o digitales, para ello se establecen reglas y normas para validar y reconocer los contratos celebrados por medios electrónicos y reglas preestablecidas para la celebración de contratos y para regular el cumplimiento de los contratos electrónicos, se definen las características de un escrito electrónico válido y de un documento original, establece la aceptabilidad de las firmas electrónicas para propósitos legales y comerciales y apoya la admisión de pruebas electrónicas en tribunales y procedimientos de arbitraje⁵⁷.

⁵⁷ La estructura de la presente ley modelo esta dada por 2 partes. La primera de ellas se refiere al comercio electrónico en general y consta de 3 capítulos, y la segunda trata sobre el comercio electrónico en materias específicas. Dentro de la primera parte encontraremos.

El primer capítulo tratara las disposiciones generales en donde encontraremos el ámbito de aplicación, definiciones, interpretación, modificación mediante acuerdo.

En el segundo capítulo se da la aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos, y aquí nos encontramos con el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, la incorporación por remisión, escrito, firma, original, admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos y conservación de lo mensajes de datos.

Por otro lado encontramos la ley Modelo, sobre las Firmas Electrónicas, aprobada por la Comisión en su 34º período de sesiones, celebrado en Viena desde el 25 de junio al 13 de julio de 2001.

Dentro de las finalidades de esta Ley Modelo “se encuentran la de reducir la incertidumbre de los efectos jurídicos en el uso de las firmas electrónicas, que constituyen una de las técnicas modernas de autenticación electrónica que ha sustituido el uso de firmas ológrafas, y enfrentar el riesgo de que cada país adopten criterios diferentes en relación con esta firma electrónica, ha motivado a la elaboración de un marco jurídico moderno, armonioso y equitativo para abordar las cuestiones de la firma electrónica. Los objetivos de la Ley Modelo, son: 1- Facilitar el empleo de firmas electrónicas, 2 - Conceder igualdad de trato a los usuarios de documentación con soporte en papel y a los consignados en soportes informáticos”⁵⁸.

Luego en el tercer capítulo trata sobre las comunicaciones de los mensajes de datos y encontraremos la formación y validez de los contratos, el reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, el acuse de recibo y tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos.

En la segunda parte que consta sólo de un capítulo vemos los actos relacionados con los transportes de mercancías y los documentos de transporte.

Como hemos visto podemos señalar que la presente ley modelo cuenta con 15 artículos de carácter general más 2 artículos referidos al transporte de bienes, siendo dichos artículos bastante neutros y flexibles para que así resulte más fácil su incorporación a las legislaciones nacionales.

⁵⁸ Ob. Cit. Nota N°23, “La propuesta de la Ley Modelo de UNCITRAL, se estructura bajo once artículos, estableciendo su ámbito de aplicación y los siguientes principios: a) de igualdad de tratamiento de las

1.5.10- Asociación Latinoamericana de integración (ALADI)⁵⁹:

A comienzos de este año la ALADI creó un grupo de trabajo especial, presidido por el embajador de Chile don Héctor Casanueva y que tiene por objeto armonizar las políticas y normativas, para lograr dar un mayor impulso al comercio electrónico y las nuevas tecnologías de la información.

Este grupo de trabajo organizó un seminario taller que se realizó en la ciudad de Montevideo en los días 27 y 28 de junio del año en curso, dicho seminario tuvo como objetivo principal fue conocer el grado de desarrollo del comercio electrónico y sus perspectivas en la región, así como intercambiar experiencias y puntos de vista sobre el rol que la ALADI podría desempeñar en esta materia. Para realizar este objetivo cada participante tuvo que realizar una exposición sobre el estado actual y la evolución probable del comercio electrónico en sus respectivos países, en especial tratando temas como el acceso a Internet, operaciones de comercio electrónico tanto B2B como B2C, el uso de Internet por las empresas,

tecnologías para la firma, b) de la dimensión global o internacional del tema, c) de la presunción de existencia de firma cuando la ley exija una manuscrita y ésta conste en forma electrónica, d) de la observancia del requisito de fiabilidad, las obligaciones del firmante y de los proveedores de servicios de certificación, e) de los factores de fiabilidad del sistema de certificación, y f) de las obligaciones del tercero que actúa confiado en el certificado.

Con miras a asegurar su coherencia con el contenido y terminología de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en estos artículos se han reproducido las disposiciones contenidas en ésta, en cuanto a: i) su ámbito de aplicación, ii) las definiciones de: mensaje de datos, iniciador y destinatario, iv) a su interpretación, y v) modificación mediante acuerdo y firma”.

programas ejecutados en cada país para promover el comercio electrónico, marco regulatorio, proyectos sobre gobierno electrónico, ver el tratamiento de estos temas en los organismos internacionales, foros regionales y subregionales.

En la segunda jornada de labores se planteó las iniciativas que podía ser desarrolladas por ALADI, en las que cabe señalar: Estudios y propuestas (encaminados estos a la regulación, promoción y desarrollo del comercio electrónico en la región), Gobierno electrónico (estudiar la aplicación de las tecnologías de la información a la administración del Estado, en especial el ámbito aduanero, fiscal y tributario), Coordinación y armonización (ALADI debe convertirse en centro de conocimiento e información, para lo cual debe provisionar elementos estadísticos permanentes y actualizados, además de promover la armonización y convergencia de las legislaciones, como también analizar y reflexionar sobre las posiciones que adoptará Latinoamérica, previamente a la negociación con otros foros internacionales), Sector empresarial (Básicamente la inserción de la PYMES en el ámbito internacional a través de medios electrónicos)

⁵⁹ La dirección de esta organización en Internet es <http://www.ALADI.org>

Como conclusiones y recomendaciones podemos señalar que en cuanto a las realizaron Consideraciones estratégicas, ALADI dada sus funciones y limitación presupuestaria no debería actuar como organismo ejecutor, además de no formular acciones o desarrollar estudios en campos actualmente cubiertos por organismos especializados.

En relación a las áreas de acción estas deben ser: Estudios (sobre temas solicitados por los estados e intentando establecer criterios para la adopción de bases normativas únicas en la región), bases de datos (desarrollando y manteniendo actualizados los datos estadísticos, un registro de documentos y un registro de normas jurídicas vigentes o en estado de proyecto), Cooperación (Para lo cual se deberán concentrar las demandas y ofertas de cooperación que requieran los países, incluirlas en una matriz y luego divulgarlas. Así como también asesorar a los países miembros acerca de las fuentes posibles de financiamiento externo), Programas de aplicación (que permitan aplicación práctica de metodologías, procedimientos y sistemas , articulando los diferentes componentes que intervengan), Difusión (estableciendo e implementando una estrategia de distintos aspectos del comercio electrónico) y capacitación (programa para utilizar las herramientas del comercio electrónico), y apoyo a las

negociaciones en ámbitos multilaterales (para lo cual ALADI debe constituirse en un foro de asesoramiento, intercambio y eventual coordinador de posiciones).

En cuanto a las áreas prioritarias se acordó que estas debían ser: La protección y distribución de contenidos en línea (en este sentido se sugirió que se identifiquen las actividades que reúnan condiciones para su promoción, que se vean las necesidades y requerimientos para su desarrollo, como también los mecanismos de resguardo de los derechos de propiedad intelectual), Las Cuestiones tributarias (en cuanto a sus implicancias y mecanismos para enfrentar la elusión y evasión), Gobierno electrónico (realizando estudios sobre experiencias internacionales exitosas, alcances y aplicaciones de este gobierno, así como estudios sobre compras o contrataciones públicas), Comercio electrónico y comercio internacional (alcances e implicancias de plataformas electrónicas para el comercio exterior sin papeles, sus efectos en las aduanas y la incorporación de las empresas especialmente las PYMES en el comercio internacional), Comunidad virtual.

Por ultimo en relación a los aspectos institucionales, se tomo conocimiento que el grupo de Rio esta trabajando para presentar una

propuesta sobre la "nueva economía y tecnología de la información y comunicación". Además se considero que el presente documento era de importancia por lo cual se remitió al comité de comercio electrónico del ALCA.

1.5.11- Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁶⁰: Este organismo internacional ha trabajado en el establecimiento de normas y mecanismos para manejar las disputas comerciales en el área del comercio electrónico, incluyendo el arbitraje de la CCI con base en las reglas de arbitraje de 1998; el arbitraje de la CCI por vía expedita basado en las reglas de 1998 si todas las partes lo solicitan; el uso del centro de expertos previamente a cualquier mecanismo formal para la solución de disputas, y las reglas de conciliación opcionales de la CCI, que también se pueden aplicar a la mediación. Al ofrecer estas 5 opciones la CCI plantea las partes una variedad de métodos expeditos y de bajo costo para la solución de disputas.

La CCI también ha creado el “contrato modelo para flujos de datos transfronterizos”. Las cláusulas modelo aseguran que el sujeto de los datos pueda tener recurso contra el exportador de los datos si un importador de

⁶⁰ La dirección de la Cámara de Comercio Internacional es <http://www.icc.org>

los datos en un país que no tiene protección adecuada según la jurisdicción del exportador viola una regla de privacidad según las leyes del país exportador. De tal manera, su finalidad es cerrar la brecha que se ha venido ampliando entre algunas jurisdicciones como resultado de los distintos enfoques hacia la protección de la privacidad.

Además la CCI ha trabajado en los *E-TERMS* (similares a los ampliamente conocidos *INCOTERMS* del comercio físico), un acervo que ofrecerá a los usuarios del comercio electrónico acceso sencillo a los términos legales que se utilizan, de manera que puedan redactar sus contratos totalmente en línea.

La CCI ha abordado temas contractuales y otras cuestiones legales fomentando la autorregulación de la industria mediante acuerdos de intercambio (las reglas de conducta uniforme para el intercambio de datos comerciales por teletransmisión, publicadas en 1987, fueron el primer intento para plantear un marco básico a este tipo de acuerdos), libros de reglas para el comercio electrónico en comunidades cerradas y las actividades del “proyecto de comercio electrónico de la CCI”.

También ha publicado un borrador de las “prácticas internacionales uniformes de autenticación y certificación” (sus siglas en inglés son

UIACP) y ha emitido pautas de “uso general en el comercio digital internacional asegurado”(GUIDEC), para asegurar la confiabilidad de las transacciones digitales por la Internet.

A su vez, ha creado el Servicio contra los delitos comerciales que esta estableciendo una unidad contra los delitos informáticos para proporcionar información sobre los cibercrimes a los gobiernos y la comunidad empresarial.

1.5.12- Unión Internacional de Telecomunicaciones⁶¹ (UIT): A estado trabajando para diseñar un proyecto piloto para asegurar las transacciones entre empresas y consumidores en el comercio electrónico, desarrollando normas para sistemas de seguridad en las comunicaciones y para terminales multimedia.

Según una comunicación de la UIT de junio del presente año se ha logrado activar la Autoridad de Certificación *EcommercePKI*⁶².

⁶¹ La dirección de esta organización en Internet es <http://www.itu.int>

⁶² La comunicación de la UIT nos señala lo siguiente “Desde que su organización postuló para operar como Autoridad de Registro, numerosos han sido los avances realizados en este complejo proyecto. Esto implica tanto la legislación internacional como las tecnologías de punta que permiten asegurar un nivel máximo de seguridad en las comunicaciones. Desde que se firmó el Acuerdo de Cooperación UIT-WISEKey el 17 de Mayo de 1999, más de 7 millones de dólares han sido invertidos en el proyecto EC-DC por WISEKey, sus socios y colaboradores. También fue organizada una conferencia internacional en Noviembre del año pasado con la participación de 120 países (incluyendo a más de 100 países en desarrollo y menos adelantados).

A continuación, y como consecuencia del ensayo piloto del sistema que ha sido llevado a cabo durante varios meses, es de mi mayor agrado informarles que el núcleo de la infraestructura final, es decir, la Autoridad de Certificación *EcommercePKI*, ha sido activada y está operando.

1.5.13- Internet Law and Policy Forum⁶³ (ILPF): Esta organización según lo señala su página en Internet es una organización internacional sin fines de lucro dedicada a promover el crecimiento mundial del comercio electrónico y de las comunicaciones, siendo su principal tarea la de dar soluciones legales a distintos problemas que se suscitan en el trabajo en la red.

Adicionalmente, el conjunto de requisitos legales necesarios para el correcto manejo de la Autoridad de Certificación ha sido concretado y finalizado. Gracias a la puesta en marcha de ésta Infraestructura de Clave Pública (*PKI*), los usuarios certificados, que provienen tanto de países en desarrollo como de países industrializados, estarán habilitados para comunicar de forma segura, de conducir transacciones comerciales en de manera confiable y segura, y también podrán desarrollar otros servicios electrónicos tales como e-gobierno, e-salud y e-educación.

Esto es extremadamente significativo puesto que implica que estamos ya listos para comenzar el desarrollo de las Autoridades de Registro, dando inicio a la emisión de certificados de un modo completamente operacional.

A fin de dar una respuesta adecuada al creciente número de solicitudes de participación de países en desarrollo y hacer frente a los requerimientos financieros y humanos, considerando nuestros limitados recursos, hemos estado trabajando en crear un modelo aún más abierto. Este último, permitirá la participación de un mayor número de actores, extendiendo el marco de colaboración y aportando un planteamiento más estructurado donde países en desarrollo podrán jugar un rol más activo en la construcción de una sociedad global de la información y en la reducción de la brecha digital.

Estoy igualmente complacido de informarles que la UIT está finalizando un nuevo marco de colaboración enfocado hacia la elaboración de infraestructuras seguras y de confianza en los países en desarrollo, a través del Memorando de Intención titulado:

"Memorando de Intención para la creación de una plataforma tecnológica neutral y de un marco de contribución no exclusivo para el desarrollo y la utilización de TIC, en los países en desarrollo (*WorldETrust*)"

El Memorando de Intención (*WorldETrust*) será presentado ante los Estados miembros de la UIT, los potenciales países donadores, las organizaciones fundadoras y los socios industriales. Una vez que su gobierno haya firmado el acuerdo, instruiremos a Wisekey para que los asista en la puesta en marcha de su Autoridad de Registro y en el desarrollo del proyecto en su país. La UIT y el conjunto de sus asociados buscarán contribuciones internacionales para financiar el despliegue de la infraestructura en regiones menos favorecidas del globo. El grupo de expertos industriales asistirá a la Autoridades de Registro a desarrollar modelos económicos así como estrategias apropiadas para hacer que el proyecto sea financieramente viable, en el menor tiempo posible".

⁶³ La dirección de esta organización en Internet es <http://www.ilpf.org>

Para lograr sus objetivos cuenta con un grupo de abogados especialistas en estas materias que nos podrán orientar desde un foro neutral de discusión.

El trabajo de la ILPF se encuentra dividido por grupos que se dedican a estudiar distintos aspectos de gran relevancia para el comercio electrónico internacional. Un primer grupo se dedica al estudio de la jurisdicción, un segundo grupo analiza la autenticación electrónica, luego un tercer grupo analiza la regulación propia de Internet y por ultimo, un grupo que se dedica a estudiar los contenidos de responsabilidad⁶⁴.

⁶⁴ El trabajo de estos distintos grupos, se ha desarrollado a través de convenciones internacionales en las que participan gobiernos, organizaciones intergubernamentales y distintas empresas ligadas a la creación de *software* o al área de las comunicaciones.

El grupo que trabaja sobre la jurisdicción ha realizado 6 conferencias en donde se ha tratado este tema. Estas conferencias se han desarrollado principalmente en EEUU o en Canada y estas son las siguientes:

- *Jurisdiction: Building Confidence in a Borderless Medium (julio de 1999)*
- *Electronic Commerce: Jurisdiction and Applicable Law(noviembre de 1999)*
- *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments In Civil and Commercial Matters of de Hague Conference on Private Internatonal Law (febrero y marzo de 2000)*
- *Traslation of the draft comunicacion on the law of non-contractual obligations (febrero de 2000)*
- *Jurisdiction II : Global Networks / local Rules (septiembre de 2000)*
- *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments In Civil and comercial matters of te Hague Conference on Private International Law(febrero de 2001)*

El Segundo grupo que trabaja en la autenticación electrónica, ha desarrollado las siguientes conferencias:

- *The role of certification authorities in consumer Transactions (abril 1997)*
- *Legislative Principles for Electronic Authentication (octubre de 1997)*
- *United States Survey (abril de 1998)*

1.5.14- Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI, cuya sigla en inglés es WIPO)⁶⁵: Es una de las organizaciones internacionales que mas se ha dedicado a estudiar el comercio electrónico⁶⁶, fundamentalmente en cuanto a los nombres de dominio y en relación a los distintos medios -que existen o que es necesario crear- para proteger la propiedad intelectual en esta nueva realidad.

-
- *Survey of International Electronic and Digital Signature Initiatives (1999)*
 - *International Consensus Principles on Electronic Authentication (abril 1999)*
 - *Steering Comité for OECD/BIAC workshop on Electronic Authentication (junio 1999)*
 - *Joint Keidanren/ILPF Workshop on Electronic Authentication (junio 1999)*
 - *An Analysis of International Electronic And Digital Siganature Implementation Initiatives (septiembre de 200)*

En el tercer grupo relativo a la regulación propia de Internet, se han realizado las siguientes conferencias o documentos:

- *Observationon the State of Self-regulation of the Internet prepared for the Ministerial Conference of the OECD, A borderless World: Realising the potencial for global electronic comerse (octubre de 1998)*
- *Bibliography of Internet Self Regulation (1998)*

En cuanto al último grupo que trabaja sobre *Content Liability*, se encuentra en preparación un reporte denominado *Content Blocking Report*

⁶⁵ La dirección de esta organización en Internet es <http://www.wipo.org>

⁶⁶ En su página en Internet podemos encontrar:

- un folleto de información general sobre los programas y actividades de la OMPI relacionadas con el comercio-e;
- los "Tratados Internet" de la OMPI, de diciembre de 1996;
- un folleto sobre los tratados de la OMPI sobre Internet;
- el Informe de la OMPI sobre el Proceso relativo a los Nombres de Dominio de Internet;
- el CD-ROM de la Conferencia Internacional sobre Propiedad Intelectual y Comercio Electrónico (14 a 16 de septiembre de 1999);
- el Manual de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual.

Según lo señala la propia OMPI, “El comercio electrónico ha adquirido rápidamente una gran importancia económica y política al proseguir la notable expansión mundial de Internet. Los derechos de propiedad intelectual son de importancia fundamental para el mantenimiento de un entorno estable y favorable al desarrollo continuo del comercio electrónico”.

La Conferencia Internacional de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual, organizada del 14 al 16 de septiembre de 1999, examinó el impacto del comercio electrónico en la propiedad intelectual y celebró sesiones plenarias sobre los acontecimientos en materia de comercio electrónico a nivel tecnológico, comercial y político, así como talleres prácticos relacionados con la propiedad intelectual y esferas conexas.

La Conferencia reunió a unos 700 representantes de alto nivel procedentes de gobiernos, de la industria y de otros sectores interesados. Los representantes gubernamentales recalcaron la importancia cada vez mayor del comercio electrónico para todos los países, industrializados o en

desarrollo, y felicitó a la OMPI por la labor que realizaba en esta esfera económicamente importante.

Al finalizar esta importante Conferencia el Director General de la OMPI, Dr. Kamil Idris, presentó un plan de diez puntos que estableció un programa⁶⁷

⁶⁷El programa de la OMPI es el siguiente:

1. Ampliar la participación de los países en desarrollo mediante la utilización de WIPONET y otros medios, para:

- tener acceso a la información en materia de propiedad intelectual;
- participar en la formulación de políticas en el plano mundial;
- aprovechar las oportunidades de utilizar los activos de propiedad intelectual en el comercio electrónico.

2. La entrada en vigor del WCT y del WPPT antes de diciembre de 2001.

3. Promover el ajuste del marco jurídico internacional para facilitar el comercio electrónico mediante:

- la extensión de los principios del WPPT a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales;
- la adaptación de los derechos de los organismos de radiodifusión a la era digital;
- examinar la necesidad de adoptar un instrumento internacional sobre la protección de las bases de datos.

4. La ejecución de las recomendaciones del Informe sobre el Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio y la continuación del logro de compatibilidad entre los identificadores del mundo real y virtual, mediante el establecimiento de normas de respeto mutuo y la supresión de contradicciones entre el sistema de nombres de dominio y los derechos de propiedad intelectual.

5. Desarrollar los principios adecuados con el fin de establecer, en el momento oportuno y en el plano internacional, normas para determinar la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, en materia de propiedad intelectual, que sean compatibles y viables en un marco general de normas de responsabilidad para los proveedores de servicios en línea.

6. Promover el ajuste del marco institucional para facilitar la explotación de la propiedad intelectual en interés del público, en una economía mundial y en un medio global, gracias a la coordinación administrativa y, cuando lo deseen los usuarios, la aplicación de sistemas relativos a:

En enero de este año se ha desarrollado un foro sobre “Derecho Internacional Privado y Propiedad Intelectual”⁶⁸.

-la interoperabilidad e interconexión de los sistemas electrónicos de gestión del derecho de autor y los metadatos de tales sistemas;

-las concesiones de licencias en línea para la expresión digital del patrimonio cultural;

-la administración en línea de controversias en materia de propiedad intelectual.

7. Introducir y desarrollar lo antes posible procedimientos en línea para la presentación y administración de solicitudes internacionales en virtud del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), el Sistema de Madrid y el Arreglo de La Haya.

8. Estudiar y, según convenga, responder en forma eficaz y oportuna a la necesidad de tomar medidas prácticas destinadas a mejorar la administración de activos digitales culturales y de otros tipos en el ámbito internacional, mediante, por ejemplo, el estudio de la conveniencia y eficacia:

-de procedimientos y formularios tipo para la concesión mundial de licencias de activos digitales;

-de la certificación de documentos electrónicos;

-de la introducción de un procedimiento de certificación de los sitios Web con el fin de que cumplan las normas y procedimientos adecuados de propiedad intelectual.

9. Estudiar cualesquiera otras nuevas cuestiones en materia de propiedad intelectual relacionadas con el comercio electrónico y, cuando proceda, establecer normas en relación con dichas cuestiones.

10. Coordinar con otras organizaciones internacionales la formulación de las posturas internacionales convenientes sobre cuestiones horizontales que afectan a la propiedad intelectual, en particular:

-la validez de los contratos electrónicos;

-La competencia judicial y el derecho aplicable

⁶⁸ Los temas que se discutieron fueron los siguientes:

- nuevas cuestiones en el ámbito del comercio electrónico y función que desempeñará un procedimiento alternativo de solución de controversias
- iniciativas internacionales en curso
- cuestiones relacionadas con el derecho de autor y los derechos conexos
- cuestiones relacionadas con la propiedad industrial (patentes y marcas)

Asimismo se celebrarán debates en grupos especiales sobre los aspectos de la protección por propiedad intelectual relacionados con el derecho internacional privado (con especialistas procedentes de Egipto,

1.6- Problemas en torno al comercio electrónico internacional

El comercio electrónico internacional no sólo producirá beneficios, sino también una serie de problemas los cuales deberemos solucionar para lograr la consolidación de este comercio.

Ahora, desde nuestra perspectiva, para que se logre la solución a estos problemas, se nos hace necesario distinguir entre los problemas que se susciten en el B2B y los que se presentan en el B2C.

En cuanto al B2B creemos que los problemas que se generen en este tipo de comercio deberán ser solucionados mediante la *lex mercatoria*, que será aplicada por los árbitros, entendiendo que ésta será la que resuelva los problemas entre los propios comerciantes de un sector.

A continuación haremos una breve reseña de la *lex mercatoria* en el ámbito del comercio electrónico internacional.

1.6.1- Nueva “*Lex Mercatoria* del comercio electrónico internacional”

A través de toda la historia del comercio internacional las relaciones entre los comerciantes de un mismo sector nos han ido entregando pautas

Francia, Hungría, México, Reino Unido, Singapur y Sudáfrica) así como sobre las repercusiones prácticas para las empresas y otros usuarios de propiedad intelectual.

sobre el avance de este comercio, los problemas que ha sufrido, las soluciones que se han desarrollado, etc. El comercio electrónico no es una excepción, ya que los comerciantes también han ido desarrollando usos y prácticas que en definitiva están formando una nueva “*lex Mercatoria*”⁶⁹.

Ya en 1964, Berthold Goldman , nos señalaba “que el ordenamiento jurídico de la “*lex mercatoria*” regiría, al margen de toda intervención estatal, el conjunto de relaciones económicas internacionales, con la sola excepción de aquellas que involucran colectividades públicas actuando según mecanismos que les son propios”⁷⁰.

Goldman también afirmaba que la “*lex Mercatoria*” se encontraría compuesta “por las reglas transnacionales que se darían progresivamente los partícipes de los intercambios económicos internacionales, y que los árbitros contractualmente designados para la resolución de sus litigios

⁶⁹ Johnson y Post, realizan una analogía, comparando el desarrollo de Internet al desarrollo de la "Lex Mercatoria" (reglas que se difundieron en la Edad Media, entre los comerciantes para resolver sus conflictos, a parte de la regulación de los gobiernos). Los comerciantes no podían resolver sus problemas mediante las decisiones de los nobles, pues la ley feudal solamente resolvía problemas con respecto a la tierra. Por ello los comerciantes crearon sus propias reglas, las cuales no violentaron ni afectaron las leyes existentes. Esto mismo parece suceder con el ciberespacio. La aplicación de nuevas reglas ni tiene porqué afectar las leyes tradicionales. Consideran los autores, que nos encontramos ante un fenómeno similar a la Lex Mercatoria. Los gobiernos no pueden detener el libre flujo de las comunicaciones fuera de sus fronteras, por más que lo deseen, y es por ello que no hay otra alternativa que la autorregulación. Obando, Juan José, “los contratos electrónicos y digitales”, Revista Electrónica de Derecho Informático, <http://www.vlex.com/redi>, N° 39, octubre de 2001

⁷⁰ Nehme, Nicole “El cambio de circunstancias en los contratos económicos internacionales. Un acercamiento a la *lex mercatoria*”. Tesis Universidad de Chile, 1998. citando a Berthold Goldman.

constatarían, y por ese camino precisarían o más bien elaborarían según la intención de los comerciantes un “derecho transnacional o anacional”⁷¹.

En el comercio electrónico internacional encontramos que son las empresas de software y las demás ligadas a ellas, las que cumplen un papel muy importante dentro de cómo se gestaran las próximas legislaciones ya que son estas empresas las que mejor conocen el negocio tanto en sus beneficios como en las desventajas que este presenta⁷². Por otro lado quienes también son pieza clave en la futura aplicación de esta ley son los árbitros. Éstos en el comercio electrónico han adquirido una gran importancia ya que aparecen como el principal sistema de solución de conflictos.

Los elementos que comprenderá esta “*lex mercatoria*”, van a ser los usos profesionales⁷³ y los principios jurídicos propios del comercio internacional que sentencias arbitrales ponen de manifiesto.

En cuanto a los “usos profesionales” podríamos señalar que “desde una perspectiva descriptiva se puede constatar que los usos o

⁷¹ Ob. Cit. , nota 70.

⁷² Las empresas ligadas a este sector, en un primer momento no intentaron crear una nueva legislación, sino más bien trataron de adecuar sus contratos a la legislación ya existente, para posteriormente coadyuvar a la creación de una legislación que pudiera solucionar los problemas que se habían presentado.

comportamientos de los operadores en sus relaciones económicas internacionales, han adquirido progresivamente y por su generalización en el tiempo y en el espacio, la fuerza de verdaderas prescripciones que se aplican sin que los interesados deban referirse a ellas. Asimismo que, al regular sus relaciones por medio de cláusulas y figuras contractuales nuevas, las partes no tienen la intención ni la convicción de crear vínculos jurídicos singulares, emanados simplemente de su libertad contractual, sino que sienten la necesidad de ubicar su contrato en el marco de las normas generales y abstractas que configuran el derecho profesional. Agrega que la experiencia muestra que los árbitros del comercio internacional no buscan en una ley nacional o en tratados internacionales las normas específicas que les permitan resolver los litigios que se les presenten, sino que las extraen de un derecho consuetudinario de comercio internacional, respecto del cual sería infructuoso determinar si lo constatan o elaboran, puesto que ambos mecanismos se encuentran íntimamente vinculados, en cada oportunidad que el juez ejerce su función”⁷⁴

⁷³ Que en opinión de Goldman los encontramos codificados en “montajes jurídicos y cláusulas contractuales, respecto de las cuales la pregunta que es necesario plantearse es si su uso repetido no las eleva acaso al rango de normas consuetudinarias”.

⁷⁴ Ob. Cit. , nota 70.

Estos usos también los podemos ir encontrando a través de las recopilaciones de los distintos organismos internacionales. Por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional en su grupo de trabajo sobre comercio electrónico ha recopilado los usos y costumbres en las transacciones económicas internacionales en reglas que ha denominado URETS (*Uniform rules for electronic trade and settlement*)

La validez de estos usos estará determinada en base a 2 criterios. Estos son el criterio realista de efectividad⁷⁵ y un criterio normativo⁷⁶.

En el caso del comercio electrónico internacional somos más partidarios de un criterio realista, ya que según lo señalaba Filali Osman, “la *lex mercatoria* esta ligada a su efectividad y emanan de la observación de fenómenos tales como la internacionalización de los espacios económicos,

⁷⁵ En este sentido podemos señalar que será indiscutible la eficacia de los usos y principios del comercio electrónico internacional para regir las relaciones en la sociedad de comerciantes (sin perjuicio del respeto que se debe tener por las restricciones que impone el orden público nacional o anacional). Entendiendo en todo caso, según lo señalado por Goldman, que para que exista un reconocimiento de estas normas dentro del ordenamiento jurídico, estas normas deben ser efectivamente consuetudinarias y responder a la aplicación de un principio de analogía, mediante el cual estas normas puedan aplicarse sin necesidad de incorporación o referencia contractual.

⁷⁶ Este criterio normativo estaría dado, ya que los usos profesionales de los comerciantes responden a la definición positivista más clásica de norma de derecho, en el sentido, de regla dictada por autoridad y provista de sanción.

Según sus partidarios dentro de los usos contenidos en contratos tipos y en codificaciones y en los principios develados por la jurisprudencia arbitral están revestidos de caracteres de generalidad, precisión y publicidad que se exige de las reglas como para que los interesados puedan conocerlas antes de actuar; que su obligatoriedad (y su carácter de mandato) emana de la conciencia de una regla común del comercio internacional expresada por el adagio de *pacta sunt servanda*; y que si bien esta regla común no alcanza a tribuir al conjunto de normas el carácter de un sistema (diremos que no es un sistema ya que por ejemplo no existen disposiciones de capacidad o vicios del consentimiento), esto no afecta la juridicidad de cada norma específica del comercio electrónico internacional.

la internacionalización de las instituciones que organizan esos espacios y de las reglas que rigen sus relaciones”⁷⁷. Si lo dicho por Osman lo extrapolamos al comercio electrónico creo que calza perfectamente primero en cuanto a la internacionalización de los espacios económicos, esto no puede ser más claro en el comercio electrónico, ya que en Internet no existen fronteras. Ahora en cuanto a la internacionalización de las instituciones esto también a quedado de manifiesto, ya en este capítulo hemos abordado como los distintos organismos e instituciones internacionales se están preocupando del tema.

El hecho que hallamos optado por un criterio realista, no quiere decir que desechemos completamente el criterio normativo, sino sólo encontramos que este parece ser el más acertado para la realidad que se vive en el comercio electrónico internacional. Del criterio normativo podemos rescatar lo señalado por Critoph Stoecker, en donde considera que el carácter jurídico de las reglas de la *lex mercatoria* resultaría del hecho que ellas tienen una cierta difusión y repetición, aunque entendiendo que estas son condiciones necesarias, pero no suficientes, puesto que hay que agregar su efectividad que viene a ser un testimonio de la conciencia de los

⁷⁷ Ob. Cit. , nota 70, citando a .Osman Filali

destinatarios de la práctica en el sentido de sentirse jurídicamente ligados por ella⁷⁸.

En cuanto a los principios generales del derecho que sería el otro elemento de esta *lex mercatoria*, debemos señalar que estos son producidos por los árbitros internacionales, particularmente los institucionales, ya que al no estar sujetos a un foro pueden acceder a diversas fuentes de sistemas jurídicos estatales, para así construir normativamente un derecho anacional que utiliza estos principios⁷⁹

Entonces el resultado de la actividad normativa de los árbitros van a ser los principios generales del derecho, especializados y particularmente adaptados a las necesidades de los miembros de la sociedad de mercantes y más precisamente a la solución de los conflictos derivados de la interpretación y ejecución de sus contratos, los que constituirían estas reglas originales y generales. Según Carbonneau vendrían a constituer un verdadero “*common law* internacional de los contratos”⁸⁰

⁷⁸ Ob. Cit. , nota 70 citando Stoecker Cristoph

⁷⁹ En este sentido Berthold Goldman, define los principios generales de la *lex mercatoria* como “directivas y mandatos generales del ordenamiento jurídico que son, según el caso, directamente aplicables a una situación o a un acto jurídico dado, o a la fuente de las reglas que gobiernan esa situación o ese acto”.

⁸⁰ Carbonneau Thomas, “*etude historique et compareé de l’arbitrage: vers un droit matérieel de l’arbitrage comercial international fondé sur la motivation des sentences*, *Revue Internationale de Droit Compareé*, 1984, pág. 774

Como vemos estos principios generales en el caso del comercio electrónico internacional los deberemos buscar en las distintas cortes de arbitraje que han ido tratando este tema, así como también cuando las partes haciendo uso de su autonomía de la voluntad, se han sometido a un magistrado virtual. (En Sudamérica tenemos el caso del Perú en donde ya existe un magistrado virtual dispuesto a solucionar los problemas que se planteen en el comercio electrónico. También en Norteamérica la universidad de Montreal ,Canada, provee de esta institución, como también el proyecto ombudsman de la Universidad de Massachussets)⁸¹.

A manera de conclusión podemos señalar que las tecnologías de la información en el comercio internacional han dado lugar a una nueva manera de relacionarse entre los propios comerciantes, la que ha comenzado a crear nuevos usos y principios generales, los que sin lugar a dudas están formando una nueva *lex mercatoria*, entendiendo por esta un “nuevo ordenamiento jurídico⁸² desprendido de los ordenamientos

⁸¹ Este tema será tratado más profundamente en el capítulo III, en donde veremos las distintas instancias de solución a los conflictos que se plantean en este comercio.

⁸² Para algunos esta *lex mercatoria* no constituiría un orden jurídico propio ya que no podemos señalar que posea las normas necesarias como para poder calificarla de sistema. Aunque se ha replicado esta crítica invocando la hipótesis del pluralismo de los ordenes jurídicos de la teoría institucional de Santi Romano, conforme con la cual “todo cuerpo social constituye un orden jurídico y no solamente el Estado. Tanto así que éste, no importando su peso coercitivo, no se distingue fundamentalmente de otras entidades que merecen esa calificación. Todo lo que es derecho no puede ser imputado al Estado y aún menos a una voluntad estatal ficticia. (aquí Philippe Kahn, citando a Santi Romano)

nacionales e internacionales y cuyo contenido esta conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores de este comercio electrónico internacional⁸³, además de los usos profesionales propios de este tipo de comercio.

Esta *lex mercatoria* será la que rija las relaciones entre los comerciantes y según la cual los árbitros resolverán los problemas que afecten a los comerciantes entre sí.

1.6.2- En cuanto a la protección de los consumidores

El tema de la protección a los consumidores que participan en el comercio electrónico es de gran importancia, ya que estos al sentirse protegidos tendrán la confianza necesaria para utilizar las opciones que nos entrega este nuevo comercio. A nivel internacional existe preocupación respecto de este tema. Es así como la mayoría de las regulaciones que se intentan crear a nivel internacional dejan claro que en ningún caso éstas convenciones podrán afectar derechos establecidos a favor de los consumidores. Por ejemplo en la ley modelo sobre comercio electrónico de la CNUDMI, ya en su primer artículo trata sobre el ámbito de aplicación de

⁸³ Feldestein de Cardenas Sara, Contratos Internacionales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995,

la convención y presenta un pie de página que nos señala “que la presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor”.

Por otro lado, la Unión Europea no lo ha tratado en forma específica, pero si tangencialmente cuando se refiere a la venta de productos a distancia o cuando trata sobre términos contractuales injustos o publicidad engañosa.

En el ALCA el Comité conjunto de expertos del sector privado y público en comercio electrónico, en su documento FTAA.ecom/inf/27, de fecha 25 de mayo de 1999, denominado "cuestiones relativas a la protección al consumidor en el comercio electrónico", trata específicamente este problema y parte señalando que debemos entender por protección al consumidor, entendiendo por esta el conjunto amplio de leyes, reglas y prácticas que protegen a los consumidores contra fraudes, ayudan a asegurar el respeto a sus intereses económicos y los concientizan sobre sus derechos, riesgos y responsabilidades cuando emprenden diversas transacciones⁸⁴.

Pág.174.

⁸⁴ Otros organismos internacionales que se han preocupado del tema son la OCDE, la conferencia del G7 sobre la sociedad de la información y el desarrollo, la cumbres latinoamericanas de telecomunicaciones, todas estas enfocadas a la búsqueda de protección a los consumidores en prácticas comerciales falsas, engañosas y fraudulentas en el ciberespacio.

Ahora que ya tenemos una breve referencia en cuanto a que debemos entender y cuanto abarca esta protección, nos corresponde ver cuales son los problemas más graves que se generan a los consumidores cuando esta protección no existe o es insuficiente.

En nuestra opinión el gran problema del consumidor en este comercio electrónico internacional será ante quien puede recurrir y quien podrá solucionar las controversias que se planteen, ya que nos estamos enfrentando a un comercio en el cual no existen fronteras físicas. Ahora, no nos cabe ninguna duda que la solución más acertada y hacia donde deberían encaminarse las legislaciones va en el sentido, que el consumidor pueda solucionar cualquier controversia en su país de origen, ya que en el caso contrario los consumidores tendrían que enfrentar altos costos de litigación, viaje, aparte de enormes inconvenientes en cuanto al tiempo que se demorará en resolverse el problema. Además si a todo esto le sumamos que la transacción sobre la cual estamos discutiendo es sobre una precio menor, no tendría ningún sentido incurrir en estos gastos y el consumidor vería frustradas sus posibilidades de obtener el servicio o producto por el cual pago.

Entonces, el problema estriba en lograr crear formas razonables y sencillas para que estos consumidores solucionen sus controversias. Esto pareciera no ser tan complicado, aunque si nos ponemos a pensar en el comercio internacional siempre han existido dificultades en cuanto a los consumidores que pretenden hacer valer sus derechos. Lo que ocurre es que con anterioridad al comercio electrónico, en el comercio internacional no participaban mayormente los consumidores, ya que este se desarrollaba principalmente entre empresas que solucionaban sus problemas, en base, a sus propios usos o principios (*lex mercatoria*). En cambio ahora el desafío que se crea, es darle protección a cada uno de esos consumidores que pretenden realizar una transacción a través de Internet, con el objeto de adquirir un bien o que se les preste un servicio, por lo cual, en caso de haber algún conflicto ya no lo resolveremos con esos usos o principios que son propios de los comerciantes, sino mediante procedimientos que generen la menor pérdida de tiempo y costo para los consumidores (este problema será tratado a profundidad en el tercer capítulo de la presente memoria).

Ya habiendo enunciado uno de los problemas fundamentales en el comercio electrónico internacional nos corresponde analizar los demás problemas de relevancia que se planteen en este comercio. A nuestro modo

de ver estos los podemos clasificar en problemas relativos; a la seguridad, a la intimidad o privacidad, a la propiedad intelectual y marcas comerciales.

1.6.2.1-Seguridad

Este es uno de los problemas de mayor relevancia que enfrenta el desarrollo del comercio electrónico internacional, ya que si no existe una seguridad básica para que los consumidores puedan efectuar sus transacciones, es muy poco probable que estas se realicen, además si pensamos que estas transacciones se realizaran en el ámbito internacional es muy frecuente que los consumidores se sientan indefensos.

La seguridad como señalamos anteriormente es un eje fundamental y la podremos relacionar con los distintos problemas que hemos enunciado, ya que esta da la idea de que no exista ningún tipo de daño, peligro o riesgo⁸⁵.

Según la iniciativa de comercio electrónico de la Unión Europea (COM 97, del 12 de abril de 1997) “ Para que el comercio electrónico se

⁸⁵ Por ejemplo uno de los grandes problemas que existe para la intimidad o privacidad de las personas se relaciona con que algunas bases de datos no brindan la seguridad adecuada y su información puede ser distribuida sin la autorización del titular de los datos. Además también se produce el caso de los mensajes que se transmiten a través de las redes de información que en algunas oportunidades son interceptados antes que lleguen a su destino.

desarrolle, tanto los consumidores como las empresas deben tener la confianza en que sus transacciones no serán interceptadas ni modificadas, el comprador y el vendedor son los que dicen que son, y los mecanismos de la transacción son accesibles, legales y seguros, crear este clima de confianza es la condición previa para que las empresas y consumidores recurran al comercio electrónico”

Como vemos esta iniciativa de la Unión Europea es clara en señalar exactamente lo que necesitamos para que el (B2C) adquiera el crecimiento que se ha pronosticado, ya que el (B2B) se viene desarrollando hace bastante tiempo y este se realizaba en un entorno seguro que eran las redes EDI (recordemos que estas son redes cerradas de intercambio de datos), por lo cual ahora el desafío es lograr la misma seguridad en una red abierta como es Internet.

En Chile se han realizado todos los esfuerzos necesarios para darle mayor confianza a los usuarios. De hecho desde el año pasado que en nuestro país se incorporo el sistema de *WEB PAY* . Mediante este sistema logramos una mayor seguridad al efectuar nuestras compras en Internet. Este sistema funciona de la siguiente manera, Primero nosotros ingresamos a la *Web* que ofrece los productos, luego podemos seleccionar el que nos

parezca más conveniente y cuando queramos cancelar el producto con nuestra tarjeta de crédito nos cambiamos a un ambiente seguro en donde nos relacionamos directamente con la empresa encargada de la administración de dichas tarjetas. Este sistema evita que nuestros datos queden registrados en la página de Internet en donde nosotros escogimos nuestro producto.

Para brindar esta confianza a los usuarios de la red en cuanto a que la información que se trasmite por ella no podrá ser conocida por terceros, se utilizan sistemas de seguridad que codifican el mensaje enviado, este sistema se denomina criptografía. Entenderemos por ella “la técnica que permite modificar un mensaje original mediante una o varias claves, de forma que quede totalmente ilegible ante cualquier persona, excepto de aquellos que tengan la clave adecuada”. Cuando usemos esta técnica en una transmisión de datos o en un documento diremos que los hemos encriptado. El proceso que el computador usa para procesar la información, es transformarla en impulsos eléctricos que leerá como pares de ceros y unos. A través del proceso de la encriptación, los pares de ceros y unos que forman el mensaje son mezclados o desorganizados para que los datos no resulten legibles (quien desee leer el mensaje debe poseer la clave).

Básicamente existen 2 métodos criptográficos:

a) El sistema simétrico o de clave secreta. En este caso el procedimiento para encriptar y desencriptar esta compuesto por una única formula. Como desventaja podemos señalar que ambas partes deben conocer por anticipado la clave que utilizan.

b) El sistema asimétrico o de clave pública. Esta clave nace cuando los científicos descubren que resulta imposible factorar el producto de 2 números primos. Bajo este principio se crean pares de claves no simétricas, entonces, lo que el emisor encripta con una clave el receptor lo desencripta con otra que corresponde a su par (este es el sistema más utilizado actualmente y al cual apuntan la mayoría de las legislación, incluyendo la nuestra).

La garantía de este sistema es que con una clave es imposible deducir su par y opera mediante 2 claves, una pública y una privada. La pública esta disponible para cualquier persona en algún directorio o puede estar en Internet. La clave privada se mantiene segura y sólo la conoce el usuario (es secreta). Estas claves se combinan de modo que el emisor y el receptor pueden intercambiar mensajes utilizando las claves que disponen. De este modo si un usuario encripta un mensaje con su clave privada, el receptor lo

desencriptara con la clave pública del usuario emisor, esto permitirá que el receptor tenga la seguridad que quien envía el mensaje es la persona que dice ser. Por el contrario si es el receptor quien desea comunicarse con el emisor, este encriptara el mensaje con la clave pública del usuario emisor quien lo desencriptara con su clave privada.

Como ya hemos visto los 2 sistemas más comunes de criptografía nos correspondería analizar como esta técnica es utilizada actualmente, para lo cual haremos una breve reseña de la esteganografía, la biométrica y la firma digital.

En cuanto a la esteganografía podemos señalar que sería la ciencia mediante la cual se pueden ocultar mensajes dentro de otros mensajes. Podríamos decir que funciona como un “caballo de troya”, ya que por ejemplo podemos enviar una fotografía en la cual va oculta un mensaje.

La biométrica es la forma de identificación de la persona a través de datos que la propia persona emite, por ejemplo podemos activar el computador con nuestra voz o si el scanner reconoce nuestra retina o huella dactilar.

La firma digital, según el informe N°26 del Comité de expertos del gobierno y del sector privado sobre Comercio Electrónico- ALCA, "la firma

digital es un identificador electrónico, creado por computadora y adherido al documento electrónico". En otras palabras diremos que la firma digital es el procedimiento mediante el cual se transforma un mensaje utilizando la criptografía asimétrica tal que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar con certeza si la transformación se creó utilizando la clave privada que corresponde a la clave pública del firmante y si el mensaje ha sido modificado desde que se efectuó la transformación.

En nuestra legislación también podemos encontrar una definición de firma electrónica y de firma electrónica avanzada⁸⁶.

Lo que buscan estos métodos de encriptación es lograr dar una seguridad en cuanto a la autenticidad de las partes, la confidencialidad, integridad y el no repudio de la transacción o del documento electrónico⁸⁷.

⁸⁶ En la ley 19799, artículo 2, señala que para los efectos de esta ley se entenderá por:

f- Firma electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su nuevo autor;

g- Firma electrónica avanzada: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

⁸⁷ Como aclaración señalaremos que "por autenticidad debemos entender el que se encuentre asegurada la identificación del remitente o signatario. Integridad se refiere a que el mensaje no haya sido alterado. Por confidencialidad entenderemos que se encuentra asegurado que el mensaje no ha sido leído por persona no autorizada. A su vez el no rechazo implica la autenticación y la integridad; hace referencia tanto al no rechazo en origen (que el signatario no pueda negar un mensaje con un determinado contenido) como al no rechazo en el destino (que el destinatario no pueda negar la recepción de un mensaje con un

1.6.2.2-Privacidad

Este es uno de los principales problemas a que los consumidores se ven enfrentados en el ámbito del comercio electrónico internacional. Hasta el momento en nuestro país no se ha estudiado el presente problema, y nos atreveríamos a decir que entre las personas que utilizan Internet existe bastante ignorancia⁸⁸ en cuanto a como las empresas o los gobiernos pueden afectar la privacidad de los cibernautas.

A diferencia de lo que sucede en Chile, existen otros países en donde los consumidores ya se encuentran más familiarizados con términos como *spam*⁸⁹, *cookies*⁹⁰, *profiles*⁹¹, *habeas data*⁹², etc.

determinado contenido)". Texto extractado del trabajo de la profesora Carmen Velarde Koechlin, "la protección del consumidor en el comercio electrónico", Revista electrónica de derecho informático.

⁸⁸ En este sentido, Casacuberta David,, “ La privacidad en los nuevos métodos electrónicos aspectos éticos y sociales, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°11, junio de 1999. <http://vlex.com/redi>, cuando hablando de la teoría del espejo unidireccional de Dyson nos dice que “en realidad la situación es incluso peor: el usuario medio no es una persona preocupada por saber quién está al otro lado del espejo: el usuario medio es una persona que en realidad no sabe que hay alguien detrás del espejo observándole. El abuso de nuestra privacidad por parte de gobiernos y empresas es un tema muy grave pero que poca gente conoce. La inmensa mayoría de personas se mueven por la Red con una confianza muy naif, pensando que están paseando de forma anónima, cuando en realidad está dejando todo tipo de huellas a su paso. Todos aquellos que creemos en la importancia de la privacidad tenemos la obligación de mostrar su importancia, defenderla y convencer a los demás de que vale la pena luchar por ella. Efectivamente, lo que ahora terceras personas pueden hacer con nuestros pasos en la Red es muy poco, pero según la Red forme parte integrante de nuestras vidas ello puede cambiar: la información que dejemos será mayor y mayor será también el número de desaprensivos dispuestos a vender y usar nuestros datos personales sin permiso previo. Lo que nunca podemos hacer es esperar al momento en que la privacidad sea importante para luchar por ella. Entonces será demasiado tarde”.

⁸⁹ Por spam o spam-mail deberíamos entender que son “el envío de correos electrónicos no solicitados”. En la actualidad cualquier persona que tenga una cuenta de correo electrónico podrá comprobar que su casilla muchas veces esta copadísima de correos no solicitados, que ofrecen una amplia gama de productos o servicios. Magliona Markovitch Claudio, “Marco jurídico de la contratación electrónica con especial

Como vemos, el problema es de una alta complejidad y trae aparejado una serie de aristas que sobrepasarían el objetivo de este trabajo⁹³, por lo cual sólo abordaremos 2 aspectos que a nuestro entender son los más relevantes en el contexto del comercio electrónico internacional, y que son:

- a- La recolección y difusión no autorizada de “datos personales”.
- b- El monitoreo o interceptación de los mensajes de datos (*E-mails*)

referencia al comercio electrónico”. Revista Electrónica de Derecho Informático, N°34, mayo de 2001. <http://vlex.com/redi>.

⁹⁰ Para entender lo que es un cookie nos parece clarificador la respuesta que da el profesor Renato Jijena Leiva en donde señala “hoy día somos perfectamente detectables al navegar porque cada vez que ingresamos a un sitio dejamos una huella o registro magnético de un log de acceso, o porque el servidor donde está el sitio web nos registra automáticamente enviándonos archivos llamados cookies. Sobre todo mediante estos archivos o pequeños programas espías, que se autoinstalan clandestinamente y se envían hasta el computador del usuario desde el servidor donde esta el sitio web visitado, con fines de comercialización posterior se obtiene una detallada y completa información confidencial sobre los hábitos de los navegantes o usuarios de Internet –los sitios que visitan con frecuencia y la frecuencia con que lo hacen-, sin la autorización del titular de los datos”. Jijena Leiva Renato, “Internet, privacidad y derecho, un desafío para el siglo XXI en el marco de la globalización”. Revista Electrónica de Derecho Informático, N°36, julio de 2001. <http://vlex.com/redi>.

⁹¹ Estos son los perfiles que crean las empresas en base a los sitios web visitados se usan para el marketing directo.

⁹² Este es básicamente “una acción legal considerada por la doctrina como un procedimiento para garantiza derechos constitucionales con el objeto de proteger los derechos individuales que pueden ser afectados por la recolección de datos e información de cualquier persona. La traducción literal del término latino habeas data es “debes tener los datos”. El nombre que se le ha dado a esta institución es, al menos, apropiado, puesto que el mismo describe su naturaleza con gran exactitud”. Rosemberg Alexander y Sánchez Moirah, “el derecho a la privacidad en Internet”. Revista Electrónica de Derecho Informático, N°37, agosto de 2001. <http://vlex.com/redi>.

⁹³ Por ejemplo, en doctrina se discute sobre la privacidad de los E-mails en el contexto del derecho del trabajo, es decir, en cuanto a que el empleador pueda monitorear la información que entra y sale de su empresa. O se discute sobre la protección penal de la privacidad.

1.6.2.2.1- La recolección y difusión no autorizada de datos personales

Al momento de navegar a través de Internet, se nos presenta como una de las posibilidades, el poder hacer uso del comercio electrónico, al cual podemos acceder desde las distintas páginas Web que se presentan en la *World Wide Web* (WWW)⁹⁴.

En la gran mayoría de estas páginas al momento de realizar algún tipo de transacción, de alguna manera, se nos solicita información de carácter personal. Para lograr obtener esta información se utilizan distintas formas, siendo la más básica de todas el pedir directamente la información, señalándonos que a la empresa le interesa mantener un registro de sus compradores para realizar una atención más personalizada. Otra forma que se da comúnmente en la red –y que constituye una manera encubierta de obtener esta información- es la de invitar a los consumidores a participar en concursos premiando a quienes respondan una encuesta.⁹⁵

⁹⁴ Actualmente al comercio electrónico podemos acceder desde casi cualquier página web. Esto se da en gran medida porque las páginas son financiadas mediante la publicidad que en ellas se explicita, por lo cual podríamos aseverar que casi todas estas páginas están formando parte del comercio electrónico internacional.

⁹⁵ Según una encuesta realizada en Estados Unidos y publicada por la revista *cyber dialogue*, un 69% de los entrevistados declaró haberse suscrito en una lista de distribución de *e-mails* sin saberlo y el 40% admitió no saber cual es el contenido de un *cookie*. Si entendemos que EEUU es uno de los países en donde existe mayor desarrollo de acceso a Internet y del comercio electrónico en general, no debería

1.6.2.2.2 ¿Cuál es fundamentalmente el problema que se genera?

El problema a la privacidad se genera principalmente en 2 ámbitos, el primero de ellos estará dado por la posibilidad que tiene la empresa (que recolectó los datos) de vender o ceder la información personal de los consumidores, sin su respectivo consentimiento⁹⁶. Aquí también nos encontraremos con la inseguridad que existe, en cuanto, a que la empresa resguardará mediante bases de datos seguras los datos obtenidos⁹⁷.

El segundo ámbito estará dado por las empresas que se dedican - según denominación de algunos autores- a “cosechar datos”. Estas empresas son las que se dedican a recolectar estos datos para lograr crear perfiles (*profiles*) de los posibles consumidores, que posteriormente serán usados para crear estrategias de marketing directo y publicidad, que serán el antecedente de una venta directa de dichos productos o servicios.

extrañarnos que si hacemos la presente encuesta en Chile el porcentaje de personas que no entienden aumentaría sustancialmente.

⁹⁶ Según una investigación realizada por la Federal Trade Commission (FTC) de los EEUU, en donde se estudiaron las principales páginas web, se pudo determinar que aproximadamente sólo un 20% de dichas empresas cumple con los estándares establecidos por la FTC en relación a la protección de la privacidad de los consumidores.

⁹⁷ Nos parece interesante señalar que ya existen empresas que han sido sancionadas por haber sido imprudentes en el resguardo de sus bases de datos. Un ejemplo de lo anterior sería el caso de Terra.

1.6.2.2.3 ¿Cuáles son los principales mecanismos que utilizan las empresas para atentar contra la privacidad de los consumidores ?

Aquí será necesario distinguir entre mecanismos que vulneran la privacidad y los que denominaremos de invasión de privacidad.

Como un mecanismo que vulnera la privacidad de los consumidores nos encontramos con las *Cookies*⁹⁸, que como ya hemos señalado son ficheros de datos guardados en un directorio específico del ordenador del usuario, y que tienen por objeto ser enviados al programa navegador del usuario para recoger la información que dicho fichero ha reunido. En definitiva se pretende obtener la información que el consumidor entrega a la *web* visitada. Uno podría preguntarse que ganan las empresas con el uso de una *Cookie*, para responder esta pregunta debemos discurrir sobre la base de los motivos que han llevado a la empresa a instalar dicha tecnología. Aquí encontraremos empresas que sólo pretenden una mejor comunicación con el cliente (esto queda claro cuando a uno le piden la autorización para instalar dicho programa, además de señalarle que sus datos no serán

⁹⁸ Existen opiniones que nos señalan que las *cookies* en sí mismas no vulneran la privacidad de las personas, sino más bien ayudan a que estas puedan tener un acceso más rápido a distintas páginas que son de su interés. Ahora el problema se plantea con el abuso de esta tecnología, ya que varias empresas se dedican a utilizarlas, no para garantizar un acceso más rápido y efectivo a los consumidores, sino para obtener la mayor cantidad de datos personales y así construir un perfil el cual posteriormente será vendido.

comercializados) y otras empresas que intentan obtener la mayor cantidad de información con un objetivo netamente pecuniario, el cual será vender dicha información (esto queda de manifiesto cuando la tecnología es colocada sin dar aviso al usuario y esta graba información que el usuario tiene en su programa navegador, por ejemplo, los sitios que esta persona ha visitado). Un último caso podríamos mencionar que son las empresas que dentro de sus páginas uno puede conocer las políticas de privacidad de dicha empresa, pero el problema se presenta porque la mayoría de las personas no poseen los conocimientos necesarios para revisar y evaluar dichas políticas.

Según profesor Ramos Suarez en su trabajo dedicado a la legalidad de este tipo de archivos, nos explicaba cual era el fin de algunas empresas que utilizaban este mecanismo. “Colocando una *cookie* en el navegador de un visitante, automáticamente el servidor registra información en la *cookie*. Esto permite que los administradores puedan ver por ejemplo, el histórico de sitios que el usuario ha visitado antes de entrar en la web, así como los anuncios que ha visto, número de transacciones realizadas en la web etc. En resumen son una función valiosa en la web, ya que a raíz de la información obtenida pueden realizar estudios minuciosos de los hábitos del

consumidor, preferencias en la web, tiempo dedicado etc. Para muchas empresas constituye la principal herramienta de marketing empresarial en la Web”⁹⁹.

Otro caso en que veremos vulnerada la privacidad será el caso de las direcciones IP fijas. Aquí según lo señalaba el profesor Ramos Suarez “cada usuario que entra en una página Web deja un rastro o número IP de origen con el que se puede comprobar por donde ha estado y que sitios de la página Web ha visitado, si además rellena un formulario para la participación en un concurso en el que se tengan que introducir algunos datos como, el sexo, la edad, dirección, mejor que mejor, pues sabremos que dicha persona utiliza dicho número IP pudiendo conocer en adelante sus preferencias y por tanto tener un buen estudio sobre lo que en definitiva quiere el consumidor. Pero no siempre es así , ya que existen servidores de Internet que no asignan a sus clientes un número de IP fijo, sino que indistintamente van asignando número IP según se van conectando, disponiendo luego de los números cuando se van desconectándose”¹⁰⁰.

⁹⁹ Ramos Suarez Fernando, “¿ Es legal el uso de los cookies?”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°01, agosto de 1998. <http://vlex.com/redi>.

¹⁰⁰ Ob. Cit., nota 85

En cuanto a los mecanismos que son utilizados para invadir la privacidad de los consumidores nos referiremos principalmente a las técnicas de *spam*.

Como ya lo señalábamos el *spam* es el envío de correo electrónicos no solicitados y que tienen por objeto una finalidad económica que es la de lograr la venta de un producto o la contratación de un servicio. En otras palabras podríamos decir que el *spam* tiene un fin publicitario. Es importante hacer hincapié en este fin ya que de esta forma podremos diferenciar el spam-mail a lo que la doctrina ha denominado *junk-mail*. Por este último debemos entender un correo electrónico sin fines publicitarios y que normalmente catalogaremos como basura (esto sucede por ejemplo en el caso de las cadenas, que son aquellos correos electrónicos que llegan a nuestra casilla para solicitarnos que enviemos el presente correo al mayor número de personas y así continuar la cadena).

Ahora que ya hemos dado una breve referencia en cuanto a los principales mecanismos que se utilizan para vulnerar o invadir la privacidad de los consumidores en el comercio electrónico internacional, no podemos dejar de mencionar que, a nuestro juicio, todos ellos forman parte de una “cadena”. Para explicar lo anterior, propondremos el siguiente ejemplo, Un

consumidor decide acceder a Internet, posteriormente encuentra una página que es de su interés, decide acceder a la información que en ella se entrega, para lo cual le solicitan que previamente llene una ficha con sus datos personales para realizarle una ficha de cliente o mencionándole que así podrá participar en un concurso. Luego este consumidor ingresa a la página y encuentra la información que buscaba, pero no se ha dado cuenta que han instalado un archivo (*cookie*) en su computador y que este ha registrado su número IP, además de un registro de todos los sitios que ha visitado (esto porque la mayoría de los *cookies* graban el registro histórico que encontramos en los navegadores). A la semana siguiente este consumidor ingresa a Internet para revisar su casilla de correo y se da cuenta que le han llegado una gran cantidad de correos electrónicos la mayoría de ellos ofreciéndole productos o servicios que el no ha solicitado (*spam*). Lo que ha sucedido – y que el consumidor no sabe- es que desde la primera vez que el accedió a Internet una empresa registro sus datos personales y en base a éstos, más el registro de los sitios que el acostumbra visitar, realizó un perfil (*profile*) de su persona el cual fue después entregado a una empresa interesada, la cual mediante estrategias de marketing directo envió los

correos electrónicos a su casilla con la finalidad de publicitar sus productos o servicios.

En este simple ejemplo – que para muchos puede constituir un análisis exagerado o algunos dirán Orweliano- vemos lo que sucede en la actualidad con el comercio electrónico internacional, en donde nos damos cuenta que actualmente vivimos en una sociedad de la información, y que esta información constituye un bien muy apetecido, que puede alcanzar un alto precio, dentro de las empresas dedicadas al comercio electrónico.

1.6.2.2.4 ¿Cómo podemos solucionar los problemas planteados?

1.6.2.2.5 En el ámbito internacional

Dentro de este ámbito se han dado distintas soluciones para tratar el presente problema, en donde podemos encontrar soluciones tecnológicas y soluciones jurídicas¹⁰¹, que a continuación trataremos:

¹⁰¹ Encontramos muy importante hacer un alcance y señalar que dentro de los mecanismos de solución que se han ido planteando en doctrina veremos que existen principalmente 2 tendencias, y estas son la “legislación” y por otro lado la “autorregulación”. En nuestro trabajo abordaremos de una forma más extensiva la “legislación”, ya que esta se adecua de mejor manera a nuestra tradición jurídica, pero no

1.6.2.2.6 Soluciones tecnológicas

Como primer comentario señalaremos que debemos considerar a la tecnología como un factor “neutro”, en otras palabras, podríamos decir que cualquier tipo de tecnología –en este caso que vulnere la privacidad- puede ser compensada con otra tecnología. Algunos autores señalan que la tecnología frecuentemente tiene la capacidad de contrarrestar los problemas que ella misma crea.

Dentro de las soluciones que se nos plantean usando la tecnología que se encuentra al alcance de cualquier usuario encontramos como primera posibilidad, la de revisar nuestro navegador y borrar las *cookies* que nos fueron introducidas cuando navegamos por Internet.¹⁰² También podríamos programar nuestro computador para que no las almacene o lo haga sólo con alguna de ellas.¹⁰³

En cuanto a esta solución, no creemos que sea la más apropiada para la realidad que viven la mayoría de los consumidores en el mundo, ya que

descuidando la “autorregulación” que nos plantea diversas soluciones técnicas o nos enseña diversos principios que han ido adoptando las empresas.

¹⁰² Esta sería una posibilidad que se nos plantea *a posteriori* ya que la *cookie* fue introducida mientras navegábamos por Internet, y esto pudo haber sucedido con o sin nuestra autorización. Además es importante señalar que podemos eliminar estos archivos en su totalidad o de forma selectiva.

como mencionamos anteriormente hay muchos que no conocen estas posibilidades y se les hace muy complicado su uso. Además que esta solución podría ser perjudicial en cuanto que los usuarios se podrían quedar sin los beneficios que en muchas oportunidades traen aparejadas las *cookies*, cuando son utilizadas en forma correcta¹⁰⁴.

Como una segunda solución que se ha propuesto veremos la creación del estándar denominado P3P “*Plataform for Privacy Preferences*” (en español Plataforma Para Preferencias de Privacidad)¹⁰⁵, que fue aprobado por la *World Wide Web Consortium (W3C)*¹⁰⁶. La idea es que el estándar mencionado sea incorporado a los programas navegadores y así los usuarios tendrán la posibilidad de decidir cual será la información personal que será entregada al sitio *Web*, ya que el consumidor tendrá la posibilidad de aprobar o no aprobar, la transferencia de información personal. Aquí para ver que datos se transfieren será mediante aprobación del usuario en base a reglas fijadas de antemano, en definitiva, este protocolo es una

¹⁰³ Aquí lo que hacemos es programar nuestro computador antes de navegar en Internet, para que este no almacene las *cookies*. Mediante esta opción también se da la posibilidad de almacenar solo algunas, por ejemplo, podría ser que se almacenen sólo las *cookies* que hemos autorizado su introducción.

¹⁰⁴ De hecho ya se están creando aplicaciones que son capaces de distinguir cuando se ha creado una *cookie* local y cuando es una remota, dando la posibilidad de bloquear la segunda ambas o ninguna. (en el entendido que las locales son mayormente para dar una servicio más eficiente a los consumidores, a diferencia de las remotas que se dedican principalmente a la recolección no autorizada de datos).

¹⁰⁵ Este protocolo lo encontramos en <http://www.w3.org/P3P/>

especificación para que los sitios web expresen sus prácticas de privacidad y los usuarios establezcan sus preferencias sobre dichas prácticas. El ejemplo más común que se da en doctrina, es que se podría establecer que no se transmitan datos de carácter personal a sitios que, venden dichos datos a terceros

Según lo explica el profesor Rafael Villate, el sistema funciona de la siguiente manera, “el usuario define cuáles son sus preferencias de información de sus datos personales. De acuerdo con ellas, un agente de usuario emprenderá una serie de acciones cuando se conecte a un sitio web. El agente de usuario puede residir en el propio ordenador del usuario o en el del proveedor del servicio. El sitio web, por su parte, debe expresar cuáles son sus prácticas de privacidad. A partir de ese momento, el agente de usuario y el sitio web establecen una negociación (envío de preguntas y respuestas) con el fin de llegar a un acuerdo respecto al intercambio de información. En teoría, el usuario podrá dar su conformidad a los términos del acuerdo alcanzado e iniciar la exploración del sitio web, o bien

¹⁰⁶ Su dirección en Internet es <http://www.w3.org>

rechazarlo, en cuyo caso le será denegado o restringido el acceso a este último”¹⁰⁷.

Este sistema, según lo ha declarado la W3C, “es un importante desarrollo tecnológico para la protección de la privacidad de los usuarios y para el desarrollo del comercio en la Red”. Aunque nosotros coincidimos con la opinión dada por Jeremy Birchman¹⁰⁸, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami, quien plantea sus inquietudes respecto al P3P. Estas se derivan principalmente del hecho que los usuarios tengan que depender de terceras personas para establecer la configuración de sus preferencias individuales, además de depender de los “agentes de usuarios”¹⁰⁹ que serán quienes interactúan en nombre del usuario con la *Web*, según Birchman “una vez que el usuario especifica sus preferencias de privacidad, todo el proceso escapa a su control [...] el usuario entrega el control a un agente de usuario”.

¹⁰⁷ Villate Rafael, “P3P, un estándar para la privacidad. ¿es lo que necesitamos?”. Revista Electrónica de Derecho Informático N°01, agosto de 1998 <http://vlex.com/redi>.

¹⁰⁸ Birchman Jeremy, “is P3P the devil?”, trabajo que podemos encontrar en <http://cobra.law.miami.edu/~jb0437/paper.html>

¹⁰⁹ En cuanto a estos agentes, resulta aclarador los comentarios que formula el profesor Villate, en su obra ya citada, y en donde nos señala que “el funcionamiento del sistema requiere de la intermediación del agente de usuario, que es quien realmente interactúa, en nombre del usuario, con la Web. Si éste reside en el servidor del proveedor de acceso, son varios los interrogantes: ¿a qué información puede acceder el agente de usuario? ¿Puede el usuario acceder de forma transparente a los datos que el agente de usuario utiliza? ¿Qué datos pueden ser transmitidos a los servicios interesados? La más que probable necesidad de

Birchman también nos plantea otra importante duda que se deriva de cual será la naturaleza jurídica de la negociación y el posterior acuerdo que logra el agente de usuario –en nombre del usuario- y el sitio *web*. Esto será de real importancia a la hora de determinar si dicho acuerdo es vinculante y en cuanto a que sucederá y que acciones puede tomar, si el sitio *web* no respeta el acuerdo. En este caso creemos que el consumidor esta sumamente desprotegido ya que el poder de negociación que tiene una empresa es muy superior al de un usuario, por lo cual cada Estado deberá velar porque la llamada “autorregulación”¹¹⁰ no genere una constante desprotección de los derechos de los consumidores.

recurrir a terceras partes para gestionar todo este proceso deja muchas zonas en la penumbra”, ya que en éstos agentes se encontrará la obligación de mantener la privacidad de las comunicaciones.

¹¹⁰ En cuanto a la autorregulación coincidimos con la opinión de David Casacuberta, quien nos habla del espejismo de la autorregulación empresarial. Este nos señala que la línea del anarquismo "de derechas" ve en el libre mercado la solución a todos nuestros problemas. En la versión electrónica, con representantes como John Perry Barlow o la ya citada Esther Dyson, este principio se manifiesta en la Red como una utopía de anarquismo de mercado, en el que los gobiernos desaparecen de la Red y todo es resultado de pactos y acuerdos entre los empresarios y sus clientes, llegando a una perfecta auto-regulación. Está claro que en ciertos aspectos la autorregulación mercantil supera a los pactos políticos. Si por las empresas fuera, hace mucho tiempo que todos los ciudadanos europeos tendríamos criptografía segura, pues es la única forma racional de conseguir un comercio electrónico también seguro, aunque esa idea cueste de entrar en unos gobiernos que todavía tienen metido el fantasma de la delincuencia electrónica en sus cabezas. Igualmente, confío más en los esfuerzos privados para garantizar la confidencialidad de mi número de tarjeta de crédito que en políticas desde arriba, hechas por políticos que muchas veces ni siquiera saben bien con qué se están enfrentando. A la hora de la verdad, si alguien hace trampas con mi número de VISA, es VISA, mi banco y el comercio estafado los que van a tener problemas, no yo. Sin embargo, la autorregulación empresarial contiene insidiosas trampas, que la convierten en una técnica no funcional para regular la privacidad en la Red de forma general. En primer lugar está el problema de que toda norma ética adoptada unilateralmente, por buena voluntad, puede también disolverse unilateralmente, sin que el cliente tenga la menor posibilidad de protestar, no quedándole más remedio que emular a Job y musitar "El Mercado lo dio, el Mercado lo quitó". Las razones que pueden llevar a un cambio así son múltiples: la empresa en cuestión aunque actúa de buena fe, es absorbida por otra que no respeta la

Otra de las soluciones que se han elaborado y que consideramos como un mecanismo creado en base a la autorregulación, es *Truste*¹¹¹. Este es una especie de certificado o sello de garantía que se otorga a los sitios web después de que éstos dieron cumplimiento a un formulario en el cual declaran cuáles son sus prácticas de privacidad. Como vemos el sistema funciona mediante un contrato entre el sitio web y la compañía -que en este caso sería “TRUSTe”-, siendo dicho contrato vinculante para las partes. En

privacidad, de forma que todos los acuerdos anteriores no son válidos; la empresa no se caracteriza por su buena fe y un día decide cambiar el rumbo de su negocio y dedicarse a la venta de datos personales; la empresa tiene buena fe pero no quiere problemas y ofrece datos personales a la policía o a una empresa más grande sin preocuparse de respetar su criterio y sin tener una orden judicial... Lo peor de todo es que hay ejemplos de todos y cada uno de estos casos, así que no estamos haciendo ciberderechos-ficción.

En segundo lugar, si nos hemos de guiar por los ejemplos actuales, la "autorregulación empresarial" no es más que una colección de tópicos uno detrás de otro, y las afirmaciones son demasiado generales para constituir ninguna garantía real. Sin una normativa muy específica detrás que permita al usuario consultar la base de datos y ver qué tiene la empresa sobre él, saber qué sucede con los datos si la empresa es comprada o absorbida por otra, o conocer si hay cookies, donde se almacenan y qué tipo de perfiles se genera de cada usuario, una pomposa declaración del tipo "En la empresa XYZ se respeta su privacidad" es equivalente a decir "Si utiliza los servicios telemáticos de la empresa XYZ las mujeres lo encontrarán irresistible". Un mero gancho publicitario.

En tercer lugar, la tentación es demasiado grande como para confiar en la autorregulación. Stephen Lau, de la Comisión para la privacidad de datos personales en Hong-Kong, durante una mesa redonda⁶, capturó de forma excelente este punto, al indicar que confiar en la autorregulación empresarial en el tema de la privacidad es como esperar que Drácula se porte bien en un banco de sangre. Hay demasiados beneficios en juego.

En un plano más teórico, observemos que todo sistema de autorregulación empresarial está en contra de la idea de justicia distributiva, pues plantea una discriminación por status socio-económico. Como hemos dicho ya varias veces, vender datos personales es uno de los negocios más redondos de Internet. Las empresas que decidan no entrar en ese negocio necesitarán una compensación, siguiendo las leyes del mercado. El resultado final será que la privacidad será un producto en venta, y seguramente un producto caro. Sólo las personas con un mayor poder adquisitivo podrán permitirse pagar su privacidad. El resto se verá obligado a utilizar conexiones baratas en las que sus datos personales estarán en las bases de datos de medio mundo.

¹¹¹ Este instrumento lo podemos encontrar en <http://www.truste.org>

la práctica se presentan 3 tipos de contratos, según a lo que el sitio Web se obligue, básicamente se puede obligar a no capturar ningún tipo de información personal, a no revelar los datos o a reservarse el derecho para revelar todo tipo de información a terceras personas.

Otra de estas formas de autorregulación se basa en los distintos principios que han sido elaborados por organizaciones internacionales y que tienden a la protección del consumidor¹¹².

¹¹² Estos principios lo podemos encontrar en el trabajo del profesor Magliona, “Claudio, Marco Jurídico de la Contratación Electrónica con especial referencia al Comercio Electrónico”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°24, mayo de 2001, <http://www.vlex.com>. Y fueron extractados mediante traducción libre de un informe preparado por Consumers International que se titula “Privacy.net”, an international comparative study of consumer privacy on the internet”, son los siguientes:

Recolección de información personal: i) la información personal sólo debe ser recolectada si la misma es esencial para la transacción. Cualquier solicitud de información que no sea esencial para la transacción debe ser optativa en su contestación, y así informado al consumidor; ii) la información sensible no debe ser recolectada sino en casos excepcionales; iii) la información debe ser obtenida directamente del consumidor, salvo que el consumidor otorgue su consentimiento para que su información sea recolectada mediante otra fuente; iv) la entidad debe señalar el motivo por el cual se hace necesario recolectar la información que esta solicitando; y v) la información debe ser recolectada por medios legales y transparentes. Las entidades no deberán recolectar datos personales mediante sistemas poco transparentes, esto es, mediante mecanismos ocultos como las denominadas cookies, sin la autorización o consentimiento del consumidor.

Uso y comunicación de la información: i) la información personal debe sólo ser utilizada para el propósito para la cual fue recolectada, salvo autorización previa otorgada por el consumidor; ii) la información personal debe sólo ser almacenada durante el tiempo necesario para cumplir el propósito para el cual fue recolectada; iii) la información sensible no debe ser utilizada o comunicada sin autorización previa del titular de dicha información; iv) si la entidad ofrece cualquier opción relativa al uso o comunicación de la información personal, como comunicar la misma a una sociedad relacionada, la información debe estar disponible en línea y el consumidor debe tener la posibilidad de responder en línea. No es aceptable que se exija al consumidor escribir a otra dirección para limitar el uso de su información personal; v) si una entidad se disuelve, quiebra, es comprada por otra entidad o de cualquier otra manera cambia su estatuto legal, debe obtener autorización previa del consumidor antes de comunicar la información a la nueva entidad. Si el consumidor no otorga la autorización, la información debe ser borrada; y vi) las obligaciones anteriormente mencionadas deberían ser igualmente aplicables a cualquier tercera persona que reciba información personal de un consumidor como a la entidad que recolectó la información.

Acceso: i) las entidades deben otorgar a los consumidores acceso completo y sin costo, a la información que se encuentra almacenada respecto de ellos. Los consumidores también deberían ser informados de la existencia de sistemas que podría afectar sus derechos a través del procesamiento automatizado de la información, como por ejemplo el uso de un programa computacional para tomar decisiones respecto de los consumidores; ii) los sitios deberían utilizar métodos para asegurar que las solicitudes mencionadas en el párrafo anterior correspondan al titular de los datos, y a no utilizar dichos métodos para recolectar aún más información; y iii) los consumidores deben tener derecho a solicitar la modificación de la información que se encuentre almacenada respecto de ellos, cuando la misma no sea precisa o completa. Los sitios deben explicar claramente como los consumidores pueden borrar o corregir su datos.

Seguridad: las entidades tienen la obligación de adoptar medidas administrativas y técnicas para asegurar que la recolección, almacenamiento y comunicación de la información, cuando corresponda, se haga de un modo seguro. Los niveles de seguridad deben estar acordes a la naturaleza de los datos que son objeto del almacenamiento.

Cumplimiento: i) la entidad debe comunicar sus políticas y prácticas relativas al tratamiento de información personal; ii) la entidad es responsable de la información personal que se encuentra bajo su control y debe designar a una persona o grupo de personas responsables de la política de cumplimiento por parte de la entidad de los principios sobre protección de datos personales; iii) debe existir el derecho a dirigir reclamos relativos a la política de cumplimiento de los principios de privacidad a la persona o grupo de personas responsables de la misma; y iv) los gobiernos de cada país deberían establecer un órgano independiente para asegurar el cumplimiento de las normas sobre privacidad, y las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento de las mismas.

Indemnización: los consumidores deben tener acceso a un mecanismo de indemnización en caso de daño, que sea económico, rápido y efectivo.

Políticas de privacidad: i) todos los sitios que recolecten información de los consumidores deberán proveer una política de privacidad respecto al tratamiento de la información personal; ii) la política de privacidad debe ser exhibida en forma clara y destacada en la página principal del sitio, y en cada parte del mismo en que información personal sea recolectada; y iii) La política de privacidad debe estar escrita de una forma clara y precisa para ser entendida.

La política de privacidad debería incluir: i) la individualización de la compañía que es dueña y que administra el sitio; ii) la naturaleza de la información recolectada; iii) porqué la información es almacenada y cuál es el uso que se da a la misma; iv) con qué instituciones la información es compartida (incluyendo sociedades relacionadas, y qué derechos de oposición tiene el usuario el respecto); v) cuánto tiempo la información es almacenada; vi) cuáles son los mecanismos de seguridad para evitar intromisiones en el almacenamiento de la información personal; vii) cómo puede cambiar en el futuro la política de privacidad del sitio; viii) la individualización de la persona responsable de la privacidad de la información; y ix) la individualización del organismo fiscalizador en materia de tratamiento de datos personales.

Recomendaciones al consumidor: i) los consumidores deben considerar la existencia y contenido de las políticas de privacidad antes de comunicar información personal a un sitio. Esto es particularmente importante cuando se está de compras en un sitio no ubicado en la jurisdicción del consumidor; y ii) con el objeto de proteger su privacidad, los consumidores no deberían utilizar los sitios que no garanticen la protección de la información adecuadamente. Se recomienda el uso de diversas tácticas para protegerse como el uso de varias cuentas de correo electrónico o sistemas que permiten la navegación anónima en Internet.

Una vez más, la cuestión clave para que el sistema funcione es que quienes se acojan a él lo hagan con la debida precisión y honradez, además de cumplir lo que han pactado.

Para finalizar el análisis de las soluciones tecnológicas encontramos necesario hacer un último comentario que tiene por objeto evidenciar que estas soluciones, por sí solas, se sustentan sólo en el supuesto de la autorregulación (supuesto ampliamente criticado y de difícil credibilidad), por lo cual se hace necesario elaborar un conjunto normativo, que logre subsanar los vacíos y solucionar los problemas que se presenten.

1.6.2.2.7 Soluciones jurídicas

Aquí comenzaremos distinguiendo entre soluciones jurídicas que apuntan a la creación de un marco legal y soluciones jurídicas practicas que serán los distintos recursos o acciones que poseen los consumidores para no ver conculcado su derecho.

Niños: i) no debe solicitarse información personal a los niños y a los menores adultos, o respecto de su familia o cualquier otra persona. La entrega de información no debería ser una condición para poder entrar a un sitio; ii) no deben ofrecerse premios o regalos a los niños y a los menores adultos por entregar información personal; y iii) no deben utilizarse métodos no transparentes para obtener información personal de los niños y/o los menores adultos, como juegos u otros mecanismos.

En cuanto a la creación de un marco jurídico podemos señalar que este se viene desarrollando desde las primeras declaraciones o convenciones internacionales, ya que en gran parte de ellas, el derecho a la privacidad es considerado un derecho fundamental de la persona humana. A su vez estas declaraciones también han protegido la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada.

En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que señala en su artículo 5 , “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. Dicha declaración en su artículo 10 nos señala que “toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.

También encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948, que en su artículo 12 nos señala que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En la Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Libertades fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, su artículo 8.1 nos señala que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.2. NO podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la ley”

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 17 se nos señala “1- nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

La Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, nos señala en su artículo 11, referido a la protección de la honra y de la dignidad “ 1- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia,

ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

Luego de haber enunciado las principales convenciones o tratados internacionales en donde se aborda algún tipo de protección, nos corresponde hacer un análisis referido a las normas anteriormente transcritas. En primer lugar quisiéramos señalar que estas normas constituyen el sustrato básico que a nivel internacional debe tener la privacidad, referido tanto al tratamiento automatizado de datos –en especial los datos personales- como al monitoreo de los mensajes de datos.

Un segundo comentario nos lleva a señalar que las normas enunciadas están redactadas de una manera suficientemente amplia como para permitir una interpretación bastante extensiva, y así poder aplicar dichas normas a la nueva realidad que trae aparejado el comercio electrónico internacional.

Por último, señalaremos que estas normas tienen la característica de ser bastante uniformes, lo cual es una garantía para la comunidad internacional, ya que el derecho a la privacidad estará protegido de igual manera –vale decir como Derecho Humano o derecho de la personalidad en

una connotación de derecho privado- en casi todas las regiones del planeta. Esto generará un incentivo para los consumidores ya que tendrán la seguridad que al participar del comercio electrónico internacional su derecho a la privacidad será respetado.

Ahora que ya hemos estudiado las normas contenidas en tratados y convenciones internacionales, nos parece importante señalar que las distintas comunidades u organismos internacionales¹¹³ también han

¹¹³ Díaz Arias Rafael, “Transferencia de datos personales. ¿llegaran nuestros datos a buen puerto?, sobre el reciente acuerdo sobre protección de datos entre Estados Unidos y la Unión Europea”. Revista Electrónica de Derecho Informático N°23, junio de 2000 <http://vlex.com/redi>. Distintos instrumentos internacionales afrontan el problema. Entre los más antiguos, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas en relación al tratamiento automatizado de los datos personales (28 de enero de 1981), pionero y de gran trascendencia, pues supo enunciar unos principios validos para lograr el equilibrio entre la protección de la vida privada y los legítimos beneficios, públicos y privados, que puede obtenerse de su tratamiento informatizado. Los datos deben ser obtenidos leal y lícitamente, registrados para finalidades determinadas y legítimas, sin que puedan ser utilizados de manera incompatible con esas finalidades, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación a las mismas, exactos, puestos al día, notificados al interesado, al que debe reconocerse los derechos de acceso y rectificación... Y puesto que los Estados parte se comprometen en incorporar a sus ordenamientos protecciones equivalentes inspiradas por estos principios, la transferencia entre los mismos no podrá ser obstaculizada o limitada.

Parecidos principios se recogen en las Recomendaciones de la OCDE , que precedieron en unos meses al Convenio europeo. Partiendo de la consideración que la transferencia de datos contribuye al desarrollo económico y social, el objetivo es evitar el establecimiento de trabas injustificadas, de modo que los Estados miembros se comprometen en esforzarse en levantar o evitar la creación de tales barreras. Los principios son muy parecidos, pero en el Convenio -vinculante para las partes- prima la consideración de proteger los derechos personales, mientras que en las recomendaciones de la OCDE -como corresponde al carácter de la organización- se busca, ante todo, no obstaculizar este tráfico y para eso se recomienda que se adopten protecciones semejantes

Posteriormente, Naciones Unidas , y a un menor rango jurídico, recomienda a sus Estados miembros la regulación conforme a unos parecidos principios generales: recogida y tratamiento legal y leal, exactitud de los datos, especificación de la finalidad, derecho de acceso y rectificación del interesado, protección especial de los datos sensibles que puedan redundar en discriminación, la posibilidad de establecer excepciones en razón del interés público, la moralidad o los derechos de terceros y, en fin, el principio de la seguridad de los datos. En realidad, la recomendación viene a sistematizar los principios que venían aplicándose ya en la década de los 80 en la mayoría de las legislaciones europeas. En lo que aquí nos interesa, el documento establece un doble principio respecto a la transferencia transfronteriza: entre dos

elaborado un marco jurídico para solucionar los problemas generados por el tratamiento automatizado de datos (en especial si se trata de datos personales), por ejemplo en la Unión Europea existe un marco jurídico claro en cuanto al tratamiento de datos personales¹¹⁴.

Además será importante consignar los acuerdos que se han logrado entre los diversos bloques hemisféricos, en especial el acuerdo que se logro el 14 de marzo de 2000, entre EEUU y la Unión Europea¹¹⁵.

sistemas con equivalentes garantías los datos deben circular tan libremente como lo hagan internamente dentro de las respectivas fronteras, mientras que podrá limitarse la circulación hacia aquellos Estados con un menor nivel de salvaguardia.

¹¹⁴ Este lo podemos encontrar en la Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y la Directiva 97/66/CE del parlamento europeo y del consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Dichas directivas establecen ya un marco jurídico comunitario en materia de datos personales y por esta razón no se aborda este aspecto en la Directiva 2000/31/CE, que regula determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

¹¹⁵ En este sentido, “Parece casi innecesario subrayar la trascendencia económica de este acuerdo. La información sobre consumidores y clientes ha sido siempre parte del fondo de comercio y uno de los intangibles de la empresa. Pero en una economía inmaterial, basada en la información, ésta se convierte en la verdadera materia prima. Si el tratamiento automatizado de los datos viene permitiendo desde hace tres décadas la explotación comercial de los mismos, la comunicación instantánea a través de la red multiplica exponencialmente las posibilidades de captación de datos por parte de las compañías y viene a abolir los límites temporales y espaciales y, de modo especial, las fronteras de las soberanías nacionales. Desde el lado de los derechos individuales, el tratamiento de los datos puede poner en peligro la privacidad y la intimidad, desvelando el perfil del individuo, oculto en una mirada de datos hasta entonces inconexos y abriendo, así, la puerta a un acceso comercial no deseado por el interesado o, todavía peor, a un ilegítimo control personal por instancias públicas o privadas.

Ni que decir tiene que las compañías sometidas a una ordenación restrictiva, imprescindible para garantizar los derechos individuales, se ven en desventaja frente a sus competidores internacionales que puedan operar en un régimen no intervencionista. Pero, a su vez, el ordenamiento jurídico que protege los derechos de la personalidad frente a los usos ilegítimos de los datos personales debe garantizar que estos no serán transferidos a otros ámbitos jurídicos en los que no exista protección o ésta sea de inferior intensidad, pues, caso contrario, derechos fundamentales tan próximos al núcleo esencial de la dignidad como los de la personalidad serían vulnerados y el ciudadano perdería la confianza en la tutela de su Estado. Si hasta hace unos años el flujo de datos de unos Estados a otros era irrelevante, hoy, en la red

En cuanto a las soluciones jurídicas destinadas a la creación de mecanismos para la protección de los consumidores podemos mencionar que estos se han materializado principalmente en lo que la doctrina ha denominado el “habeas Data”. Por este -como lo señalamos anteriormente- debemos entender una acción legal destinada a garantizar los derechos constitucionales, con el objeto de proteger los derechos individuales que puedan ser afectados por la recolección de datos e información de cualquier persona¹¹⁶.

Esta acción se crea como una respuesta del derecho a los nuevos medios que se están utilizando (tecnologías de la información) principalmente en el comercio electrónico internacional y que en algunas ocasiones han vulnerado la privacidad o identidad de las personas.¹¹⁷

global, en la Sociedad de la Información, se ha convertido en una realidad que exige una respuesta”. Ob. Cit., nota 67

¹¹⁶ Otros autores como Pablo Palazzi en su trabajo denominado “el habeas data en el derecho argentino”, nos señala que por este debemos entender “una acción judicial para acceder a registros o bancos de datos, conocer los datos almacenados y en caso de existir falsedad o discriminación corregir dicha información o pedir su confidencialidad”.

¹¹⁷ En este sentido nos parece sumamente claro lo señalado por el profesor Erick Iriarte Ahon, en su trabajo denominado “habeas data” en donde expone que para la "venta one-by-one" se requiere tener información relativa a los gustos, aficiones, ganancias, estado civil, etc., de los posibles consumidores, aquellos potenciales usuarios, o como mejor se les define "clientes diferenciados". "Clientes diferenciados", que requieren una diferente manera de ser atendidos, puesto que no todos tienen posibilidad de adquirir o poseer determinado servicio o bien, es necesario enfocar el marketing hacia determinado grupo de usuarios.

"Y surgieron las bases de datos para marketing". Las bases de datos existen desde hace ya bastante tiempo sean estas bases de datos almacenados mecánicamente, electrónicamente o telemáticamente. Recordemos

por ejemplo la gran American Express que guardaba una base de 35 millones de personas, es decir de todos sus usuarios, una base de datos que no tenía mayor utilidad, hasta que en 1994 decidieron comenzar a aplicar funciones de "data mining" para poder ubicar a determinado tipo de usuarios, "usuarios potenciales" para determinados grupos empresariales. Y esta información resulto siendo una gran veta de oro.

Más en la mayoría de los casos los usuarios que reciben o son parte de un marketing "one by one" no quieren ser parte de este procedimiento publicitario, pero ¿qué hacer si su nombre aparece en una base de datos, junto a cientos de miles de personas mas, una base de datos que se vende por varios cientos de dólares, simplemente para conocer nuestras preferencias, nuestros gastos, nuestras aficiones y hasta nuestro promedio de ingreso mensual?.

Para ello legislación ha previsto una herramienta que nos permite solicitar (y modificar o eliminar) que nuestros datos no esten en determinada base de datos sea del Estado o de un particular.

Lo que expone Alberto Borea en "Evolución de las Garantías Constitucionales" es lo siguiente: "Uno de los remedios procesales más recientes destinado a la defensa de derechos personales cuya apreciación ha evolucionado en los lustros recientes debido, entre otras cosas, a desarrollos tecnológicos que los han puesto en jaque de una forma que no hubiera podido preverse hace poco tiempo, es el Hábeas Data".

La discusión sobre que derecho o derechos protege el habeas data¹¹⁸, no esta zanjada, pero creemos que no existen tantas discrepancias cuando nos remitimos al comercio electrónico internacional. Aquí el habeas data se presenta como una acción que posee cualquier consumidor y que tiene por objeto que las distintas empresas modifiquen los datos que poseen, por ser

¹¹⁸ En relación a la discusión planteada sobre que derechos se protegen con esta acción nos parece interesante el trabajo del profesor Palazzi en donde señala que “un sector de la doctrina lo ha asociado al derecho a la intimidad. Así, Bidart Campos relacionó la indefensión de la persona frente al mal uso de sus datos y a la publicidad de los mismos con el derecho constitucional a la privacidad. Bergel lo ha caracterizado como un derecho humano de tercera generación que surge frente a la necesidad de una protección adecuada de la privacidad ante el desmedido avance de las tecnologías de la información. Ekmekdjian lo califica como una garantía al derecho a la intimidad.

Badeni sostiene que su propósito es evitar que mediante el uso de la informática se pueda lesionar el honor o la intimidad de las personas y particularmente el segundo. Y en esta línea han coincidido la mayoría de los autores y también la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema.

Sagüés lo define como una subespecie de amparo destinada a preservar los valores constitucionales de verdad o igualdad.

Para Altmark y Molina Quiroga, el hábeas data surge por la irrupción de la informática en la sociedad, como un replanteo del derecho a la intimidad, en atención al riesgo que para la persona implica la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal, y particularmente la potencialidad de entrecruzamiento de la información contenida en los mismos.

Otro sector de la doctrina prefirió relacionarlo con el derecho a la identidad. Así, Julio César Rivera señala que uno de los aspectos protegidos por el hábeas data es el derecho a la identidad personal. El citado autor explica que este derecho procede de la doctrina italiana y tiende a amparar el patrimonio cultural, político, ideológico, religioso y social de la persona. Agrega que en la utilización de la informática, y en particular en cuanto se trata de la recolección de información nominativa en bancos de datos, la cuestión puede exceder el derecho a la intimidad e ingresar en el ámbito de este derecho a la identidad personal.

Para Puccinelli se protegen en forma preferente la intimidad y el honor con especial amplitud, extendiéndose el primero a la intimidad familiar y el segundo a la reputación, que hace a la consideración que sobre la persona puedan tener los terceros. Para Guastavino se trata en última instancia de proteger el derecho a la identidad personal. Finalmente Cifuentes ha dicho que en las intromisiones por medio de la informática se halla en juego el derecho fundamental a la identidad personal que es la personalidad cultural.

De lo expuesto surge que el habeas data protege un "complejo de derechos personalísimos", que incluyen la privacidad y la identidad, relacionados a su vez con la imagen y con los conceptos de verdad e igualdad”.

estos falsos o erróneos, o para que dichas empresas no utilicen los datos en forma indebida (entendiendo que muchas empresas venden datos sin consentimiento del titular o los utilizan para crear perfiles de los consumidores). Por lo tanto los derechos a proteger serán la identidad (cuando existen datos erróneos o falsos) o la privacidad (cuando mediante el uso de *cookies* se captan datos sin el consentimiento del consumidor y estos posteriormente son utilizados en forma indebida).

La mayor parte de la doctrina siempre ha estado de acuerdo en asimilar la tramitación del *habeas data* a la de un recurso de amparo (esto en el entendido de darle una tramitación lo más expedita posible), pero debemos coincidir con lo señalado por el profesor Palazzi en el sentido de que esta es una acción especial y se debe aplicar a ella sólo en forma subsidiaria las normas del amparo, ya que en caso contrario, corremos el riesgo de desvirtuar esta institución (por ejemplo el profesor Palazzi señala que no deberían ser aplicables los plazos que se señalan en el amparo).

Como conclusiones a la evolución que ha presentado el “*habeas data*” en el plano internacional podríamos señalar que la mayoría de los

países ya se han dado cuenta de la importancia que reviste esta institución, por lo cual, ya la han incorporado a sus legislaciones¹¹⁹. Aunque el hecho que cada país haya creado su propia “*data Protection act*” (ley de protección de datos), puede significar un retroceso para el comercio electrónico mundial, en el sentido que leyes restrictivas propias de un país determinado o países con una legislación muy permisiva afectaran a toda la comunidad internacional, por lo que se hace necesario que se creen ciertos parámetros mínimos de protección a los datos que circulan por la red¹²⁰.

También señalaremos que esta institución se ha presentado de diversas formas, pero todas las opiniones coinciden que debe ser una acción especial, la cual debe tener una tramitación sumaria y cuya finalidad será la de acceder a la información que se mantenga en bases de datos, con el objeto de poder modificar o suprimir dicha información, en caso que esta sea errónea o falsa.

En cuanto al sistema más apropiado para una adecuada protección de los datos, nos parece mucho más apropiado para la tradición jurídica de

¹¹⁹ En el trabajo del profesor Alexander Rosember , podemos encontrar un cuadro de cómo esta institución aparece en las distintas legislaciones de América. Además en este mismo trabajo se analiza esta institución en el marco de las distintas legislaciones europeas.

¹²⁰ Una forma de hacerlo sería tomar como ejemplo los acuerdos que se han desarrollado en la Unión Europea.

América Latina el sistema europeo en el cual encontramos un método extensivo, en el sentido que prefieren una regulación amplia, en vez, de una supuesta autorregulación empresarial¹²¹. Y con respecto al ámbito procesal nos parece sumamente importante que las distintas legislaciones sean más claras al señalar quienes serán los legitimarios activos y pasivos de dicha acción, que tribunal será el competente para conocer y que registros y datos quedaran eximidos de esta acción.

Por último debemos señalar que el mayor problema que se presenta en el ámbito internacional tiene relación con las bases de datos internacionales y con las bases de datos que pueden encontrarse en otros Estados. Aquí es donde el problema presenta una mayor complejidad, ya que una persona podría verse en la imposibilidad de presentar este tipo de acción en otro estado. En nuestra opinión el problema se resuelve cuando los países dan la posibilidad a sus ciudadanos de demandar en su propio

¹²¹ En el mismo sentido, “Hay dos sistemas tradicionales muy distintos de Protección de Datos: el sistema europeo que propone un método extenso; y el sistema norteamericano que protege la privacidad a través de los esquemas de autorregulación de la industria. El derecho de Habeas Data es una tercera opción que protege la información personal de un individuo permitiéndole a esa persona pedir la rectificación, puesta al día o incluso la destrucción de los datos personales contenidos en una base de datos.

La figura del Habeas Data está en evolución constante y extendiéndose rápidamente a lo largo de la región debido a su simplicidad. Esa misma simplicidad lo convierte en la mejor opción para otros países interesados en promulgar legislaciones protectoras de la privacidad, puesto que puede adoptarse a un costo mínimo, pudiendo llevarse a cabo sin necesidad de crear nuevas agencias gubernamentales, pues funciona dentro de estructuras judiciales existentes”.

país, entendiendo, que este es un nuevo derecho del consumidor y que ya existen medios de solución de conflicto a nivel internacional para los problemas que se presenten especialmente en el comercio electrónico, y estos medios son principalmente el arbitraje internacional en línea que se ha denominado “magistrado virtual”¹²².

1.6.2.2.8 En Chile

En nuestro país no se han presentado soluciones tecnológicas distintas a las desarrolladas en el ámbito internacional.

En cuanto a las soluciones jurídicas podemos señalar que nuestro país posee una ley de protección a los datos de carácter personal, la cual ha sido duramente criticada por la doctrina nacional, esta es la ley N° 19628, publicada el 28 de agosto de 1999.

¹²² Podríamos pensar que este es un medio es ilusorio para la solución de conflictos dada la gran disparidad de medios económicos que existe entre una empresa internacional y un consumidor cualquiera , pero esta no nos parece la postura adecuada para la nueva realidad que vivimos los consumidores, ya que a través de Internet nuestra opinión puede ser fácilmente divulgada a muchos potenciales consumidores.

La principal crítica, aunque resulte paradójico, es que la ley actual no protege en forma efectiva los datos personales¹²³, ya que nos plantea un principio de publicidad de los datos y autoriza el tratamiento de estos, sin autorización del titular. De hecho, ya en su artículo 1 inciso 2° nos señala que “Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico”. Entonces uno podría pensar que la ley establece restricciones que tiendan a proteger los datos personales, pero esto no sucede ya que el mismo artículo 4 de la ley señala que “no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de

¹²³ En el mismo sentido, Jijena Leiva Renato, “Internet, Privacidad y derecho”. Un desafío de cara al siglo XXI en el marco de la globalización” Revista Electrónica de Derecho Informático, N°36, julio de 2001. <http://vlex.com/redi>. Por cierto, este tema, el de los datos personales o nominativos procesados computacionalmente va mucho más allá que el problema de los protestos, de la morosidad comercial y de los archivos históricos almacenados en bancos de datos por cierto lapso de tiempo, que es la única connotación que se le ha dado en Chile a la ley 19.628. La única conclusión relevante para el análisis de la ley chilena sobre protección de datos personales, de agosto de 1999, sería que ella sea reestructurada y complementada, en definitiva, reemplazada por una verdadera e idónea ley de protección de datos.

nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Tampoco requiere autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades que están afiliadas, con fines estadísticos de tarificación u otros beneficios general de aquellos”.

Posteriormente la idea de publicidad de los datos es recalcada en el artículo 9 de la ley, en donde se señala que “ los datos deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubiesen sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”. Y el artículo 17 en donde se señala que los administradores de bancos de datos podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial cuando....”¹²⁴

¹²⁴ Artículo 17.- Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. También podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento.

Artículo 18.- En ningún caso pueden comunicarse los datos a que se refiere el artículo anterior, que se relacionen con una persona identificada o identificable, luego de transcurridos siete años desde que la

De lo anterior queda en evidencia que el legislador estableció un principio de publicidad de los datos que beneficia a las empresas privadas que se dedican al tratamiento de éstos, y en base a este principio cualquier dato de carácter personal que se encuentra en un registro público carece de protección. Además podemos señalar que el legislador -a diferencia de los que sucede en la Unión Europea o Estados Unidos- autoriza las comunicaciones de marketing directo con lo cual esta legitimando injustificadamente el *Spam-mail*.

Un punto importante a considerar será que la ley protege sólo los datos personales de las personas naturales, excluyendo de protección a las personas jurídicas, lo que queda en evidencia en su artículo 2 letra F, cuando señala que los datos personales son los relativos a cualquier información, concerniente a personas naturales identificadas o identificables.

Otra crítica que podemos formular a la presente ley, dice relación con la persona natural o jurídica que será responsable en caso de infracciones de

respectiva obligación se hizo exigible. Tampoco se podrá continuar comunicando los datos relativos a dicha obligación después de transcurridos tres años del pago o de su extinción por otro modo legal. Con todo, se comunicará a los tribunales de Justicia la información que requieran con motivo de juicios pendientes.

la presente ley. El artículo 23¹²⁵ nos señala quién deberá responder, pero en nuestro país no existe un registro público en donde se inscriban los responsables de las bases de datos -registro que debería ser fiscalizado por algún organismo estatal-, por lo que se hace muy fácil para quienes infringen esta ley el poder diluir su responsabilidad.

En cuanto a los derechos de los titulares de los datos¹²⁶ creemos que por los grandes problemas que posee nuestra ley y por la ignorancia de los

¹²⁵ Artículo 23.- La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal. La acción consiguiente podrá interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las infracciones no contempladas en los artículos 16 y 19, incluida la indemnización de los perjuicios, se sujetarán al procedimiento sumario. El juez tomará todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de los derechos que esta ley establece. La prueba se apreciará en conciencia por el juez. El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos.

¹²⁶ Según el abogado Magliona Claudio , en su trabajo “Breve análisis de la ley 19628 sobre protección de la vida privada”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°29, diciembre de 2000. <http://vlex.com/redi.>, nos señala que “ Toda persona tiene derecho a ejercer respecto del responsable de un banco o registro, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de Datos Personales, los siguientes derechos:

i) Derecho de información o acceso.

Derecho a exigir la información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente.

ii) Derecho a modificación.

En caso de que los Datos Personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen.

iii) Derecho de bloqueo.

Solicitar el bloqueo de los Datos Personales cuando el titular haya proporcionado voluntariamente sus Datos Personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

iv) Derecho de cancelación o eliminación.

Exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.

Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los Datos Personales, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus Datos Personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

v) Derecho de copia en forma gratuita.

La información, modificación o eliminación de los Datos Personales será absolutamente gratuita, debiendo proporcionarse, además, a solicitud del titular, copia del registro alterado en la parte pertinente. Si se efectuasen nuevas modificaciones o eliminaciones de datos, el titular podrá, asimismo, obtener sin costo copia del registro actualizado, siempre que hayan transcurrido a lo menos 6 meses desde la precedente oportunidad en que hizo uso de este derecho.

vi) Derecho a que se avise a terceros.

Si los Datos Personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos deberá avisarles a la brevedad posible la operación efectuada. Si no fuese posible determinar las personas a quienes se les haya comunicado, pondrá un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información del banco de datos.

vii) Derecho de oposición

El titular puede oponerse a la utilización de sus Datos Personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión.

b) Condiciones de ejercicio de los derechos.

i) Ante quien se hacen valer.

Ante el responsable del banco de datos, quien puede ser una persona natural o jurídica, o un organismo público.

Si los Datos Personales están en un banco de datos al cual tienen acceso diversos organismos, el titular puede ejercer el derecho de información o acceso respecto de cualquiera de ellos.

ii) Forma de requerimiento.

El requerimiento, mediante el cual se ejerzan los derechos que contempla esta Ley, podrá efectuarse en forma escrita o verbal.

iii) Irrenunciabilidad

El derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus Datos Personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención”.

consumidores, estos pasan a ser letra muerta¹²⁷. Y esto se da aunque en nuestro país existe una acción especial –habeas data¹²⁸- que tiene por objeto resguardar estos derechos.

Por último mencionaremos que esta ley no prohíbe las transferencias internacionales de datos, como lo hacía el proyecto originario, por lo que dadas las características actuales del comercio electrónico internacional, podría resultar muy sencillo para una empresa, realizar mediante Internet el tratamiento de datos de carácter personal con una base de datos que se encuentre fuera del territorio nacional¹²⁹.

¹²⁷ En el mismo sentido, el profesor Renato Jijena, Ob. Cit. N° 109, cuando nos señala que “La ley chilena sobre la materia no se ha estandarizado idóneamente. El tópico jurídico de la protección legal de datos personales frente al tratamiento computacional de los mismos es un tema con bastante perspectiva en países extranjeros, más en Chile constituye aún una realidad desconocida y poco estudiada, incluso después de haberse dictado la ley 19.628, misma que a esta fecha ha tenido nula aplicación práctica toda vez que en más de un año de vigencia los tribunales no han conocido ninguna reclamación en sede del ejercicio del derecho de acceso o “habeas data”.

¹²⁸ El procedimiento establecido para esta acción lo encontramos en el artículo 16 de la ley 18292.

¹²⁹ Ob. Cit. Nota N° 112. En relación a esta materia, el proyecto de Ley originario presentado por la Cámara de Diputados contenía el siguiente artículo 23°: "Prohíbese a los responsables de bancos de datos personales transmitir datos personales desde países o con destino a países cuya legislación no ofrezca garantías análogas a las previstas en esta ley. Se exceptúan las transferencias internacionales de créditos, las transferencias de información para los efectos de prestar colaboración a las autoridades judiciales y policiales internacionales, así como cualquier otra transferencia que resulte de la aplicación de tratados o convenios internacionales en que el estado de Chile sea parte".

La Comisión Mixta rechazó el precepto anteriormente mencionado debido a que consideró que la regulación de la transferencia internacional de datos corresponde ser efectuada por los tratados internacionales sobre la materia.

De lo anterior se concluye que actualmente la transferencia internacional de datos se encuentra permitida, siempre y cuando se cumplan las disposiciones generales establecidas en el texto legal.

1.6.2.3- El monitoreo o interceptación de los mensajes de datos

“Hablar del secreto de las comunicaciones cuando se utiliza el sistema del Correo electrónico o del E-mail, es invitar a construir unos nuevos paradigmas jurídicos que garanticen la privacidad de la comunicación por la red”¹³⁰.

Tal como lo describe este autor, para lograr el secreto de las comunicaciones de correo electrónico debemos avocarnos a la construcción de nuevas normas jurídicas que puedan proteger de manera efectiva esta nueva forma de comunicación, ya que las actuales normas que regulan la inviolabilidad de las comunicaciones, en muchas oportunidades no podrán ser aplicadas o no lograrán su objetivo, dado los distintos matices que nos presenta el correo electrónico¹³¹.

¹³⁰ Giraldo Quintero Argiro, “Colombia. El secreto en la comunicación por correo electrónico”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°25, agosto de 2000. <http://vlex.com/redi>.

¹³¹ En el mismo sentido, Barrera María y Montague Jasón, en su trabajo “Correspondencia digital recreando privacidad en el ciberespacio”, Revista Electrónica de Derecho Informático N° 15, octubre de 1999, <http://vlex.com>. “La inviolabilidad de la correspondencia es un paradigma establecido, cuyas contadas excepciones solo reafirman su importancia. Esa percepción fue consagrada por ley en la mayor parte de naciones democráticas, en los Estados Unidos por ejemplo en el *Bill of Rights* y por estatuto casi inmediatamente. Dicha inviolabilidad jurídica precedió está profundamente arraigada en sistemas de derecho romano y *common law* por igual. Es paradójico que aparentemente dicho principio no pueda ser trasladado al ciberespacio, a pesar de su fuerza y permanencia.

Primeramente para centrar el problema deberíamos partir señalando que debemos entender por correo electrónico, este según lo planteado por el profesor Argiro Giraldo es “Inventado por Ray Tomlinson en 1972 ,el Correo Electrónico lo podríamos definir como un sistema de comunicación electrónica virtualmente derivado del correo postal y virtualmente personalizado. Desde este punto de vista el correo electrónico no es el correo postal y tampoco es asimilable al correo postal por cuanto se mueven en realidades diferentes: mientras que el electrónico lo hace en la

La aparición del ciberespacio ha determinado un dramático cambio en la percepción de privacidad sobre mensajes. E-mail es un método de comunicación global, inmaterial e instantáneo. Esas tres características lo convierten en un medio jurídicamente inexplorado, extremadamente vulnerable desde un punto de vista psicológico, técnico y legal. Personas que jamás imaginarían la posibilidad de violar la correspondencia de terceros no dudan en examinar mensajes electrónicos ajenos. Si dos copias de un mismo mensaje se envían, una por correo normal y otra en forma digital, ciertas jurisdicciones mirarán la primera como inviolable y la segunda como accesible. Dicha situación es inaceptable en un punto de vista legal y ético. El soporte físico de un mensaje es puramente incidental y accesorio, y en consecuencia no debe afectar el estatus legal de la correspondencia.

La inviolabilidad de correspondencia digital o física no debe ser limitada por el método de acceso usado para percibir su contenido o el lugar en el que se guarda, preserva o mantiene provisionalmente dichos mensajes. La pregunta es si ese derecho es también independiente de la tangibilidad del soporte del mensaje. En otras palabras, si un mensaje electrónico es o no digno del mismo tratamiento que un mensaje escrito en un objeto físico, por el solo hecho de estar concretizado en forma digital. En un sentido amplio dicha cuestión implica reevaluar el equilibrio existente entre los instrumentos designados para proveer privacidad y los instrumentos creados para permitir acceso, inspección y apertura del mensaje.

Como repensar privacidad en tal panorama no es una pregunta simple. La primera posibilidad aparentemente es aplicar por analogía los elementos de privacidad que existen en cuanto se refiere al correo físico. Sin embargo, analogía no es un camino adecuado para analizar problemas creados por las nuevas tecnologías, porque conlleva demasiados preconceptos. Es mejor aplicar translación, un método que ha sido usado inicialmente en los Estados Unidos para adaptar la ley a cambios tecnológicos inesperados. Dicha translación debe ser usada con prudencia. El objetivo es en primer lugar aplicar el método de translación a la noción de privacidad en correspondencia digital, identificando una estructura básica común en sus fundamentos. En segundo lugar, ir mas allá de translación, proponer un paradigma independiente de la naturaleza de los instrumentos usados para comunicar el mensaje, un paradigma no relacionado al eventual soporte utilizado en un sistema de comunicación”.

virtualidad, el postal lo hace en la materialidad. Y es virtualmente personalizado porque el correo electrónico es "un nuevo sistema de representación", o si se quiere, una nueva clase de correo. En este sentido el correo electrónico realmente se envía es a un servidor o PC que se encarga de enrutar o guardar los códigos para que el usuario los lea cuando utilice su operador de cuenta o correo. La virtualidad guarda similitud con la realidad pero no es la realidad misma, existen indudablemente elementos similares entre una y otra y este elemento similar permite, por una parte, la ubicación del fenómeno virtual y por la otra, la diferenciación del fenómeno mismo. En el "correo Electrónico" encontramos elementos formales similares al "correo postal" como por ejemplo el nombre del destinatario, una dirección de envío, un contenido sea este texto u otro, un remitente y un operador del servicio. Sin embargo, al analizar el contenido de cada uno de esos elementos formales encontramos otros elementos que nos permiten indicar que el "correo electrónico" evidentemente es diferente al "Correo Postal" y en tal virtud nos encontramos frente a un medio de comunicación esencialmente diverso que no permite la analogía al correo postal”.

1.6.2.3.1- Cual es el problema que se genera

El principal problema que nos plantea el monitoreo de correos electrónicos dice relación con las personas o gobiernos ,que sin contar con una debida autorización – en nuestra opinión debe ser judicial- , intercepta o captan indebidamente comunicaciones de carácter privado¹³². En otras palabras lo que estamos protegiendo es el secreto de nuestra comunicación.

Según el profesor Giraldo “El secreto del correo postal es un convenio social y como Derecho es una garantía que los Estados dan a las personas para que un tercero distinto al destinatario de la comunicación no intervenga en su proceso conociendo ni el contenido de lo que comunica, siempre y cuando revista dicho contenido del elemento físico que permita derivar o deducir que quiere ocultar el mensaje o hacerlo de modo secreto. En este sentido el secreto en la comunicación postal exige que se utilice un sobre sellado con lo cual la persona advierte de su derecho”.

Ahora, si lo anterior lo extrapolamos al correo electrónico, para que este correo sea protegido por la garantía de inviolabilidad de las

¹³² Mencionamos que dicha interceptación puede ser realizada por los distintos gobiernos, ya que ellos a través de sus organismos policiales han creado distintos programas que se dedican a la interceptación de correos electrónicos, con el objeto que Internet no se convierta en un medio de comunicación para los delinquentes. Por ejemplo el FBI ha creado un programa denominado Carnivore, y en la Unión Europea existe uno denominado Echelon.

Según nuestra opinión los distintos gobiernos no pueden, bajo el argumento de perseguir a los posibles delinquentes, crear programas que atenta de una manera directa la privacidad de las comunicaciones.

comunicaciones, este correo debería ir encriptado, ya que esta es la única forma en que el emisor advierte su derecho¹³³, dando a entender que el contenido de dicho correo es confidencial.

El otro gran problema que se presenta, es que se ha pretendido hacer extensiva la protección del correo formal al correo electrónico sin antes tomar en consideración una serie de diferencias que hacen imposible realizar una analogía¹³⁴.

¹³³ En el mismo sentido el profesor Renato Jijena Ob. Cit. Nota N°109, Cuando señala que “se ha sostenido que a los *e-mails* o correos electrónicos se les puede aplicar siempre la garantía constitucional del artículo 19 N°5 de la CPE, esa que asegura a todas las personas la inviolabilidad “de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada”. Las conductas atentatorias contra esta garantía además, según nuestro Código Penal, cometidas dolosamente son constitutivas de delito y castigadas con penas privativas de libertad.

Estimo que el planteamiento es equivocado y que se requiere una distinción elemental de cara al elemento “encriptación”. a) Porque todos los correos pueden ser revisados por el administrador de una red o de un servidor..., y b) porque enviados por Internet están en una red esencialmente “abierta”, los *e-mails* son verdaderas tarjetas postales que cualquiera podría tomar y leer. Si un usuario quisiera agregar confidencialidad o reserva a sus correos, simplemente debe utilizar mecanismos de encriptación para hacerlo. Sólo en la medida que un tercero distinto al emisor y al receptor de un mensaje rompa o vulnere la encriptación de un e-mail, estimo, ...podría hablarse de que se ha vulnerado la garantía constitucional aludida”.

¹³⁴ Estas diferencias son fundamentalmente las siguientes:

- El correo postal es único, a diferencia del electrónico que puede ser único o múltiple.
- El correo postal se desarrolla en un ámbito material, a diferencia del electrónico que lo hace en un ámbito virtual.
- El correo electrónico es instantáneo a diferencia del postal que necesita mayor tiempo para su desarrollo.
- Para el correo postal ya existen una serie de tratados internacionales que protegen la inviolabilidad de este tipo de comunicación, en cambio, para el correo electrónico los distintos países todavía no adoptan un criterio único, por lo cual hablar de privacidad en Internet –red

1.6.2.3.2- Principales mecanismos que atentan contra la confidencialidad de los correos electrónicos

En cuanto a los mecanismos que atenta contra la confidencialidad de los correos electrónicos, estos son los distintos programas computacionales que son creados para romper las barreras criptográficas y lograr conocer el contenido privado de los mensajes.

Mucho se ha discutido, en base, a cual es el limite que, por un lado, tienen los Estados y los organismos policiales para crear programas que puedan detectar conductas ilícitas en la red, y cual será el límite que deben tener las personas que administran dichas redes -por las cuales circulan los mensajes de datos- respecto a las cuentas de correo que administran. En nuestra opinión entiende que el problema no puede ser resuelto mediante una norma rígida que impida la flexibilización, por lo cual creemos que cualquier postura que se adopte, debe ser enfocada desde el principio de la proporcionalidad. Entonces el límite de los organismo policiales deberá estar dado por la justicia, ya que estos siempre actuaran con la respectiva

abierta de comunicación- resulta ser una falacia ya que aunque esta sea protegida de una manera local, existen diversos países que no tienen este tipo de protección, desde los cuales se podría monitorear los distintos correos que circulan en toda la red.

autorización judicial, y por otro lado los administradores podrán conservar ciertas herramientas técnicas que permiten mantener la red, pero estas intentarían vulnerar lo menos posible la privacidad de los usuarios.

1.6.2.3.3- Como podemos solucionar los problemas

1.6.2.3.4- En el ámbito internacional

En relación a los tratados internacionales que podrían ser aplicables en esta materia, diremos que no existen tratados que regulen de forma específica el uso de correo electrónico aunque si podemos mencionar acuerdos de importancia, como el ya mencionado acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos.

1.6.2.3.5- Soluciones tecnológicas

Según nos señala la profesora Barrera y el profesor Montague, son “múltiples los métodos que se han sugerido con el objetivo de crear algún tipo de límites digitales tangibles y específicos. Idealmente, esos límites deben contar con las características de los sobres utilizados para correo físico: Deben ser señales de volición de privacidad, cápsulas que contengan y protejan un contenido, e instrumentos de memoria que registren cualquier tipo de agresión o intento de ruptura. Una ventaja del ambiente digital es

que en un espacio hecho de records, el límite representado por un sobre electrónico es la frontera entre el ciberespacio en general y los records privados que contienen el mensaje”.

Uno de los instrumentos más comunes que se han sugerido para lograr estos límites, son los mecanismos que tienden a buscar el anonimato en la red y que son denominados “mecanismos de anonimidad”, cuyo objetivo primordial es tornar completamente imposible la identificación de la persona que envió el mensaje, y con ello no puede existir una violación de privacidad, pues nunca se conoce quien esta enviando el mensaje.

El otro mecanismo para solucionar el presente problema son las distintas técnicas de criptografía, que fueron mencionadas cuando estudiamos la seguridad¹³⁵. Siendo importante considerar la opinión de algunos autores cuando señalan que, independientemente se autorice o no el control de la correspondencia digital o electrónica los Estados actualmente proceden a inspeccionar indistintamente y sin orden todos los correos bajo justificaciones de interés público o seguridad de Estado, los ciudadanos se

¹³⁵ Debemos mencionar que coincidimos con la opinión que nos señala, que “Correlativamente, conceder a la criptografía un papel de guardián universal de privacidad es un error, pues implica disminuir la cobertura del derecho a una eficacia del instrumento siempre en peligro de obsolescencia”. Ob. Cit, nota N°117.

han planteando la posibilidad de que se reconozca la criptografía y el anonimato como elementos que permitirían garantizar el secreto de las comunicaciones por correo electrónico. En cuyo caso el Estado podría solicitar al usuario los códigos secretos para descodificar la información, dando así aplicación a la respectiva orden judicial y permitiendo el secreto de las comunicación. En los Estados Unidos el uso de la criptografía no está prohibido sin embargo el envío de programas criptográficos a Estados o a países distintos a los de Estados Unidos se considera delito contra la seguridad del Estado.

1.6.2.3.6- Soluciones jurídicas

En cuanto a las soluciones jurídicas que dicen relación con este punto debemos reconocer que ellas se basan principalmente en la autorregulación -que ya hemos criticado duramente- y esta se encuentra en las distintas políticas de privacidad que adoptan las empresas y los proveedores de correo electrónico.

Ahora, cuando el consumidor firma un contrato que incluye o establece servicio de correo electrónico, está firmando un contrato de adhesión – que puede ser oneroso o gratuito- y aceptando una serie de

disposiciones contractuales que en la mayor parte de los casos es extremadamente restrictiva de privacidad y que vulnera de forma evidente el derecho de los consumidores, ya que en varias oportunidades quien ofrece el servicio tiene su empresa en otro país y en consecuencia, el consumidor termina aceptando un contrato en un idioma que desconoce, además que los términos del contrato no están basados en una estructura legal predeterminada, pues estos contratos son contratos innominados.

Como la mayoría de los consumidores utiliza proveedores gratuitos, analizaremos las políticas de privacidad de las principales empresas que ofrecen este servicio.

a) Hotmail es una empresa ligada a Microsoft, y establece que "Es política de Microsoft respetar la privacidad de sus usuarios. Microsoft no supervisará, modificará o divulgará ninguna información de carácter personal acerca de usted o del uso que usted haga del Servicio. Incluidos sus contenidos, sin su previo consentimiento, a menos que Microsoft considere de buena fe que dicha actuación es necesaria para 1) cumplir con requerimientos o procedimientos legales, 2) proteger y defender los

derechos o propiedad de Microsoft, 3) hacer cumplir las CDS ,o 4) actuar para proteger los intereses de sus usuarios o terceros ..."

b) Yahoo en su política de privacidad nos señala, "el usuario reconoce y acepta que Yahoo no examinará lo contenidos con anterioridad a su puesta en disposición o trasmisión, pero éste y sus representantes estarán facultados (pero no obligados) a rechazar o desplaza cualquier contenido que esté disponible en el Servicio. Sin perjuicio de lo anterior, Yahoo y sus representantes estarán plenamente facultados para suprimir cualquier contenido que vulnere las Condiciones o que de algún modo sea inaceptable..."

c) Terra señala que "se compromete a no revelar los datos personales de los usuarios de Olé Mail (nombre , dirección , e-mail y numero de teléfono) sin previo consentimiento del usuario excepto en caso de ser solicitado por ley o procedimiento judicial. El contenido de los mensajes en su cláusula 5 señala: Ole se compromete a no intervenir ,manipular , editar o censurar el contenido de los mensajes de los usuario de ole mail. Los usuarios de Olé mail son los únicos responsables de los contenido ."

d) Latinmail por su parte señala "5. Política de Privacidad, el correo electrónico es correspondencia privada entre el emisor y el destinatario....El miembro conoce y acepta que ciertos técnicos de correo electrónico y su contenido pueden ser requeridos para: a)enviar y recibir mensajes. b) Requerimientos técnicos para conectividad de red .c) Por limitación de servicios. d)por otros requerimientos similares."

Como primer comentario debemos mencionar que todas las empresas que ofrecen correo electrónico gratuito mantienen un reconocimiento al secreto del correo electrónico, con lo cual, podríamos pensar que el problema se encuentra resuelto. Pero obviamente, esto no es tan simple, ya que lo importante para el consumidor, independiente de que exista la política de privacidad, será donde puede hacer valer sus derechos, es decir, donde podrá recurrir para que se respete dicha política promocionada por la empresa. Para responder a esta pregunta, partiremos señalando, que no creemos que la respuesta acertada sea someterse a la legislación que establece el contrato¹³⁶, dado que el contrato en donde se estableció dicha

¹³⁶ Estas son las cláusulas de jurisdicción competente y legislación aplicable dentro de las principales empresas que ofrecen correo electrónico gratuito Hotmail indica que el contrato se regirá por la legislación del Estado de California y de los Estados Unidos de América y agrega " El uso del Servicio está prohibidos en todas aquellas jurisdicciones que no reconozcan la efectividad de los presentes términos y condiciones". Similares disposiciones ofrecen Yahoo que las radica en los Juzgados y Tribunales de

cláusula es un contrato de adhesión en donde el consumidor no pudo discutir libremente su contenido, además de resultar improcedente obligar al consumidor a litigar en jurisdicciones ajenas, en donde resultaría imposible ejercer sus derechos.

1.6.2.3.7- En Chile

En cuanto a la protección de la confidencialidad del correo electrónico en nuestro país podemos decir, que independiente de la protección que establece nuestra Constitución en el artículo 19 N°5, y que según hemos señalado se aplicará sólo cuando el correo vaya encriptado. También debemos mencionar que mediante una ley –que ha sido muy criticada- se creó un nuevo tipo penal que tiene por objeto el respeto y la protección a la vida privada y pública de la persona y su familia. Estos son los artículos 161 A y 161 B del Código Penal¹³⁷, que fueron introducidos por la ley 19.423, del 20 de noviembre de 1995.

Madrid y regidos por la legislación Española. Latinmail los radica en California (Estados Unidos) y España, y advierte que "El Miembro y Latinmail aceptan basarse bajo la jurisdicción de las cortes del estado de California (Estados Unidos) y los tribunales de Barcelona (España). A su vez el portal Español de Terra expresa que "Estas condiciones de uso se regirán por sus propias cláusulas y en su defecto por las leyes que le sean aplicables"

¹³⁷ Art. 161 A. Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca

1.6.2.4- Propiedad intelectual y marcas comerciales

“La efectiva solución -porque somos partidarios de instar por resguardar derechos como el copyright en el ciberespacio- descansa en los tratados internacionales y en los resguardos técnicos, cosa que, como se dirá, entendió plenamente la OMPI a fines de 1996. También deben considerarse como una opción viable modalidades de "autoregulación"; por su propio peso e importancia el desarrollo y los conflictos jurídicos en Internet pueden traducirse en el surgimiento de normativas que impulsadas por algún país u organismo internacional tengan acogida y sean aceptadas

conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público. Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior. En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales. Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

Art. 161 B. Se castigará con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales, al que pretenda obtener la entrega de dinero o bienes o la realización de cualquier conducta que no sea jurídicamente obligatoria, mediante cualquiera de los actos señalados en el artículo precedente. En el evento que se exija la ejecución de un acto o hecho que sea constitutivo de delito, la pena de reclusión se aplicará aumentada en un grado.

mundialmente por los usuarios de la red; ...así ha ocurrido, como veremos, con la reglamentación desarrollada por la IANA en relación a los nombres de dominio, y en alguna medida con las llamadas reglas de navegación o "netiquette".»¹³⁸

En cuanto a la propiedad intelectual en el ciberespacio, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI o en inglés WIPO), es la organización que más ha estudiado el problema a nivel mundial. Ya en 1996 realizaron una reunión cuyo objetivo era lograr una regulación sobre los derechos de autor en Internet, pero no se logró el objetivo propuesto¹³⁹.

Posteriormente, en mayo de 2000, la OMPI realizó un estudio sobre el “Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual”¹⁴⁰, en el cual se analizan las características del comercio electrónico y los principales problemas que se generan en torno a la propiedad intelectual, además de proponer distintos tipos de soluciones.

¹³⁸ Jijena Leiva Renato, “Propiedad intelectual e Internet”, Revista Electrónica de Derecho Informático N° 10, mayo de 1999, <http://vlex.com>.

¹³⁹ Según lo señala el profesor Renato Jijena, La OMPI al no lograr su objetivo en dicha reunión y “después de constatar lo precario de la protección jurídica que el estatuto jurídico tradicional de la propiedad intelectual otorga a las obras que se comercializan y consultan en Internet, ..estableció la obligación que los Estados que ratifiquen y firmen la Convención de Ginebra sobre Derechos de Autor deben resguardar jurídicamente y promocionar la aplicación de medidas técnicas de seguridad de la propiedad intelectual, como es el caso de la codificación o encriptación”. Ob cit., nota 124.

Las características del comercio electrónico -que la OMPI da relevancia- serían por un lado, su naturaleza internacional ya que “los medios electrónicos descritos anteriormente han creado un medio mundial sin límites, de manera que ninguna empresa que ofrezca bienes o servicios en Internet tenga que dirigirse a un mercado geográfico concreto. La creación de un sitio Web comercial puede proporcionar, incluso a una empresa pequeña, acceso a mercados y usuarios de Internet de todo el mundo”¹⁴¹. La otra característica relevante sería “la naturaleza interdisciplinaria del comercio electrónico y el consiguiente impacto en las fuerzas de convergencia. Tanto las empresas grandes como las pequeñas están comprobando que lo que diferenciaba hasta ahora a los sectores comerciales –en razón de las características físicas de los bienes o servicios y de los diversos medios empleados para su distribución (por ejemplo, libros, películas, discos compactos, televisión radio y retransmisiones por la Web)- está perdiendo su razón de ser, y eso origina presiones competitivas para reestructurar las actividades dentro de las industrias y entre ellas, lo

¹⁴⁰ El presente estudio sobre el comercio electrónico y la propiedad intelectual, lo podemos encontrar en el sitio web de la OMPI, <http://www.wipo.org>

¹⁴¹ Ob. cit. Nota N°126

que supone nuevas oportunidades a la vez que problemas para las empresas”.

1.6.2.4.1- Cuales son los principales problemas

Los problemas que se plantean sobre la propiedad intelectual en el mundo físico –derecho de patentes, marcas, derecho de autor- también lo harán en el mundo virtual, aunque los aspectos que se deberán abordar en muchos casos serán distintos¹⁴².

Según el estudio de la OMPI, los problemas relativos a la propiedad intelectual se centran en 3 ámbitos: a) Entorno sin papeles- contratos electrónicos; b) Internet- Jurisdicción y derecho aplicable; c) Tecnología digital- Problemas de observancia y confidencialidad (todos estos problemas serán resueltos en los capítulos posteriores)

En cuanto a las repercusiones del comercio electrónico en la propiedad intelectual, la OMPI ha focalizado su estudio en 3 puntos

¹⁴² El régimen tradicional de protección autoral está colapsando y siendo superado, porque históricamente fue concebido para obras soportadas materialmente y no digital o magnéticamente. Las redes telemáticas han "desmaterializado" las obras creadas por los autores, ya que las creaciones originales digitales o digitalizadas se reproducen, circulan y se distribuyen rápida y electrónicamente, sin que se encarnen - como antaño- en un soporte físico concreto o en alguna de las formas envasadas que históricamente han contenido las obras artísticas e intelectuales, ...haciéndose sumamente fácil que sean ilícitamente reproducidas, transformadas y copiadas con fines comerciales o "pirateadas", sin que exista diferencia alguna entre un original y una copia electrónica. Renato Jijena, Ob. Cit, nota 124

básicos: a) El derecho de autor y derechos conexos¹⁴³, b) Patentes¹⁴⁴ y c) marcas¹⁴⁵ y su relación con los nombres de dominio¹⁴⁶—, siempre resaltando

¹⁴³ Según el trabajo de la OMPI, ya mencionado “La protección del derecho de autor y de los derechos conexos abarca una amplia gama de la creatividad humana. Gran parte del contenido creativo que sustenta al comercio electrónico está sujeto a esa protección. De conformidad con el más importante convenio internacional sobre derecho de autor, el Convenio de Berna, la protección del derecho de autor protege las "obras literarias y artísticas". Este término abarca diversas formas de creatividad, como escritos, tanto de ficción como de no ficción, entre ellos los textos técnicos y científicos y programas informáticos; bases de datos en función de la selección o disposición de sus contenidos; obras musicales; obras audiovisuales, obras de arte, incluyendo dibujos y pinturas; y fotografías. Los derechos conexos protegen las contribuciones de terceros que añaden valor a la presentación pública de obras literarias y artísticas: artistas intérpretes o ejecutantes, como actores, bailarines, cantantes y músicos; productores de fonogramas, incluyendo los discos compactos; y los organismos de radiodifusión.

Por tanto, es esencial adaptar el sistema jurídico para responder de manera eficaz y apropiada al nuevo medio tecnológico, y hay que hacerlo rápidamente, porque las tecnologías y los mercados evolucionan cada vez con mayor rapidez. De esta manera se asegurará el fomento continuado de los principios fundamentales que rigen el derecho de autor y los derechos conexos, que permanecen constantes cualquiera que sea la tecnología del momento: incentivar a los creadores para que produzcan y difundan nuevos materiales creativos; reconocer la importancia de sus contribuciones otorgándoles un control razonable sobre la explotación de esos materiales de manera que puedan sacar provecho de ellos; proporcionar un equilibrio adecuado para el interés público, especialmente en el terreno de la educación, de la investigación y del acceso a la información; y, de ese modo, beneficiar en último término a la sociedad fomentando el desarrollo de la cultura, de la ciencia y de la economía”

¹⁴⁴ Según el trabajo de la OMPI, ya mencionado “La protección del derecho de autor y de los derechos conexos abarca una amplia gama de la creatividad humana. Gran parte del contenido creativo que sustenta al comercio electrónico está sujeto a esa protección. De conformidad con el más importante convenio internacional sobre derecho de autor, el Convenio de Berna, la protección del derecho de autor protege las "obras literarias y artísticas". Este término abarca diversas formas de creatividad, como escritos, tanto de ficción como de no ficción, entre ellos los textos técnicos y científicos y programas informáticos; bases de datos en función de la selección o disposición de sus contenidos; obras musicales; obras audiovisuales, obras de arte, incluyendo dibujos y pinturas; y fotografías. Los derechos conexos protegen las contribuciones de terceros que añaden valor a la presentación pública de obras literarias y artísticas: artistas intérpretes o ejecutantes, como actores, bailarines, cantantes y músicos; productores de fonogramas, incluyendo los discos compactos; y los organismos de radiodifusión.

Por tanto, es esencial adaptar el sistema jurídico para responder de manera eficaz y apropiada al nuevo medio tecnológico, y hay que hacerlo rápidamente, porque las tecnologías y los mercados evolucionan cada vez con mayor rapidez. De esta manera se asegurará el fomento continuado de los principios fundamentales que rigen el derecho de autor y los derechos conexos, que permanecen constantes cualquiera que sea la tecnología del momento: incentivar a los creadores para que produzcan y difundan nuevos materiales creativos; reconocer la importancia de sus contribuciones otorgándoles un control razonable sobre la explotación de esos materiales de manera que puedan sacar provecho de ellos; proporcionar un equilibrio adecuado para el interés público, especialmente en el terreno de la educación, de la investigación y del acceso a la información; y, de ese modo, beneficiar en último término a la sociedad fomentando el desarrollo de la cultura, de la ciencia y de la economía”

que los sistemas jurídicos en general y el derecho de la propiedad intelectual se basan en nociones de soberanía y territorialidad que no podemos encontrar en Internet.

¹⁴⁵ Según el trabajo de la OMPI, ya individualizado “Cada vez es mayor el consenso internacional acerca de que la protección de la marca debería extenderse a Internet, y que debería ser igual de amplia que la protección otorgada fuera de ese ámbito. Los sistemas jurídicos regionales o nacionales existentes deberían aplicarla, junto con los tratados internacionales pertinentes, pero estas disposiciones son de una naturaleza general, se aplican sobre bases territoriales y no están adaptadas al mundo sin fronteras del comercio electrónico. Por lo tanto, se produce una tensión considerable cuando se enfrentan a los desafíos de este nuevo medio de intercambio comercial. Además, esos desafíos no se limitan a las marcas; existen en relación con todos los signos distintivos usados en el comercio electrónico, entre ellos los nombres comerciales y las indicaciones geográficas”.

¹⁴⁶ Según el trabajo de la OMPI, “los nombres de dominio son una forma simple de dirección de Internet diseñados para permitir a los usuarios localizar de una manera fácil sitios en Internet. Los nombres de dominio se pueden registrar en espacios denominados "dominios genéricos de nivel superior" (gTLD), por ejemplo, .com .org. o .net, o en "dominio de nivel superior correspondiente a un código de país" (ccTLD), por ejemplo, .ch (Suiza), .fr (Francia) o .za (Sudáfrica).

Debido a que los nombres de dominio son fáciles de recordar y de utilizar, el sistema de nombres de dominio (DNS) –sistema central del itinerario de ruta en Internet– ha asumido un papel clave en el comercio electrónico. Por un lado, facilita la navegación de los consumidores en Internet para encontrar los sitios Web que están buscando y, por otro lado, facilita la capacidad empresarial para promover un nombre o palabra fácil de recordar y que sirva, al mismo tiempo, para identificar y distinguir a la empresa (o sus productos o servicios) y para especificar su correspondiente localización en Internet.

Al aumentar las actividades comerciales en Internet, los nombres de dominio han adquirido cada vez más importancia en tanto que identificadores comerciales y, como tales, han provocado conflictos con el sistema de identificadores comerciales que existía antes de la aparición de Internet y que está protegido por derechos de propiedad intelectual, en particular las marcas y otros derechos de identificación comercial, las indicaciones geográficas y el campo todavía en desarrollo de los derechos de la personalidad. La tensión que existe entre nombres de dominio y los derechos de propiedad intelectual ha dado lugar a numerosos problemas que plantean importantes cuestiones de política. Un sistema –el DNS– se administra sobre todo de manera privada y da lugar a registros que tienen una presencia mundial, accesible desde cualquier lugar del mundo. El otro sistema –el sistema de derechos de la propiedad intelectual– se administra de manera pública sobre una base territorial y da lugar a derechos ejercibles únicamente en el territorio concernido.

Los conflictos que existen entre esos dos sistemas han aumentado debido a numerosas prácticas predatorias y parasitarias realizadas por algunos solicitantes de registros con el objetivo de explotar la falta de conexión entre los propósitos para los que fue concebido el DNS y aquellos para los que existe protección intelectual. Entre esas prácticas están el registro deliberado y de mala fe como nombres de dominio de marcas notoriamente conocidas y de otras marcas con la intención de vender esos nombres de

1.6.2.4.2 Que respuestas ha desarrollado la OMPI

En relación a los derechos de autor y derechos conexos. La OMPI trabaja activamente en el examen de todos esos temas y en la búsqueda de soluciones. Las esferas de posibles tratados relativos a la ampliación de derechos y objetos nuevos están en el orden del día del Comité Permanente de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos. El trabajo relativo a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales se encuentra en una fase avanzada, y a se realizó una Conferencia Diplomática en diciembre del año 2000. La protección de los derechos de los organismos de radiodifusión y la inexistencia de protección para las bases de datos están siendo analizadas por el Comité Permanente. El primero de estos dos asuntos ha tenido una recepción generalmente positiva por parte del Comité, habiéndose alcanzado un consenso acerca de que los derechos de los radiodifusores deberían ser actualizados mediante un instrumento internacional. El tema de las bases de datos se encuentra en una fase más preliminar, y muchos gobiernos han señalado la necesidad de realizar un estudio y un análisis más amplio.

dominio a los titulares de las marcas, o simplemente para beneficiarse deshonestamente de la reputación ligada a esas marcas”.

La cuestión de la responsabilidad del proveedor de servicios fue objeto de un taller realizado en la OMPI a finales de 1999. El taller examinó los marcos jurídicos legales nacionales y regionales existentes y propuestos, su aplicación práctica mediante notificaciones y sistemas de anotación y las posibilidades de armonización internacional.

Las cuestiones relativas al derecho internacional privado han estado en el orden del día de tres simposios mundiales de la OMPI celebrados en 1994 y 1995. En 1998, esas cuestiones fueron objeto de intensos debates en el Grupo de Expertos sobre los aspectos de derecho internacional privado de la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos por redes mundiales de información. En el Programa y Presupuesto de la OMPI para el bienio 2000-2001 se previó un simposio mundial sobre este asunto.

En cuanto a las patentes. El Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SCP) está estudiando la conveniencia y la viabilidad de armonizar las normas concernientes a las implicaciones en el derecho de patente de la divulgación de información técnica en Internet

El proyecto de Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT) y su Reglamento, que se han debatido intensamente en el SCP, y contienen propuestas para la armonización de los requisitos formales concernientes a las solicitudes de patente y a las patentes que pueden conceder las oficinas de la propiedad intelectual de los Estados y los organismos regionales de la propiedad intelectual. En relación con los nuevos métodos de administración electrónica, el proyecto de Artículo 8 del PLT y el proyecto de reglas 8 y 9 de su Reglamento, en concreto, ofrecen normas generales relativas a la presentación de comunicaciones en forma electrónica o por medios electrónicos empleando firmas digitales, e incorporan los requisitos con respecto a la presentación electrónica de acuerdo con el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). Durante las reuniones de los Estados miembros de las Asambleas de la OMPI celebradas en septiembre de 1999, una sesión conjunta de la Asamblea General de la OMPI y de la Asamblea de la Unión de París tomó nota de la conclusión del trabajo del SCP concerniente al PLT y aprobó la celebración en Ginebra en mayo de 2000 de una Conferencia Diplomática para la Adopción del Tratado sobre el Derecho de Patentes.

También se incluyó en los proyectos que el SCP estudiara la conveniencia y la viabilidad de establecer un sistema central para que la OMPI haga constar los cambios en las patentes y en las solicitudes de patente con efecto para las oficinas de la propiedad intelectual participantes. En junio de 1997 se celebró una Reunión de consultores sobre la inscripción centralizada de cambios relativos a las patentes que decidió que este tema se volvería a tratar en una próxima reunión del SCP. La OMPI también estudiará los problemas jurisdiccionales relativos a las patentes, tal como se ha expuesto en el ejemplo ilustrado anteriormente, que se plantean cada vez más en los medios digitales mundiales, de conformidad con el Comité Asesor sobre el ejercicio de los derechos de propiedad industrial.

En cuanto a las marcas comerciales, La OMPI ha examinado esas cuestiones relativas al uso de marcas en Internet. El Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas (SCT) ha comenzado un estudio sobre la conveniencia y la viabilidad de armonizar las normas nacionales concernientes a circunstancias en las que la utilización de una marca en Internet constituye utilización o infracción de una marca. El SCT se reunió en junio de 1999 para debatir los resultados del estudio y para considerar la conveniencia de

armonizar las legislaciones nacionales o regionales relativas al uso de marcas y otros signos en Internet y hasta dónde debería llegar dicha armonización. Tras esos debates, la Oficina Internacional preparó un cuestionario con situaciones hipotéticas concernientes a cuestiones jurídicas relativas a la utilización de marcas en Internet. El cuestionario debía ser contestado por cada delegación de acuerdo con su legislación nacional. Las respuestas recibidas mostraron una amplia divergencia de opiniones en relación con la utilización de marcas en Internet. La Oficina Internacional ha preparado también un documento de exposición de problemas que intenta determinar las áreas en las que la cooperación internacional en el marco de la OMPI parece ser necesaria y alcanzable de manera realista. Este documento contiene también un conjunto de posibles principios de debate, y será el tema de debate de las reuniones del SCT en marzo de 2000.

Como conclusiones generales prácticas, podemos decir que:

- Las leyes que regulan el derecho de autor son perfectamente aplicables al ciberespacio¹⁴⁷
- Quien voluntariamente introduce una obra propia en Internet presta consentimiento tácito al uso personal, entendiendo por tal el almacenamiento en el disco rígido y la impresión de una copia para sí mismo, sin derecho a darle un nuevo uso a la misma y en la medida que dicho uso no perjudique la normal comercialización de dicha creación. En efecto, el consentimiento es tácito porque la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud y circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, como es el caso de incorporar una obra en el ciberespacio sin restricciones ni claves de acceso.
- Hasta cuando exista un sistema unificado de gestión colectiva de los derechos sobre las obras difundidas por Internet -por parte de las

¹⁴⁷ En el mismo sentido, Renato Jijena, Ob. Cit. Nota 124 “Teóricamente no cabe duda alguna respecto a que las leyes autorales pueden ser aplicadas a Internet, ya que las redes telemáticas simplemente son nuevas formas de reproducir en el espacio virtual, mediante soportes magnéticos y frente a terceros: libros, cuadros, canciones, programas computacionales, etc.. Ergo, es bizantino discutir en orden a si es necesario o no modificar el fondo del derecho autoral o la ley de propiedad intelectual para permitir su aplicación en el entorno digital, máxime cuando la norma jurídica protege a las obras "desde su creación" o sanciona a quienes las reproduzcan sin derecho o sin autorización, "por cualquier medio" o "por cualquier procedimiento".

sociedades de autores y productoras de fonogramas- no podrá ser garantizado de manera efectiva el respeto por creación musicales

Capitulo II

Intercambio de bienes y servicios a través de Internet

2.1- Cuestiones preliminares

“El derecho de los contratos es una de las áreas que más se ve afectada con la llegada de Internet, pues muchas de las concepciones tradicionales deberán cambiar para adaptarse al nuevo entorno digital que surge a fines del siglo XX e inicios del XXI. Estos cambios muchas veces confunden a juristas y a los Estados, y pueden producir un caos jurídico de no comprender las diferencias radicales que surgen entre los nuevos contratos electrónicos y los tradicionales”¹⁴⁸.

En el presente capítulo intentaremos dar una visión lo más completa posible de como se produce este intercambio y de cuales son las principales instituciones jurídicas que inciden en él, así como, los efectos jurídicos que este produce, procurando dar una visión exhaustiva desde el punto de vista del consumidor –fundamentalmente para intentar darle seguridad¹⁴⁹- y entendiendo que éste intercambio de bienes y servicios, se da a través de

¹⁴⁸ Ob. Cit nota N° 69.

¹⁴⁹ Entendiendo que esta seguridad facilitara que los consumidores utilicen la red para sus transacciones y además teniendo en cuenta que nuestro país ha firmado una serie de acuerdos internacionales que consideran la protección del consumidor como uno de sus puntos relevantes. Por ejemplo, el 25 de junio de 1996 Chile firmó un acuerdo de complementación económica con el Mercosur dentro del marco de A.L.A.D.I. En dicho acuerdo de complementación económica se trataron una serie de materias con el fin de instar a la liberación del comercio entre los países miembros los cuales se incluyen temas tales como un plan progresivo de desgravación arancelaria, normas sobre integración física, servicios, transportes entre otros. Dentro de este espíritu de integración regional no podemos dejar de mencionar que se ha producido entre los países miembros un interesante esfuerzo por homogeneizar las legislaciones en las áreas más sensibles del que hacer económico dentro de las cuales debemos contemplar el régimen de protección del consumidor. Del mismo modo nuestro país y el Mercosur en su acuerdo de asociación establecieron en el título VI del acuerdo un conjunto de normas sobre la defensa de la competencia y del consumidor. Es así como en los artículos 191 y 202 del acuerdo se establece que los países miembros del acuerdo, deberán

Internet y normalmente se denomina "contratación electrónica", siendo ésta "aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo"¹⁵⁰¹⁵¹ .

Según lo señala Juan José Obando¹⁵², las principales características de la contratación electrónica internacional serán:

- a- Que las operaciones se realizan por vía electrónica o digital
- b- Se prescinde del lugar donde se encuentran las partes
- c- No quedan registros en papel (p.e. facturas)

dirigir sus acciones en conjunto para instar a un trato igualitario para los productores de bienes y servicios desde el punto de vista de la protección al consumidor.

¹⁵⁰ Cornejo López, Valentino, "testigos electrónicos ante la dificultad de la contratación electrónica en el derecho mexicano", Revista Electrónica de Derecho Informático, N°35, junio de 2001. <http://vlex.com/redi>.

¹⁵¹ Para tener una definición de contratación electrónica elaborada por la CNUDMI véase, el documento denominado "Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención", elaborado en su 39 periodo de sesiones, que señala "Aunque la utiliza a menudo en sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo no ha definido la expresión "contratación electrónica". No obstante, de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se desprende que está expresión se ha utilizado para referirse a la formación de contratos por medio de comunicaciones electrónicas, o "mensajes de datos" en el sentido del apartado a) del artículo 2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. Esta interpretación de la expresión "contratación electrónica" concuerda también con el significado que se da a la expresión en textos jurídicos. Efectivamente, la "contratación electrónica" se considera como "un método de formar contratos, y no un subconjunto basado en una materia especializada cualquiera".

¹⁵² Obando, Juan José, Ob.cit Nota N°69

- d- Que la importación del bien no pasa por las aduanas (en el comercio electrónico directo)
- e- Se reducen drásticamente los intermediarios
- f- Que se efectivizan más rápidamente las transacciones (compresión del ciclo transaccional)

2.2- Principales clasificaciones que presentan los contratos electrónicos

Los contratos electrónicos pueden ser clasificados mediante las clasificaciones básicas que estudiamos en la teoría general de los contratos, aunque nuestro estudio se centrará en 2 clasificaciones que son las más relevantes para este tipo de contratos, además de ser las que han generado mayores discusiones en doctrina, estas son:

- En cuanto a si los contratos serán de libre de discusión o de adhesión, lo cual será de vital importancia, principalmente para los consumidores, ya que el contrato al ser de adhesión se encuentra sujeto a una serie de limitaciones que han establecido como normas de orden público las diversas leyes

de protección a los consumidores, y que tienen por objeto proteger a éstos últimos de posibles abusos, derivados de la desigualdad económica de las partes.

- En cuanto a si los contratos generados serán entre presentes o entre ausentes, cuestión que será relevante para poder determinar el momento de formación del consentimiento.

2.2.1-Contrato de libre discusión o contrato de adhesión

Para abordar esta clasificación, creemos importante comenzar preguntándonos bajo que principio se ha ido materializando la evolución del comercio electrónico internacional. Según la mayoría de los autores, el derecho contractual electrónico se ha venido desarrollando bajo el principio de la consensualidad de las partes, ya que ellas –al no existir una regulación internacional obligatoria- han sido quienes crean estos contratos y se obligan ,en base, a las cláusulas y según la interpretación que ellos mismos han redactado.

Lo anterior funciona muy bien cuando analizamos el B2B, ya que las empresas poseen una cierta igualdad económica que los deja con posibilidades de negociar, pero para el B2C este principio es más aparente

que real, puesto que a los a los consumidores se les presentan una serie de modelos contractuales y disposiciones normativas, a las cuales el usuario solo adhiere, sin que tener la posibilidad de fijar las normas de su contrato, lo cual ha derivado en que los consumidores se ven expuestos a posibles ¹⁵³.

De lo anterior, queda claro que para clasificar el contrato tendremos que analizar cuales son las partes, señalando que por regla general los contratos que deriven del B2B serán de libre discusión, a diferencia de los que deriven del B2C que serán contratos de adhesión¹⁵⁴.

Por contrato de libre discusión entenderemos aquel en que las partes fijan de común acuerdo –mediante una negociación- las distintas cláusulas

¹⁵³ La crítica principal que se formula es que los proveedores de servicios electrónicos a través de Internet se están convirtiendo en legisladores, sin que los Estados intervengan en el proceso (es lo que se ha venido a llamar la anarquía del Estado cibernético). Hasta tal punto ha llegado la anarquía –por la falta de una regulación internacional-, que los proveedores de servicios señalan ámbitos de competencias y condiciones de reclamación o procedimientos para su ejercicio, que los consumidores se ven obligados a aceptar, aunque como señalaremos más adelante estas cláusulas no tienen validez en nuestra legislación porque atentan contra los derechos básicos de los consumidores que establece la ley 19.496

¹⁵⁴ Para tener una noción más clara sobre que debemos entender por contrato de adhesión, véase:

- Meza Barros, Ramón, “Manual de Derecho Civil, de las Fuentes de las Obligaciones”, tomo I, Editorial jurídica de Chile, VIII edición, pág. 19, el contrato de adhesión es aquel en que “una de las partes formula las condiciones del contrato y la otra se limita a prestar su aprobación o adhesión a dichas condiciones en block”.
- Alessandri, Somarriva, Vodanovic, “Derecho Civil parte preliminar y general”, tomo II, pág. 200, Editorial Conosur Quinta edición, 1991, nos señalan que “hay contratos en que no hay margen a discusión alguna, pues una de las partes, el oferente, fija de antemano todas las condiciones del contrato; la otra parte puede sólo adherir a ella o rechazarlo”
- López Santa María, Jorge, “Los Contratos, parte general”, pág. 107, Editorial Jurídica de Chile, 1986, señala que “el contrato de adhesión o por adhesión es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque adhiriendo a ellas”
- Por último podemos mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico la ley del consumidor -ley 19.496- en su artículo 1° ha definido lo que debemos entender por contrato de adhesión y señala que será “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”.

del contrato. Por otro lado el contrato de adhesión será aquel que se produce cuando una de las partes fija a su arbitrio las condiciones del contrato, sin que haya existido una posible negociación, y entendiendo que este contrato es producto del desequilibrio económico que presentan las partes¹⁵⁵ (en doctrina se han elaborado distintos mecanismos que tienden a morigerar los efectos de este desequilibrio¹⁵⁶)

Entonces, cuando estemos ante un contrato celebrado mediante la contratación electrónica, será de vital importancia esta clasificación ya que al ser un contrato de adhesión podrán aplicárseles todas las normas de protección a los consumidores¹⁵⁷. A nivel internacional según los distintos

¹⁵⁵ Según Davara Rodríguez "...hay que tener en cuenta que la situación de desequilibrio del típico contrato de adhesión se agrava en el caso de la que hemos llamado contratación informática, debido al desconocimiento que el usuario, una de las partes, tiene de las técnicas informáticas en general y de los detalles de funcionamiento e implementación de una determinada máquina con unos determinados programas, en particular". Citado por el profesor Humberto Carrasco Blanc, en su obra "Contratos informáticos y ley del consumidor chilena", <http://vlex.com>, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°15, octubre de 1999

¹⁵⁶ Tanto Alessandri como López Santa María describen que los principales medios para garantizar la libertad de los derechos de los adherentes serían el contrato dirigido o la reglamentación legislativa de las condiciones generales de estos contratos, la homologación por el poder público de los modelos de contratos estandarizados que se van a ofrecer después a los consumidores, la creación de contratos bilaterales entre grupos antagónicos. Obras citadas en la nota N°154.

¹⁵⁷ Respecto a la aplicación de las normas de protección a los consumidores en los contratos de adhesión resulta importante también analizar lo señalado por la CNUDMI en su guía de incorporación de la ley modelo sobre comercio electrónico, en lo relativo a su artículo 5 bis referente a la incorporación por remisión. Aquí se señal "Otro de los objetivos de la disposición es reconocer que no debe interferirse en la legislación sobre protección del consumidor ni en otras leyes nacionales o internacionales de carácter imperativo (por ejemplo, las normas para proteger a la parte más débil en los contratos de adhesión). Este resultado puede obtenerse también dando validez a la incorporación por remisión en el ámbito electrónico "en la medida en que lo permita la ley", o enumerando las normas de derecho que no se ven afectadas por el artículo 5 bis. No debe interpretarse el artículo 5 bis en el sentido de que crea un régimen jurídico específico para la incorporación por remisión en el ámbito electrónico. Conviene más bien entender que el

estudios elaborados por la CNUDMI y la Cámara de Comercio Internacional, podemos ver que se deja en claro, en los distintos estudios elaborados que debe excluirse la aplicación de estas posibles convenciones a los contratos realizados con consumidores¹⁵⁸.

artículo 5 *bis*, al establecer un principio de no discriminación, permite que las reglas internas aplicables a la incorporación por remisión con soporte de papel sean igualmente aplicables a la incorporación por remisión con fines de comercio electrónico. Por ejemplo, en una serie de jurisdicciones, las normas de derecho imperativo existentes sólo reconocen la incorporación por remisión si se cumplen las tres condiciones siguientes: *a*) la cláusula de remisión se inserta en el mensaje de datos; *b*) el documento de referencia, y concretamente sus condiciones generales, son conocidos realmente por la parte contra la que pueda esgrimirse el documento de referencia, y *c*) el documento de referencia es aceptado, además de ser conocido, por dicha parte”.

¹⁵⁸ Véase, ob. cit nota N°6 “Como se refleja en las respuestas al cuestionario, el Grupo de Expertos estima que es necesario brindar orientaciones con respecto a los contratos con consumidores celebrados por medios electrónicos. No obstante, por pragmatismo, el Grupo de Expertos recomienda que, por diversas razones, los contratos con consumidores se excluyan de las negociaciones de la CNUDMI relativas a la convención. En primer lugar, muchos Estados consideran los derechos de los consumidores como una cuestión de orden público, de modo que podría resultar muy difícil llegar a un acuerdo sobre cualesquiera normas sustantivas. Si se desea que la convención sea aplicable a las transacciones con consumidores, se suscitarían probablemente tantas controversias en las deliberaciones que se correría un riesgo considerable de no lograr consenso alguno. Otra preocupación que se plantea es que no sería posible dejar un margen suficiente para el principio de la libertad contractual si se incluyen las transacciones con consumidores. En cuanto a los medios de excluir las transacciones con consumidores, el Grupo de Expertos recomienda que se utilice la misma definición que en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, como se sugiere en el párrafo 16 de la Nota de la Secretaría. Esto permitiría aprovechar la experiencia y la jurisprudencia relacionadas con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Es posible establecer una gran variedad de definiciones de la expresión “transacciones con consumidores”. La solución óptima sería que se utilizara la misma definición en todos los instrumentos (nacionales o internacionales), pero éste no será el caso en el futuro previsible. El Grupo de Expertos recomienda por lo tanto que la CNUDMI utilice la misma definición que en todas las convenciones de la CNUDMI. El apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (“salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”) puede crear problemas en el entorno electrónico, dado que la calidad de consumidor o comerciante de la otra parte puede quedar oculta (véanse los párrafos 18 y 19 de la Nota de la Secretaría). Este problema debería examinarse más a fondo. El Grupo de Expertos recomienda que se incluya en la nueva convención la redacción del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa relativo al conocimiento del vendedor”.

2.2.2.1. ¿Cuándo podremos clasificar un contrato electrónico como contrato de adhesión?

En este contexto creemos que debemos hacer una distinción entre los contratos que se generen en el B2B y los generados en el B2C.

En un principio podemos decir que los contratos realizados en el B2B no podrán ser clasificados nunca como contratos de adhesión, ya que el artículo 2º inciso 1º de la ley del consumidor dispone que "Sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor." Esta disposición nos obliga a remitirnos al artículo 1º de la ley en donde se define que debemos entender por consumidores y proveedores¹⁵⁹. De lo anterior, entonces, queda claro que por regla general no puede aplicarse la normas de protección a los consumidores cuando estamos en presencia de un contrato celebrado por 2 empresas, y esto se da aún cuando el contrato que celebra una empresa

¹⁵⁹ Consumidores: Las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios."

Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o

tenga para ella el carácter de civil, ya que por el principio de la accesoriadad, este acto pasa a ser un acto comercial.

A pesar de lo expresado, existen ciertas opiniones –que se fundamentan en alguna jurisprudencia- y que nos señalan que en algunas oportunidades aún siendo un acto comercial –según el principio de accesoriadad- se ha aplicado la ley del consumidor a determinados actos que ha celebrado el consumidor comerciante¹⁶⁰. Esta doctrina nos parece bastante apropiada ya que el fin de estas normas de protección para los contratos de adhesión tiene por objeto intentar reestablecer la igualdad de los contratantes evitando cláusulas abusivas. Si pensamos en una pequeña empresa nacional que contrata vía Internet con una gran transnacional, nos daremos cuenta que la desigualdad económica entre las partes es inmensa, por lo cual se podrían hacer aplicables las normas de protección que

comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa."

¹⁶⁰ El profesor Humberto Carrasco Blanc. Nos señala que “la Corte de Apelaciones de Concepción, en un fallo no publicado caratulado " Gonzalez con Sociedad Comercial Kaufmann S.A.", Rol N° 85-98, dictado el cinco de marzo de 1999, aplico la ley del consumidor a una causa en que el demandante había comprado un camión a la demandada que se dedicaba a la venta de vehiculos motorizados, teniendo el demandante como actividad principal el transporte de madera. En todo caso, la Corte no se pronunció expresamente sobre esta cuestión condenando a la demandada en virtud de la ley en comento”. Ob. Cita. Nota N°155.

establece la ley del consumidor, o se debería tener como un punto a considerar a la hora de resolver conflictos en un tribunal arbitral¹⁶¹.

En cuanto al B2C, podemos decir que por regla general tienen total aplicación las normas de protección a los consumidores ya que será un contrato que se realiza entre un proveedor (empresa) y un consumidor, pero ahora lo importante será determinar si el contrato en cuestión es un contrato gratuito u oneroso, ya que según el concepto de consumidor que nos entrega la ley en su artículo 1, serán consumidores las personas naturales o jurídicas que en virtud de cualquier acto jurídico “oneroso” adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales bienes o servicios. Entonces, la ley sólo se aplica cuando entre la empresa y el consumidor se ha celebrado un acto jurídico que tiene el carácter de oneroso. Lo anterior adquiere real importancia cuando, por ejemplo, analizamos como se han ido generando las cuentas de correos electrónicos, ya que la mayoría de las personas está suscrita a una cuenta de correo electrónico gratuita, en donde, aunque estemos en presencia de un contrato de adhesión que se celebra entre una

¹⁶¹ En todo caso, creemos importante señalar que con lo que acabamos de enunciar no estamos intentando aplicar normas ultra-protectoras, que, en definitiva, siempre paralizan el tráfico comercial internacional, sino, más bien, estamos señalando que las empresas internacionales deben ser más cuidadosas a la hora de celebrar sus contratos, entendiendo, que se deben respetar las distintas normas de orden público –en donde encontramos la normativa de derecho del consumidor- que posean los demás países.

empresa y un usuario, éste último no puede ser incluido dentro del concepto de consumidor, por lo cual no puede ser aplicada esta normativa¹⁶².

Otro punto importante a considerar en la contratación electrónica y que genera bastantes problemas, serán los aspectos procesales que contiene esta ley, que están tratados en el título IV – artículos 50 a 56-. Decimos que se generaran problemas porque la ley en su artículo 50 señala que “será competente para conocer de las acciones a que de lugar la aplicación de la presente ley el Juez de Policía Local de la comuna en que se hubiere celebrado el contrato respectivo, o en su caso se hubiere cometido la

¹⁶² Pero coincidimos con lo señalado por el profesor Carrasco cuando señala que existen otros mecanismos que pueden ser utilizados en caso de que existan cláusulas abusivas –cuando no podemos utilizar la ley del consumidor-, dentro de los cuales estarían:

1. - La teoría de los vicios del consentimiento.
2. - El principio de buena fe consagrado en materia contractual en el artículo 1546. Este principio serviría para privar de eficacia a las cláusulas leoninas atendido a que el contrato debe cumplirse de manera que sus estipulaciones no signifiquen una infracción al deber de colaboración y lealtad que cubre toda la existencia del contrato, e incluso, que se aplica antes y después de la existencia del mismo como ya se ha expresado.
3. - El orden público, que constituye uno de los límites a la autonomía de la voluntad, puede constituir una herramienta importantísima para que los tribunales restrinjan el uso de cláusulas abusivas.
4. - Las normas de interpretación de los contratos que se encuentran en los artículos 1560 y siguientes, en especial, el artículo 1566 que se refiere a las cláusulas ambiguas y el artículo 1560 que da primacía a la intención de los contratantes por sobre lo literal de las palabras.
- 5.- Los derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución constituyen importantes límites al establecimiento de cláusulas abusivas ya que las normas que consagran tales derechos deben aplicarse en forma inmediata y directa. En virtud de este planteamiento estas normas constitucionales no solo tienen aplicación vertical. Ob.cit nota N°9.

Nosotros agregaríamos a esta enumeración la teoría de la imprevisión y la teoría del abuso del derecho.

infracción o dado inicio a su ejecución”. Si nos imaginamos por ejemplo un contrato de prestación de ciertos servicios informáticos, los elementos anteriormente mencionados no nos sirven ya que traen aparejado el concepto de lugar, y en la contratación electrónica el contrato se desarrolla en un espacio virtual, sin que este definido el lugar donde se encuentran las partes. Buscando una solución veremos que nuestro código de comercio en su artículo 104 -se inclina por la teoría de la declaración o aceptación- dispone “residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”. Pero creemos que esta norma no soluciona el problema, pues no deja en claro cual será el juez competente y bien podríamos entender que quien acepta la propuesta es la empresa (imaginemos si un consumidor chileno pretende comprar por Internet un libro), con lo cual resultaría letra muerta las normas de protección a los consumidores. Nuestra opinión es que la ley requiere una modificación que establezca en forma clara que el consumidor siempre puede demandar ante el juez que le corresponda a su domicilio, y en caso que no se aplique la ley del consumidor, quede completamente claro el lugar en que se encuentran las partes. En este sentido, podemos

encontrar el estudio publicado por CNUDMI que en su 39 período de sesiones analizo varios aspectos jurídicos del comercio electrónico, principalmente en cuanto a la contratación electrónica y a crear disposiciones para un proyecto de convención, en donde, en su capítulo III analiza el tema de la ubicación de las partes y se concluye que “en un nuevo instrumento internacional sobre contratación electrónica, el Grupo de Trabajo se planteara formular normas que exigieran a las partes que un contrato concluido electrónicamente, indicara claramente donde estaban ubicados sus establecimientos permanentes”.

Ya habiendo estudiado cuando podrán ser aplicadas las normas de derecho del consumidor, nos corresponde hacer una breve reseña de cuales serán las principales normas que se utilizaran y cual será su efecto en la contratación electrónica¹⁶³. A este respecto podemos decir que nuestra ley del consumidor en su párrafo 4 –artículos 16 y 17- nos entrega “normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”.

¹⁶³ Estando de acuerdo en el profesor Carrasco cuando señala “Creemos que los contratos en que las condiciones están predispuestas son absolutamente necesarios y ello es consecuencia del tráfico mercantil de hoy en día. Sin embargo, el hecho de reconocer la necesidad de este tipo de cláusulas predispuestas (en nuestro caso cláusulas relativas a materias informáticas), no significa que las aceptemos sin ninguna

Dentro de estas normas el artículo 16 prescribe que “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que....”¹⁶⁴. Para continuar realizando una enunciación, que consta de 6 letras, en donde establece las circunstancias por las cuales una cláusula no producirá efecto.

A nuestro modo de ver aquí adquieren una especial importancia para la contratación electrónica internacional, las enunciadas en las letras C, D y E, y también lo dispuesto en el inciso final cuando señala que si en estos

reserva, ya que en la mayoría de los casos implican la creación de situaciones abusivas”. Ob. Cit. Nota N°9.

¹⁶⁴ **Artículo 16°.**- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

- a. Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen;
- b. Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;
- c. Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;
- d. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- e. Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y
- f. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.

Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro,

contratos se hubiera designado un arbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa¹⁶⁵.

Luego el artículo 17 de la ley nos señala algunas características que deben tener los contratos de adhesión, como son el que deberá constar de un modo legible¹⁶⁶, escriturado en idioma castellano y requiere la firma de ambas partes¹⁶⁷.

para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁶⁵ Esta posibilidad de recusación cobra notoria importancia ya que en la contratación electrónica el procedimiento general de solución de conflictos ha sido el arbitraje, de hecho si vemos los distintos procedimientos que se han establecido a nivel internacional todos son mediante árbitros (por ejemplo, el procedimiento en caso que existan problemas con nombres de dominio, el magistrado virtual, etc.)

¹⁶⁶ Aquí nos parece de importancia mencionar lo señalado por el profesor Carrasco, cuando señala que “Existe otra situación que se presenta comúnmente en la contratación moderna y es la redacción de los contratos con referencias o reenvíos (expresa o tácitamente) a otros documentos que no se encuentren a la vista al momento de celebrar el contrato. En los contratos informáticos es típica esta situación, donde hay innumerables referencias a otros textos y documentos informáticos. Pensamos que en este caso estas referencias o reenvíos, no contribuyen a que los documentos sean legibles. El que un contrato sea legible significa, no solo que no exista "letra chica", sino que además, debe ser descifrable. En nuestra opinión, los contratos informáticos que contengan estas referencias no son legibles mientras los documentos no se encuentren en poder del usuario al momento de contratar” Ob. Cit. Nota N°155.

¹⁶⁷ **Artículo 17°.**- Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

No obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de

Por último nos parece interesante mencionar lo señalado por el profesor Carrasco cuando dice que los abogados deberemos tener especial cuidado al momento de redactar contratos informáticos, ya que la ley del consumidor contiene una serie de disposiciones que deberemos aplicar¹⁶⁸. A su vez nosotros podemos mencionar que en el proyecto de Comercio electrónico, firma electrónica y mensajes de datos, en su título II, capítulo II, trata sobre los derechos del usuario de consumo, realizando una breve enunciación de cuales serán estos derechos¹⁶⁹

inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales.

¹⁶⁸ “No es objeto de esta obra realizar un tratamiento detallado de la ley del consumidor y su aplicabilidad a la contratación que estamos estudiando. A pesar de ello podemos enunciar las materias reguladas por esta normativa que los abogados deberán tener presente al redactar contratos informáticos. Esta ley contiene normas sobre deberes del proveedor y del usuario (artículos 12, 13 y 24), responsabilidad por paralización, suspensión o no prestación de un servicio contratado (artículos 20 y 25), obligación de garantía legal y convencional (Artículos 20,21,22), garantía en el caso de los servicios (artículo 40 a 43), responsabilidad del fabricante (artículo 46), etc”, Ob. Cit. Nota N°155.

¹⁶⁹ DE LOS DERECHOS DEL USUARIO DE CONSUMO

Art. 39.- Protección al usuario: Se garantizan los derechos de los usuarios de servicios de certificación y de quienes actúen intercambiando mensajes de datos, o efectuando transacciones de cualquier tipo relacionadas con el acceso a Internet, Comercio Electrónico, otros medios de comunicación y Tecnologías de Información.

Art. 40 .- Información: El Oferente en internet deberá informar al usuario, en forma objetiva, veraz y en detalle lo que se está adquiriendo, para que sirva y como utilizarlo.

Art. 41.- Contratos de consumo: Luego de celebrados estos contratos, el Usuario o adquirente tiene el derecho de desistir del contrato veinte y cuatro horas después de suscrito el mismo. Dentro de éste término el Usuario será responsable por los gastos que hubiere ocasionado al Oferente por ese contrato. En caso de no notificar dicho desistimiento dentro del término señalado el Usuario será responsable del pago o de los daños y perjuicios que le cause al Oferente.

Art. 42.- Privacidad: Como privacidad del usuario se entiende el derecho a la intimidad y el derecho a no recibir información o mensajes no solicitados. Para el envío o recepción de mensajes o información directamente o mediante cadenas, el usuario deberá haber suscrito una autorización expresa al iniciador o emisor del mensaje de datos.

2.2.2-Contrato entre presentes o contrato entre ausentes

El contrato entre presentes según lo entiende la doctrina es “aquel que se celebra entre personas que se encuentran reunidas en un mismo lugar, entre personas que están una frente a la otra, y contrato entre ausentes los que se celebran entre personas que se encuentran en distintos lugares”¹⁷⁰ (esta es la postura de Somarriva)

También existe la postura del profesor Alessandri quien señala que contratos entre presentes son aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo de ser formulada”¹⁷¹.

El usuario podrá solicitar en cualquier momento su exclusión de cadenas de mensajes o de bases de datos en las cuales conste inscrito. En caso de violarse el derecho a la privacidad, el usuario podrá iniciar las acciones que le concede la Ley y el iniciador o emisor del mensaje de datos será condenado al pago de la respectiva indemnización por daños y perjuicios.

Art. 43 .- Prohibición de oferta: Una vez rechazado una oferta electrónica por parte del Destinatario del mensaje, el Oferente no podrá seguir enviando mensajes si hay oposición para recibirlos. En caso de incumplimiento, el Oferente será condenado a cumplir con una indemnización por daños y perjuicios de acuerdo a lo determinado por la autoridad competente.

¹⁷⁰ Ob. Cit. Nota N°154, pág. 202

¹⁷¹ Ob. Cit. Nota N°154, pág. 202

La mayoría de los autores de habla hispana, tanto a nivel nacional como internacional¹⁷², describen que los contratos generados en la contratación electrónica deben ser considerados entre ausentes¹⁷³. Por otro lado, nos encontramos con las legislaciones de países como Estados Unidos y Canadá, en donde se hace necesario distinguir entre los contratos generados mediante correo electrónico –que se aplicarán las reglas de los contratos entre ausentes- y los contratos generados “*on line*” en un sitio *Web* –que se aplicaran las reglas de contratos entre presentes-.¹⁷⁴

¹⁷² Por ejemplo, Xavier Ribas, en su documento "Comercio electrónico en Internet, aspectos jurídicos", Revista Electrónica de Derecho Informático N°1 agosto de 1998, afirma que en cuanto a las compraventas por Internet, al ser contratos entre ausentes "se aplica la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, del 15 de enero de 1996". Expresa el autor, que "sobre la calificación de las transacciones de comercio minorista en Internet como ventas a distancia, entendemos que caben perfectamente en la definición que da la Ley: Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza. Puede defenderse la tesis de que la propuesta de contratación del vendedor no se transmite, sino que permanece estática en un servidor a la espera de que los clientes potenciales la consulten, pero en cualquier caso, es evidente que la venta minorista a través de Internet está más cerca de la figura legal de la venta a distancia que de la venta tradicional en una tienda." Debe aplicarse la Ley 26/1991 del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Allí "se exige que se conceda al consumidor o comprador un plazo de 7 días para desistir de la operación y devolver el material adquirido sin justa causa. Aunque esto no es aplicable a operaciones de cuantía inferior a las 8000 pesetas".

¹⁷³ En este sentido, Renato Jijena Leiva en "Comercio Electrónico y Derecho. La problemática jurídica del comercio electrónico". También Humberto Carrasco Blanc en "aspectos de la formación del consentimiento electrónico". Ver en Internet <http://www.vlex.com/redi>.

¹⁷⁴ "Podemos notar, que a excepción de Estados Unidos y Canadá, la gran mayoría de autores de distintos países, han considerado a las compraventas en Internet en su totalidad como contratos entre ausentes, y por lo tanto se hace necesaria la aplicación de las reglas tradicionales de estos contratos. Pareciera que la posición norteamericana aventaja al resto del mundo, en cuanto a la percepción de 2 tipos de contratos: 1- Los realizados vía correo electrónico; y 2- Los realizados directamente en un sitio Web". Ob.cit Nota N°69

Según nuestra opinión, la postura correcta y que debería prevalecer en un futuro es la que ha seguido Estados Unidos y Canadá, ya que tal como lo describía el profesor Alessandri la distinción sobre contratos entre presentes y ausentes dice relación con la posibilidad que la aceptación sea conocida de forma inmediata, en consecuencia, en el caso de la contratación electrónica que se produce en un sitio *web* –que se esta realizando “*on line*”- deberíamos hacer aplicables las normas que rigen los contratos entre presentes, pues la inmediatez que se desarrolla en este tipo de contratación es evidente¹⁷⁵.

¹⁷⁵ En el mismo sentido, Juan José Obando, “Ni los autores españoles, chilenos o de Luxemburgo, hacen referencia a lo distinto que resulta la contratación directa en páginas Web. Esto es preocupante, pues la diferencia que presenta con los contratos tradicionales entre ausentes, es bastante. No podemos obviar, que nos encontramos en una época en donde la tecnología brinda cambios en las percepciones de los actos tradicionales del ser humano. Estamos ante la presencia de una era digital, y no siempre podemos aplicar normas tradicionales como solución a los nuevos problemas jurídicos. Al menos, en cuanto a la contratación en página Web, no podemos afirmar que exista un espacio y tiempo que separe las comunicaciones de las partes, de tal forma que se requiera aplicar normas creadas para los contratos por carta. Debemos tener en cuenta la diferencia. Mediante correo electrónico, existe un lapso de tiempo considerable entre las comunicaciones de las partes, por lo que se pueden aplicar las normas de contratación a distancia. Pero en los contratos en una página Web, el consumidor simplemente se limita a elegir el producto deseado, como si estuviera en una tienda real, y posteriormente pone el producto en un "carrito de compras" que le facilita la página (igual que en la vida real). Por último, aporta el número de tarjeta de crédito y presiona un botón de "acepto" con lo cual se perfecciona el contrato. Creemos que se equivoca el autor Capote, al afirmar que "la mayor celeridad del medio empleado no puede igualarse al mutuo consenso que de forma instantánea se genera entre presentes". Hoy pareciera que esto si se puede. La celeridad es tal, que nos encontramos en un momento de similitud entre las compras en el ciberespacio y las del supermercado.

Por ello, no podemos aplicar en la totalidad de los casos, las normas referentes a la contratación entre ausentes, ya que esto implicaría no tomar en cuenta la verdadera naturaleza de Internet, sería obviar el cambio que se produce en una era digital con el comercio electrónico, sería ignorar que ha desaparecido el espacio y el tiempo en las comunicaciones a distancia. Para bien o para mal, el mundo está cambiando, y con él las relaciones comerciales. Por lo tanto el derecho debe adaptarse, y no podemos conformarnos con posiciones temerosas en las cuales está ausente la percepción de una nueva realidad; el comercio ciberespacial”. Ob. Cit. Nota N°69

La importancia práctica que trae aparejada esta distinción, radica en la determinación del momento en que se formará el consentimiento, lo cual importará –según lo describe Alessandri- para determinar las condiciones de validez del contrato, cual será la legislación aplicable, el hacer imposible la revocación de la oferta, la determinación si hubo objeto ilícito y que desde este momento comienza a correr el tiempo de prescripción o caducidad para ciertas acciones.

En doctrina se han elaborado una serie de teorías para determinar el momento en que se forma el consentimiento en los contratos entre ausentes¹⁷⁶, aunque casi toda la doctrina se encuentra de acuerdo que nuestro Código de Comercio ha seguido la teoría de la declaración o aceptación dado que el acto quedará perfecto desde la aceptación no importando si el proponente se ha enterado de ella¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Estas son la teoría de la declaración o aceptación, la teoría de la expedición, la teoría de la información o del conocimiento y la teoría de la recepción.

¹⁷⁷ Distintas son las normas que se suelen citar para demostrar que nuestro ordenamiento jurídico ha aceptado expresamente dicha teoría. Por ejemplo Alessandri, nos menciona principalmente, el artículo 99 de nuestro Código de Comercio, cuando señala que el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación. También el artículo 101 del mismo Código corrobora lo anterior al decir “dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales”. Por último se menciona el artículo 104 del mismo cuerpo legal que determina el lugar donde se entiende celebrado el contrato y señala que será en la residencia de quien hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”.

2.3- Aspectos de la formación consentimiento

2.3.1- Palabras Preliminares.

Antes de comenzar a tratar la formación del consentimiento en la contratación electrónica nos interesa advertir que la mayor parte de los autores cuando han tratado el tema, lo han analizado señalando que en la contratación electrónica el contrato se forma mediante un consentimiento “electrónico”, y como éste tiene características especiales, debe intentar adecuarse a las normas existentes. A nuestro modo de ver aquí es donde se forma una distorsión y se hace creer al lector que existen 2 tipos de consentimiento, uno real y uno electrónico. Nosotros disentimos con esta postura, ya que creemos que el consentimiento es sólo uno, independiente del medio que se use para lograr la manifestación de voluntad que será necesaria para formar el consentimiento, parafraseando a Hance diremos que “ el contrato celebrado a través de Internet es ante todo un contrato”¹⁷⁸. Hecha esta aclaración, nos abocaremos a estudiar –entendiendo que la contratación electrónica se realiza por un medio particular- cuales son las

¹⁷⁸ Citado por el profesor Humberto Carrasco Blanc, ob. Cit. Nota N°22

características propias de esta contratación que hacen de difícil aplicación las normas generales de la formación del consentimiento.

Tradicionalmente se ha señalado que el consentimiento se forma por la reunión sucesiva de la oferta y de la aceptación a ella. Si dividiéramos los puntos clave en la etapa de formación del consentimiento, diríamos que son primeramente la oferta, luego la aceptación y por último el momento y lugar donde se ha formado el consentimiento. Este es el esquema básico que se usa para el análisis de este tema, pero nosotros lo adaptaremos según el último trabajo de la CNUDMI, distinguiendo entre cuestiones generales (expresión del consentimiento, recepción y envío, oferta y aceptación y momento y lugar de formación del consentimiento) y cuestiones especiales (sistemas informáticos automatizados, tratamientos de equivocaciones y errores, etc), además de distinguir entre la contratación que se produce vía correo electrónico y la que se genera “*on line*”, cuando contratamos directamente en la página *Web* de alguna empresa¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Nos parece importante advertir desde ya lo que ha señalado la Cámara de Comercio Internacional en el trabajo relativo a las observaciones que dicho organismo realizó a las disposiciones de un proyecto de convención para la contratación electrónica elaborado por CNUDMI. En dicho documento se señala, que “el concepto de oferta y aceptación, aunque se acepta muy bien en muchas jurisdicciones, plantea problemas tanto desde el punto de vista práctico como teórico. El Grupo de Expertos recomienda que la redacción del artículo 2.1 de los principios del UNIDROIT relativos a los contratos comerciales internacionales (un contrato se perfecciona ya sea por la aceptación de una oferta o *por un comportamiento de las partes que sea suficiente para indicar su acuerdo*) se tenga en cuenta en relación

Por último, nos parece importante señalar desde esta primera aproximación, que en la formación de éstos contratos electrónicos nos encontraremos con una serie de nuevos términos que será importante enunciar y definir, para así lograr un entendimiento cabal de esta materia

La normativa que usaremos para nuestro estudio, será principalmente las normas contenidas en nuestro Código de Comercio sobre formación del consentimiento, la ley modelo creada por CNUDMI para el comercio electrónico, los diferentes estudios elaborados por el grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre comercio electrónico, la convención sobre compraventa internacional de mercaderías y el proyecto de ley sobre comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos.

2.3.2- Aplicación de nuevos conceptos

Cuando estudiamos la contratación electrónica nos damos cuenta que se hace necesario el estudio de una serie de conceptos, en base a los cuales se estructura este nuevo tipo de contratación. Anteriormente definíamos la

con la formación de los contratos, a fin de establecer, e indicar a las partes, que un contrato puede perfeccionarse también sin recurrir al modelo de la oferta y la aceptación.

El Grupo de Expertos opina que es importante que se especifique en qué medida las ofertas electrónicas son ofertas vinculantes o sólo invitaciones a entablar negociaciones. En el cuestionario, las empresas se han declarado preocupadas por la actual incertidumbre a ese respecto”. Ob. cit. Nota N°6

contratación electrónica como el proceso de formación de contratos mediante la utilización de mensajes de datos. Pero ¿qué debemos entender por mensaje de datos?, ¿quién debe ser considerado el iniciador o el destinatario de estos mensajes?, ¿pueden existir intermediarios?. Estas son preguntas bastante frecuentes cuando nos vemos enfrentados a la contratación electrónica, y de las respuestas que existan para ellas dependerá en gran parte la formación de un contrato electrónico.

En la ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por la CNUDMI encontramos que su artículo 2 contiene una serie de definiciones que no ayudaran a entender estos conceptos, además de ser explicados estos conceptos en la guía de incorporación para el derecho interno.

Es así como se señala que para los fines de la presente ley:

a) Por "mensaje de datos"¹⁸⁰ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o

¹⁸⁰ El concepto de "mensaje de datos" no se limita a la comunicación sino que pretende también englobar cualquier información consignada sobre un soporte informático que no esté destinada a ser comunicada. Así pues, el concepto de "mensaje" incluye el de información meramente consignada. No obstante nada impide que, en los ordenamientos jurídicos en que se estime necesario, se añada una definición de "información consignada" que recoja los elementos característicos del "escrito" en el artículo 6.

similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)¹⁸¹" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;

La referencia a "medios similares" pretende reflejar el hecho de que la Ley Modelo no está únicamente destinada a regir las técnicas actuales de comunicación, sino que pretende ser apta para acomodar todos los avances técnicos previsibles. La definición de "mensaje de datos" está formulada en términos por los que se trata de abarcar todo tipo de mensajes generados, archivados o comunicados en alguna forma básicamente distinta del papel. Por ello, al hablar de "medios similares" se trata de abarcar cualquier medio de comunicación y archivo de información que se preste a ser utilizado para alguna de las funciones desempeñadas por los medios enumerados en la definición, aunque, por ejemplo, no cabe decir que un medio "óptico" de comunicación sea estrictamente similar a un medio "electrónico". Para los fines de la Ley Modelo, el término "similar" denota la noción de "equivalente funcional".

La definición de "mensaje de datos" pretende abarcar también el supuesto de la revocación o modificación de un mensaje de datos. Se supone que el contenido de un mensaje de datos es invariable, pero ese mensaje puede ser revocado o modificado por otro mensaje de datos.

¹⁸¹ La definición de EDI está tomada de la definición adoptada por el Grupo de Trabajo sobre facilitación de los procedimientos comerciales internacionales (WP.4) de la Comisión Económica para Europa, que es el órgano de las Naciones Unidas que se encarga de elaborar las normas técnicas Naciones Unidas/EDIFACT.

La Ley Modelo no resuelve la cuestión de si la definición de EDI supone necesariamente que un mensaje EDI ha de ser comunicado electrónicamente de una terminal informática a otra, o de si esa definición, si bien se refiere básicamente a situaciones en las que se comunica un mensaje de datos a través de un sistema de telecomunicaciones, se refiere también a otros supuestos excepcionales u ocasionales en los que se comunican datos estructurados en forma de un mensaje EDI por algún medio que no suponga el recurso a un sistema de telecomunicaciones, por ejemplo, de enviarse por correo al destinatario un disco magnético que contenga mensajes EDI. Sin embargo, con independencia de que la definición de "EDI" sea o no aplicable a la entrega manual de datos consignados en forma numérica, la definición de "mensaje de datos" de la Ley Modelo sí es aplicable a ese supuesto.

c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;

d) Por "destinatario"¹⁸² de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;

¹⁸² En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se utiliza la noción de "persona" para designar a los titulares de derechos y obligaciones y debe ser entendida en el sentido de abarcar tanto a la persona natural como a las sociedades legalmente constituidas o demás personas jurídicas. Se ha previsto que el inciso c) sea aplicable a los mensajes de datos que sean generados automáticamente en una terminal informática o computadora sin intervención humana directa. Ello no debe entenderse, sin embargo en el sentido de que la Ley Modelo autorice la atribución de la titularidad de derechos y obligaciones a una terminal informática. Los mensajes de datos generados automáticamente en una terminal informática sin intervención humana directa deberán ser considerados como "iniciados" por la persona jurídica en cuyo nombre se haya programado la terminal informática. Toda cuestión relativa a la representación o al mandato que se suscite a ese respecto deberá ser resuelta por la normativa aplicable al margen de la Ley Modelo.

En el marco de la Ley Modelo, por "destinatario" se ha de entender la persona con la cual el iniciador tiene la intención de comunicarse mediante la transmisión del mensaje de datos, por oposición a cualquier persona que pudiera recibir, retransmitir o copiar el mensaje de datos en el curso de la transmisión. El "iniciador" es la persona que genera el mensaje de datos aun si el mensaje ha sido transmitido por otra persona. La definición de "destinatario" contrasta con la definición de "iniciador", que no hace hincapié en la intención. Cabe señalar que, conforme a estas definiciones de "iniciador" y "destinatario", el iniciador y el destinatario de un determinado mensaje de datos podrían ser una y la misma persona, por ejemplo en el caso en que el autor del mensaje de datos lo hubiera generado con la intención de archivarlo. Sin embargo, el destinatario que archiva un mensaje transmitido por un iniciador no queda incluido dentro de la definición de "iniciador".

La definición de "iniciador" debe tenerse por aplicable no sólo al supuesto en el que se genere información para ser comunicada, sino también al supuesto de que se genere información simplemente para ser archivada. Sin embargo, se ha definido "iniciador" en términos destinados a eliminar la posibilidad de que

e) Por "intermediario"¹⁸³, en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él;

f) Por "sistema de información"¹⁸⁴ se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

Posteriormente la CNUDMI, al elaborar el anteproyecto de convención sobre contratos internacionales celebrados o probados por

un destinatario de un mensaje de datos que se limita a archivar ese mensaje pueda ser considerado como iniciador del mismo.

¹⁸³ La Ley Modelo se centra en la relación entre el iniciador y el destinatario, y no en la relación entre el iniciador o el destinatario y uno o más intermediarios. No obstante, la Ley Modelo no desestima la importancia primordial de los intermediarios en las comunicaciones electrónicas. Además, se necesita la noción de "intermediario" en la Ley Modelo para establecer la necesaria distinción entre iniciadores o destinatarios y terceros.

La definición de "intermediario" pretende abarcar a los intermediarios profesionales y no profesionales, es decir, a cualquier persona, distinta del iniciador y del destinatario, que desempeñe cualquiera de las funciones de un intermediario. Las principales funciones de un intermediario vienen enunciadas en el inciso e), a saber, la recepción, transmisión y archivo de mensajes de datos por cuenta de otra persona. Los operadores de las redes y otros intermediarios pueden prestar servicios adicionales "con valor añadido" como los de formatear, traducir, consignar, autenticar, certificar y archivar los mensajes de datos y prestar además servicios de seguridad respecto de las operaciones electrónicas. Con arreglo a la Ley Modelo, "intermediario" no se define como categoría genérica sino con respecto a cada mensaje de datos, con lo que se reconoce que la misma persona podría ser el iniciador o el destinatario de un mensaje de datos y ser un intermediario respecto de otro mensaje de datos. La Ley Modelo, que se centra en las relaciones entre iniciadores y destinatarios, no trata en general de los derechos y obligaciones de los intermediarios.

¹⁸⁴ La definición de "sistema de información" pretende englobar toda la gama de medios técnicos empleados para transmitir, recibir y archivar información. Por ejemplo, en algunos casos, un "sistema de información" podría referirse a una red de comunicaciones, y en otros casos podría referirse a un buzón electrónico o incluso a una telecopiadora. La Ley Modelo no aborda la cuestión de si el sistema de

mensajes de datos, nuevamente en su capítulo II describe una serie de definiciones. Aquí se incluyen las definiciones consignadas anteriormente en la ley modelo sobre comercio electrónico, pero además se contempla una serie de nuevas definiciones, y en algunos casos se presentan distintas variantes para un mismo concepto. Dentro de los nuevos conceptos enunciados nos encontramos por ejemplo con:

a) Por “sistema informatizado automatizado” se entenderá un programa informático o un medio electrónico automatizado u otro medio automatizado que se utilice para iniciar una acción o responder a mensajes de datos o actuaciones en su totalidad o en parte, sin que lo examine e intervenga una persona física en cada momento que el sistema inicie una acción o genere una respuesta.

b) Por “oferente” se entenderá toda persona física o jurídica que ofrezca bienes o servicios.

c) Por “destinatario de la oferta” se entenderá toda persona física o jurídica que reciba o recupere una oferta de bienes o servicios.

información está ubicado en un local del destinatario o en algún otro sitio, ya que la ubicación del sistema de información no es un criterio al que se recurra en la Ley Modelo.

d) El término firma incluye cualquier método utilizado para identificar al remitente de un mensaje e indicar que la información contenida en el mensaje se puede atribuir al remitente.

e) Por “firma electrónica” se entenderá los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para identificar al tenedor de los datos de creación de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que esa persona aprueba la información contenida en el mensaje de datos.

f) Por “establecimiento” se entenderá todo lugar de operaciones en el que una persona ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos o bienes o servicios. También se entenderá como el lugar en que una parte realiza una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo indefinido.

Creemos que el manejo de los conceptos enunciados precedentemente resulta ser absolutamente trascendente, sobre todo al momento de intentar regular un comercio que es esencialmente internacional, dado que estos conceptos servirán como una base en la cual los Estados se pueden apoyar para elaborar sus legislaciones internas.

2.3.3- Cuestiones generales

2.3.3.1- Expresión del consentimiento

Según el estudio elaborado por la CNUDMI, uno de los objetivos fundamentales que debe considerar un nuevo instrumento es “reconocer claramente que las partes en un contrato podrán expresar su consentimiento por medio de comunicaciones electrónicas u otros tipos de mensajes de datos”.

A nuestro modo de ver este ha sido un objetivo que la CNUDMI ha promovido desde la creación de la ley modelo sobre comercio electrónico ya que en su artículo 11 señala que “la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos”¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Es así como la CNUDMI en la guía de aplicación de la ley sobre comercio electrónico nos explica que “el artículo 11 no tiene por objeto interferir con el régimen relativo a la formación de los contratos, sino promover el comercio internacional dando mayor certeza jurídica a la celebración de contratos por medios electrónicos. El artículo no trata solamente de la formación del contrato sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma. En ciertos países, una disposición enunciada en los términos del párrafo 1) podría considerarse como la mera expresión de algo evidente como que la oferta y la aceptación pueden ser comunicadas por cualquier medio, incluidos los mensajes de datos. No obstante, la disposición es necesaria debido a la incertidumbre que subsiste en numerosos países sobre la posibilidad de que un contrato pueda perfeccionarse válidamente por medios electrónicos. Esa incertidumbre dimana del hecho de que, en ciertos casos, los mensajes de datos en los que se expresaban la oferta y la aceptación bien eran generados por una terminal informática sin que hubiera una intervención humana inmediata, dando así lugar a dudas en cuanto a la expresión de voluntad de las partes. Otra razón de esa incertidumbre era inherente a la modalidad de comunicación y se debe a la ausencia de un documento escrito”

En este mismo sentido nos parece importante mencionar que dentro de los objetivos que también plantea la CNUDMI en su ley modelo sobre comercio electrónico es el del equivalente funcional¹⁸⁶, principio que ya fue recogido en nuestra ley 19799, sobre firma electrónica.

¹⁸⁶ La Ley Modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la Ley Modelo 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. 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 dicho requisito. Se dijo, al mismo tiempo, que la observancia de este requisito por medios electrónicos requeriría en algunos casos una reforma de la normativa aplicable al respecto, que tuviera en cuenta una, en particular, de las muchas distinciones entre un documento consignado sobre papel y un mensaje EDI, a saber, que el documento de papel es legible para el ojo humano y el mensaje EDI no lo es, de no ser ese mensaje consignado sobre papel o mostrado en pantalla. Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces "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 con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: 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; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, 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 respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de 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.

Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del "equivalente funcional", se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un "requisito mínimo") no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de "escrito

Por último la CNUDMI ha formulado sus aprehensiones en cuanto a los países que han legislado de una forma más detallada, sobre cuando se formara el consentimiento. Por ejemplo, se pone el caso de Canadá que en su ley uniforme sobre comercio electrónico alude expresamente a pulsar o tocar en un icono o en un lugar debidamente designado en una pantalla de computadora. Según la opinión del grupo de trabajo es importante considerar que las normas que se elaboren deben ser lo suficientemente generales para poder superar –al menos en parte- la prueba del cambio tecnológico, y si analizamos el presente caso nos podremos dar cuenta que pulsar un icono determinado, resulta ser equivalente a enviar un mensaje de datos.

2.3.3.2- Recepción y envío

En cuanto a la recepción y el envío en la formación de los contratos, la CNUDMI –en su documento sobre disposiciones para un proyecto de

firmado", "original firmado" o "acto jurídico autenticado". La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de "escrito", "firma" y "original", pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos.

convención de la contratación electrónica- señala que cualquier futuro instrumento deberá mantener cierto grado de flexibilidad con el objeto de respaldar el uso de técnicas del comercio electrónico.

También se señala que generalmente se ha entendido que la oferta y la aceptación surten efectos desde su recepción. A su vez este concepto se encuentra definido en el artículo 24 de la ley sobre compraventa internacional de mercaderías, y podrá ser utilizado para el comercio electrónico si podemos definir cuando ocurre la recepción de un mensaje electrónico, cuestión que la ley modelo sobre comercio electrónico aborda - de una manera bastante flexible- en su artículo 15¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Artículo 15. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

1) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.

2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:

i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o

ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;

b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

El artículo 15 –según se señala en la guía de incorporación de la ley modelo- “deriva del reconocimiento de que, para la aplicación de muchas normas jurídicas, es importante determinar el tiempo y el lugar del recibo de la información. El empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar. No es desusado que los usuarios del comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación se comuniquen de un Estado a otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Además, la ubicación de ciertos sistemas de comunicación bien puede modificarse sin que ninguna de las partes tenga noticia del cambio. La Ley Modelo, pues, tiene por objeto dejar constancia de que la ubicación de los sistemas de información es indiferente y prevé un criterio más objetivo, a saber, el establecimiento de las partes. A ese respecto, cabe

3) El párrafo 2) será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 4).

4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

5) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

señalar que el artículo 15 no tiene por objeto enunciar una regla de conflicto de leyes”.

Resulta importante nuevamente señalar que en el comercio electrónico el elemento de conexión “lugar en que se encuentran las partes”¹⁸⁸ pierde completa relevancia por las características que nos entrega una red abierta como es Internet. Además los Estados deben tener claro que

¹⁸⁸ En cuanto al lugar, véase la guía de incorporación de la ley modelo sobre comercio electrónico que señala “El párrafo 4) regula el lugar de recepción de un mensaje de datos. Esta disposición se ha incluido en la Ley Modelo con la principal finalidad de prever una peculiaridad del comercio electrónico que tal vez no esté adecuadamente regulada en la legislación vigente, a saber, que muy a menudo el sistema de información del destinatario en el que se recibe o recupera el mensaje de datos no se halla bajo la misma jurisdicción que el destinatario. El párrafo 4) tiene, pues, la principal finalidad de asegurar que el lugar en que se encuentra el sistema de información no sea el elemento determinante, y que haya un vínculo razonable entre el destinatario y lo que se considere el lugar de recepción, y que el iniciador pueda determinar fácilmente ese lugar. La Ley Modelo no contiene disposiciones concretas sobre el modo de designar un sistema de información ni prevé que puedan efectuarse cambios una vez que el destinatario haya designado el sistema.

Cabe observar que el párrafo 4), que contiene una referencia a la "operación subyacente", se refiere en realidad a operaciones subyacentes efectivamente realizadas y previstas. Las referencias a "establecimiento", "establecimiento principal" y "lugar de residencia habitual" se introdujeron en el texto para armonizarlo con el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

El efecto del párrafo 4) es introducir una distinción entre el lugar considerado de recepción y el lugar al que haya llegado realmente el mensaje de datos en el momento de recepción con arreglo al párrafo 2). Esta distinción no debe interpretarse en el sentido de que reparte los riesgos entre el iniciador y el destinatario en caso de alteración o pérdida de un mensaje de datos entre el momento de su recepción con arreglo al párrafo 2) y el momento en que llegó a su lugar de recepción en el sentido del párrafo 4). El párrafo 4) establece meramente una presunción irrefutable sobre un hecho jurídico a la que deberá recurrirse cuando otro cuerpo de leyes (por ejemplo, sobre la formación de contratos o los conflictos de leyes) requiera que se determine el lugar de recepción de un mensaje de datos. No obstante, durante la preparación de la Ley Modelo se estimó que introducir la noción de un supuesto lugar de recepción de un mensaje de datos como noción distinta del lugar al que llegue realmente dicho mensaje en el momento de su recepción sería inapropiado fuera del contexto de las transmisiones informatizadas (por ejemplo, en el contexto de un telegrama o de un télex). Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición estaba limitado a las transmisiones informáticas de mensajes de datos.

este artículo no constituye –ni lo pretende- un regla de conflicto de leyes ya que ella deberá derivar de la legislación interna de cada país.

En cuanto al análisis de lo dispuesto en este artículo nos parece importante señalar que el concepto de expedición se refiere al comienzo de la transmisión electrónica del mensaje de datos. Además resulta importante analizar el concepto de “entrada”¹⁸⁹ y ver cuando entenderemos que un mensaje ha sido expedido. Posteriormente la guía de incorporación señala que “cuando el término "expedición" tenga un sentido ya definido, conviene tener presente que el artículo 15 se propone complementar y no sustituir el

¹⁸⁹ Según la guía de incorporación “Conviene detenerse a analizar el concepto de "entrada" en un sistema de información, utilizado para definir tanto la expedición como la recepción de un mensaje de datos. Un mensaje de datos entra en un sistema de información desde el momento en que puede ser procesado en ese sistema de información. La cuestión de si un mensaje de datos que entra en un sistema de información es inteligible o utilizable por el destinatario no entra en el ámbito de la Ley Modelo. La Ley Modelo no pretende invalidar las disposiciones de derecho interno conforme a las cuales la recepción de un mensaje puede producirse en el momento en que el mensaje entra en la esfera del destinatario, prescindiendo de si el mensaje es inteligible o utilizable por el destinatario. La Ley Modelo tampoco se ha concebido para ir en contra de los usos del comercio, según los cuales ciertos mensajes cifrados se consideran recibidos incluso antes de que sean utilizables por el destinatario o inteligibles para dicha persona. Se estimó que la Ley Modelo no debía crear un requisito más estricto que los actualmente aplicados a las comunicaciones consignadas sobre papel, en que un mensaje puede considerarse recibido aunque no resulte inteligible para el destinatario ni pretenda serlo (por ejemplo, cuando se transmiten datos en forma criptográfica a un depositario con el único propósito de su retención en el contexto de la protección de los derechos de propiedad intelectual).

Un mensaje de datos no habría de considerarse expedido si simplemente ha llegado al sistema de información del destinatario, pero sin conseguir entrar en él. Cabe señalar que la Ley Modelo no prevé expresamente el mal funcionamiento de los sistemas de información como base para la responsabilidad. En particular, cuando el sistema de información del destinatario no funciona en absoluto o no funciona en la debida forma, o cuando, aun funcionando debidamente, el mensaje de datos no puede entrar en él (por ejemplo, en el caso de una telecopiadora constantemente ocupada), el mensaje no puede considerarse expedido en el sentido de la Ley Modelo. Durante la preparación de la Ley Modelo, se estimó que no debía imponerse al destinatario, mediante una disposición general, la onerosa obligación de mantener su sistema en constante funcionamiento”.

régimen de derecho interno aplicable en la materia. Si la expedición se produce cuando el mensaje de datos llega al sistema de información del destinatario, la expedición según el párrafo 1) y la recepción según el párrafo 2) son simultáneos, excepto cuando el mensaje de datos se expida a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema designado por el destinatario con arreglo al inciso a) del párrafo 2). El párrafo 2), cuya finalidad es definir el momento de recepción de un mensaje de datos, aborda la situación en que el destinatario designa unilateralmente un determinado sistema de información para la recepción de un mensaje (en cuyo caso el sistema designado puede o no ser un sistema de información del destinatario), y el mensaje llega a un sistema de información del destinatario que no es el sistema designado. En este supuesto, la recepción tendrá lugar cuando el destinatario recupere el mensaje de datos. Por "sistema de información designado" la Ley Modelo se refiere al sistema que una parte haya designado específicamente, por ejemplo, en el caso en que una oferta estipule expresamente el domicilio al cual se debe enviar la aceptación. La sola indicación de una dirección de correo electrónico o de un número de fax en el membrete o en otro documento no se debe

considerar como designación expresa de uno o más sistemas de información”.

Por otro lado la Cámara de Comercio internacional, ha formulado críticas al documento elaborado por la CNUDMI y que tiene por objeto crear disposiciones comunes para un acuerdo de convención. La CCI, mediante su grupo de expertos de dicha organización recomienda que en la convención se incluyan normas acerca del momento en que el mensaje se envía y se recibe.

Según nuestra opinión la crítica que realiza la CCI habría que considerarla porque la misma CNUDMI ha reconocido que a veces resulta difícil hacer aplicables las normas que existen para la compraventa de mercaderías, además que en el comercio electrónico no sólo se transan bienes corporales, sino también algunos inmateriales.

2.3.3.3- La oferta

2.3.3.3.1- Concepto

La mayoría de los autores coinciden en las definiciones de que debe entenderse por oferta, así Alessandri señala que es “un acto jurídico por el cual una persona propone a otra, la celebración de un contrato en términos tales, que para que este quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte”¹⁹⁰. Para el Profesor José Parga, la oferta “es la proposición que una persona hace a otra, para celebrar un contrato sobre bases determinadas”¹⁹¹. Avelino León Hurtado nos señala que es “la manifestación de voluntad que una persona hace a otra proponiéndole celebrar una convención determinada que puede quedar perfecta con la simple aquiescencia de ésta”¹⁹².

Por otro lado Carrasco Blanc define que debe entenderse por oferta electrónica y señala que será “aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta con la sola aquiescencia de esta”¹⁹³.

¹⁹⁰ Ob. Cit nota N° 154

¹⁹¹ José Parga “Derecho Comercial”, distribuidora forense limitada, tomo I, Pág. 88, año 1993.

¹⁹² Avelino León Hurtado, “La voluntad y la Capacidad en los actos Jurídicos”, Editorial Jurídica año 1991.

¹⁹³ Nuevamente debemos señalar lo mismo que decíamos respecto al consentimiento en las palabras preliminares, en el sentido, que no concordamos con la idea de hablar de un consentimiento u oferta electrónica, ya que esta postura lleva a pensar que ésta es distinta a las demás, y como lo dijimos

Como vemos, en cuanto a la definición de oferta no existen grandes diferencias en el pensamiento mayoritario de la doctrina nacional.

2.3.3.3.2- Requisitos

El Requisito general para que una oferta produzca efectos jurídicos es que esta sea completa¹⁹⁴.

En nuestra opinión para que la oferta tenga plena eficacia y logre formar el consentimiento esta debe ser completa, es decir, reunir los requisitos del contrato (tanto esenciales, como los accidentales que quieran agregar las partes), pero además esta debe hacerse determinadamente o a persona determinada, ya que en caso contrario, según nuestro Código de Comercio las ofertas indeterminadas no son obligatorias para el que las hace¹⁹⁵. Como requisitos anexos podríamos señalar que la oferta debe tener un plazo de duración, debe ser lícita y hecha por persona capaz de obligarse.

anteriormente aquí lo único que ha variado es el medio por el cual se hace llegar la oferta. Ob. Cit. Nota N° 22.

¹⁹⁴ Según el profesor Carrasco por completa debe entenderse aquella oferta que sólo falte su aceptación para que nazca el consentimiento. Ob .cit. Nota N°22

¹⁹⁵ Artículo 105 del Cdigo de Comercio:

“Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquier otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace.

Por otro lado, la convención sobre compraventa internacional de mercaderías en su artículo 14 dispone;

1- “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlo”.

2- Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Como vemos en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías los requisitos que debe cumplir la oferta serán, el que sea hecha a persona determinada –salvo que se exprese lo

Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente.

contrario-, que sea precisa y que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación¹⁹⁶.

Las Naciones Unidas se han preocupado de la posible aplicación de esta convención a la contratación electrónica. De hecho, en su 38 período de reuniones elaboraron un documento denominado “aspectos jurídicos del

¹⁹⁶ En cuanto a la aplicación de esta convención al comercio electrónico, desde nuestro punto de vista no se puede aplicar al comercio electrónico en general, ya que si revisamos las normas que fijan su ámbito de aplicación nos daremos cuenta que en el artículo 2 se señala que la Convención no se aplicará a las compraventas:

- a) De mercaderías compradas para uso personal, familiar o domestico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;
- b) En subastas
- c) Judiciales
- d) De valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero.
- e) Buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves.
- f) De electricidad

Por lo tanto, esta Convención no podrá tener aplicación para el B2C, ya que no rige las mercaderías compradas para uso familiar o domestico. Tampoco se podrá aplicar la presente convención a los sitios de subasta en línea o las sitios financieros que ofrecen venta de acciones.

Otros autores –analizando el trabajo hecho por CNUDMI- han señalado que la presente convención tiene una serie de dificultades para adecuar su aplicación al comercio electrónico principalmente en cuanto a:

- La noción de establecimiento, ya que tendríamos que analizar si podemos hablar de un establecimiento virtual.
- La noción de mercaderías, ya que habría que analizar si los programas teledescargados pueden ser considerados mercadería.

A si podemos considerar un contrato electrónico como un contrato escrito.

Como conclusión general el profesor Graham señala que “ Este rápido sobrevuelo de algunos problemas nos permite demostrar que el advenimiento del Internet no exige de la Convención de Viena una re-escritura sino una re-interpretación. Al contrario de otras convenciones internacionales, la Ley uniforme por su cláusula de adaptación ofrece una flexibilidad suficiente a condición que los exegetas consienten hacer prueba de imaginación. Sin embargo, a fin de evitar muchas interpretaciones divergentes, sería de buen método de reunir una conferencia internacional para adoptar una declaración interpretativa autentica de la Convención - basado sobre el artículo 31.3.b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados - con respecto al comercio electrónico, como esta considerando por ejemplo la CNUDMI al sujeto de la noción de “escrito” en la Convención de Nueva York sobre el arbitraje”.

comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”. Este trabajo de la CNUDMI es un estudio muy acabado¹⁹⁷ sobre la aplicación de la convención de compraventa internacional de mercaderías al comercio electrónico , en donde, entre otros puntos se trata el tema de la oferta y la aceptación¹⁹⁸.

J.A. Graham, en su trabajo “La convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercadería y el Comercio electrónico” Revista electrónica de Derecho Informático, N° 39, octubre de 2001, <http://vlex.com/redi>.

¹⁹⁷ En este trabajo en un primer capítulo se trata la esfera internacional y personal de la aplicación de la convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa, analizando primero la internacionalidad de la operación de compraventa, luego, las partes en la operación de compraventa y por último los criterios de aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa.

El segundo capítulo de la Convención trata sobre la esfera sustantiva de aplicación de las mercancías, el contrato de compraventa y el destino de la compraventa para el consumo.

En el tercer capítulo se trata la forma , analizando primero cuestiones generales y luego la definición de que se entiende por escrito, conforme al artículo 13.

En el capítulo cuarto se estudiarán las cuestiones sustantivas como la formación del contrato, oferta y aceptación, eficacia de las comunicaciones hechas de acuerdo con la parte III de la convención de las Naciones Unidas sobre compraventa.

Finalmente encontramos una conclusión que en términos generales señala que esta convención puede ser adaptada a los contratos celebrados electrónicamente, pero deberá distinguirse si la convención se aplica a la compraventa de mercancías virtuales, que al parecer podrían ser considerados ,más bien, acuerdos de licencias.

¹⁹⁸ “El artículo 14 de la Convención enuncia los criterios sustantivos que una declaración ha de satisfacer para que se considere una oferta: debe estar dirigida a una o varias personas determinadas, debe ser suficientemente precisa (en el sentido de que debe indicar las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos) y tiene que indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación . Por lo que se refiere al elemento de la precisión, no parece haber diferencia según la forma de comunicación que se utilice. Respecto de este rasgo sustantivo de la oferta, no hay, en otras palabras, más problemas intrínsecos a las formas electrónicas de comunicación que a otras formas de comunicación.

Esto es asimismo básicamente cierto respecto de la intención requerida de quedar obligado, que distingue una oferta de una invitación a hacer una oferta. En general, los anuncios en los periódicos, la radio, la televisión, los catálogos, los folletos, las listas de precios, etc. se consideran invitaciones a presentar ofertas

(según algunos juristas, incluso en los casos en que se dirigen a un grupo concreto de clientes), ya que en estos casos se considera que falta la intención de quedar obligado. La misma interpretación cabe extender a los sitios de red mediante los cuales un posible comprador puede adquirir mercaderías: si una empresa anuncia sus productos en la Internet, debe considerarse que se limita a invitar a quienes acceden al sitio a que formulen ofertas.

Para que se considere una oferta, una declaración debe estar además dirigida a una o varias personas determinadas. Por lo tanto, no se considera que constituyan ofertas las circulares de precios enviadas a un grupo de personas indefinido, aunque se mencionen individualmente las direcciones. La misma regla general es aplicable en lo que se refiere a los mensajes electrónicos: por vía de medios electrónicos será aún menos problemático dirigir mensajes a un número muy grande de personas determinadas.

El presente razonamiento respecto de la oferta y sus requisitos sustantivos es aplicable *mutatis mutandis* asimismo como respecto de la aceptación.

Según la Convención, tanto la oferta como la aceptación (por lo menos en la mayoría de los casos) son eficaces en el momento en que “llegan”, como se define en el artículo 24, conforme al cual “a los efectos de esta Parte de la Convención, la oferta, la declaración de aceptación [...] ‘llega’ al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal”.

Respecto de las formas tradicionales de comunicación, como las verbales o las con soporte de papel, la mencionada disposición no parece causar ningún problema. Se plantea la cuestión, no obstante, sobre las formas electrónicas de comunicaciones, de si puede aplicarse el artículo 24 sin crear dificultades. Esa pregunta tiene probablemente que contestarse de forma afirmativa. La cuestión es sólo la de definir la “recepción” del mensaje electrónico. A este respecto, puede recurrirse a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que afirma, en el párrafo 2) del artículo 15, cuándo se debe dar por recibido el mensaje electrónico. Así pues, cabe concluir que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en particular el artículo 24, contiene una norma que puede servir como modelo general incluso en un entorno electrónico. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la medida en que la norma debe especificarse más para que sea útil en la práctica de la contratación electrónica.

En mismo enfoque cabe adoptar respecto de la teoría del “envío”, la cual (por lo que se refiere a la formación de los contratos) es pertinente como por ejemplo, conforme al párrafo 1) del artículo 16, donde se dispone que “la oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación”. La norma puede ser adecuada incluso para un entorno electrónico, pero no parece ser lo bastante específica. Mientras que resulta obvia cuando se envía una declaración con soporte de papel, hay dudas sobre cuándo debe considerarse que se ha enviado un mensaje electrónico. A este respecto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico es también aquí útil, ya que define “envío” en el párrafo 1) del artículo 15, según el cual “el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del expedidor”.

Existe, empero, al parecer un caso en que pueden plantearse problemas cuando se comparan los mensajes electrónicos con los de tipo más tradicional, como los telegramas, las cartas, el télex, dado que la Convención contiene una disposición donde se distingue entre estas formas de comunicaciones. A saber, según el párrafo 1) del artículo 20 “el plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama se ha entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario”. En consecuencia, para los fines de decidir cuándo empieza a correr el plazo de aceptación, debe adoptarse una decisión sobre si el mensaje electrónico ha de compararse más bien con un medio de comunicación instantáneo que con una carta o un telegrama”.

En los países de la tradición jurídica del *Common Law*, señalan que al existir poca experiencia en la cibercontratación se deben aplicar analógicamente las reglas comunes, y en cuanto a la oferta han expresado que se debe considerar como tales sólo a las ofertas que razonablemente pueda inferirse que lo sean¹⁹⁹.

2.3.3.3- Tipos

Tradicionalmente se ha distinguido entre la oferta verbal y la escrita, pudiendo esta última ser expresa o tácita. A su vez se señalaba que la oferta puede hacerse a persona determinada o indeterminada²⁰⁰. En la época de redacción de nuestro Código de Comercio se suponía que una oferta verbal sería entre presentes y normalmente una oferta escrita era la que se daba entre ausentes. Esta cuestión ha variado considerablemente con el desarrollo

¹⁹⁹ El profesor Obando citando la obra *Cyberlaw* de los autores , Johnston, Handa y Morgan, nos señala varios ejemplos: “Si un sujeto envía un correo electrónico a otro sujeto, proponiendo la venta de un vehículo, pero el hermano del sujeto lee el mensaje, es claro que no representa una oferta para el hermano. Si se "deja" un mensaje en un grupo de información (newsgroup) en Internet, expresando que se tiene un vehículo Buick Century 1993 a la venta, esto no podría ser considerada una oferta. Pero una conducta más específica, sí podría crear una oferta, como por ejemplo si se "deja" un mensaje en el mismo grupo de información, afirmando que se vende un vehículo Buick 1993, y que se aceptará la mejor oferta hecha antes de las 5:00pm del 31 de mayo del 2000. Si el sujeto realiza la oferta y luego la revoca, deberá llegar la revocatoria antes de que se produzca la aceptación del destinatario. Para los autores mencionados, esta regla se aplica igualmente a las compraventas en el ciberespacio”. Ob.cit Nota N° 69.

²⁰⁰ Según Alessandri será expresa la que explícita y revela el deseo de contratar, y tácita la que revela el deseo de forma indirecta, pero inequívocamente por la concurrencia de ciertas circunstancias. Por otro lado será determinada cuando se dirige a un sujeto individualizado, sea o no conocido del oferente, e indeterminada cuando va dirigida al público en general, y no ha una persona en particular, y en términos tales que cualquiera pueda aceptarla. Ob.cit. Nota N°154.

de las tecnologías de la información, por ejemplo, si consideramos que actualmente en Internet no solo se puede intercambiar información, sino que se puede transmitir sonido e imagen a tiempo real, por lo que dos personas pueden estar mirándose y conversando, aunque se encuentren en distintos países.

En la contratación electrónica nos interesará distinguir entre las oferta que se realizan vía correo electrónico y aquellas que se realizan en un sitio *web*.

En cuanto a la oferta que se realiza vía correo electrónico, podemos señalar que generalmente será una oferta escrita, a persona determinada y que debe ser considerada como una oferta entre ausentes. Otros autores como Carrasco Blanc han señalado que la mayor parte de estas ofertas deben ser consideradas *mailiang* (técnica de publicidad) y que por lo tanto, no pueden ser consideradas como verdaderas ofertas, sino como invitaciones a contratar. En nuestra opinión creemos que una empresa puede enviar comunicaciones a un gran número de posibles consumidores y no necesariamente deberán ser consideradas como invitaciones a contratar ya que tal como lo señalábamos en el primer capítulo de este trabajo, hoy

en día, existen empresas que se dedica a crear perfiles de posibles consumidores y es generalmente a ellos a quienes se les envía este tipo de correo electrónico, por lo cual ellos se encuentran absolutamente determinados y deberíamos entender que estamos en presencia de una oferta. Otro argumento que se ha esgrimido para sostener esta tesis es que estas comunicaciones no viajan por la red a cualquier persona, sino están dirigidas al titular de una cuenta de correo electrónico, aunque podemos decir que en doctrina este argumento no tiene gran aceptación ya que existen muchas empresas que envían comunicaciones mediante sistemas automatizados, en donde, aún estando la comunicación dirigida a una cuenta de correo electrónico determinada, esta comunicación se esta enviando a un sin numero de personas sin importar quien la reciba, por lo cual no puede ser considerada una oferta, sino sólo una invitación a contratar.

En cuanto a las ofertas que se realizan en un sitio *web* –según el anteproyecto de convención sobre contratos internacionales celebrados o probados por mensajes de datos, elaborado por la CNUDMI, por regla general la oferta que encontramos en Internet, sólo constituye una invitación a hacer ofertas, salvo que indique la intención del oferente de

quedar obligado en caso de aceptación. Para determinar esta intención deben tomarse en consideración todas las circunstancias del caso, y esta intención se presumirá para las empresas que trabajan con sistemas automatizados, que permiten que el contrato se celebre automáticamente sin la intervención de una persona física^{201 202}

²⁰¹ En este sentido, el grupo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL en su 39 período de sesiones, elaboro un documento denominado “Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención”. En donde se elabora un anteproyecto de convención sobre contratos internacionales celebrados o probados por mensajes de datos y que en su artículo 9 trata sobre las invitaciones a hacer ofertas señalando:

- 1- La propuesta de celebrar un contrato que no va dirigida a una o varias personas determinadas, sino que resulta generalmente accesible a las personas que hacen uso de sistemas de información, como la oferta de bienes y servicios a través de un sitio de la red Internet, ha de considerarse simplemente como una invitación a hacer ofertas, salvo que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.
- 2- Para determinar la intención de una parte de quedar obligada en caso de aceptación, deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso. Salvo que el oferente indique otra cosa, se presumirá que la oferta de bienes y servicios por medio de sistemas informáticos automatizados que permitan que el contrato se celebre automáticamente y sin intervención humana indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

²⁰² En el anteproyecto en su artículo 12 se tratan las transacciones realizadas mediante sistemas automatizados señalando:

- 1- De no convenir otra cosa las partes el contrato podrá formarse por la interacción de un sistema informático automatizado y por una persona física o por la interacción de sistemas informáticos automatizados, incluso si cada uno de los distintos actos efectuados por estos sistemas o el acuerdo resultante no fueron revisados por una persona física
- 2- De no convenir [expresamente] otra cosa las partes, toda parte que ofrezca bienes o servicios por medio de un sistema informático podrá a disposición de las partes que utilicen el sistema los medios técnicos que les permitan identificar y corregir errores antes de la celebración del contrato. Los medios técnicos que se pongan a disposición en cumplimiento de lo dispuesto en el presente párrafo serán adecuados, eficaces y accesibles.
- 3- Los contratos celebrados por personas físicas que accedan al sistema informático automatizado de otra persona no tendrán efectos jurídicos y no serán ejecutorios si la persona natural cometió un error sustancial en el mensaje de datos y a) el sistema informático automatizado no brindó a la persona física la oportunidad de impedir o corregir el error; b) la persona física, al percatarse del error, lo notifica a la otra persona lo antes posible e indica que ha cometido un error en el mensaje de datos; c) la persona física toma medidas razonables, incluidas las medidas que se ajustan a las instrucciones de la otra persona de devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, a consecuencia del error, si tiene instrucciones para ello, de destruir tales bienes o servicios; y d) la persona física no ha utilizado los bienes o servicios, si los hubiere, recibidos de la otra persona ni obtenido beneficio material o sacado provecho de ellos.

Por otro lado, otros autores como Carrasco Blanc señalan que las “ofertas que se encuentran en forma permanente en las redes y a las cuales se tiene acceso navegando por diferentes páginas, pero estas no llegan a nuestros ordenadores, sino que se accede a ellas a través de visitas a ciertos sitios. Constituyen ofertas a personas indeterminadas”²⁰³.

2.3.3.3.4- Duración o vigencia de la oferta

En cuanto a la duración o vigencia de la oferta –según nuestra legislación- esta punto tiene vital importancia para determinar si se forma o no se forma el consentimiento, ya que la aceptación –que formará el consentimiento- debe hacerse mientras la oferta se encuentre vigente.

Aquí nuevamente debemos distinguir si estamos en presencia de un contrato entre presente o entre ausentes. Tal como lo describíamos anteriormente la doctrina normalmente asimilaba el contrato entre presentes a que los precontratantes se encontraran uno frente al otro y la oferta se realizara de manera verbal. En este caso la oferta debía ser aceptada o rechazada un instante después de haber sido formulada. Así nuestro Código de Comercio en su artículo 97 dispone que “Para que la propuesta verbal de

²⁰³ Ob. Cit. Nota N°22

un negocio imponga al proponente la respectiva obligación se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso”.

Posteriormente el artículo 98 trata sobre las ofertas que se hacen por escrito, que a la época de redacción de nuestro código el legislador suponía que eran entre ausentes y señala que “la propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de las veinticuatro horas, si la persona a quién se ha dirigido residiere en el mismo lugar del proponente, o vuelta de correo si estuviere en otro diverso”. En cuanto a la aplicación de este artículo a la contratación electrónica, podemos señalar que no presenta soluciones viables para el plazo de duración de la oferta. Esto se debe a que el punto que se usa para distinguir cual será el plazo, se basa en el lugar en que se encuentren las partes, cuestión que en Internet no tiene ninguna importancia, ya que dará exactamente lo mismo si estamos contratando con una persona que se encuentra en Chile o con alguien que se encuentra en Alemania, y esto se debe a que las tecnologías de la información nos permiten comunicarnos a tiempo real con cualquier persona del mundo, no importando donde se encuentre.

Aplicando estos 2 artículos a la contratación electrónica diremos que por regla general la contratación que se realiza vía correo electrónico es una contratación entre ausentes y el plazo de duración para aceptar la oferta deberá ser “a vuelta de correo”, sin importar donde se encuentren las partes.

En relación a la contratación que se produce en un sitio *Web* diremos que aquí existe una oferta a persona indeterminada y que por regla general deberá ser considerada una invitación a contratar, pero tal como lo señala el anteproyecto de Convención de la CNUDMI sobre “contratos internacionales celebrados o probados por mensajes de datos” se presumirá que existe una oferta –y no una invitación- cuando se permita que el contrato pueda ser celebrado automáticamente y sin intervención humana mediante un sistema informático automatizado en donde sólo falte la aceptación del usuario.

Por último creemos que hay otro caso que se produce en la contratación electrónica y que debe ser analizado, nos referimos a la contratación que se puede producir en los *Chat room* o grupos de conversación. Cada día se han ido haciendo más comunes estos grupos de conversación. Si cualquier usuario entra a Internet se dará cuenta que una

gran cantidad de sitios pueden llevarnos a uno de estos grupos. Dentro de ellos por regla general uno se comunica a tiempo real con un grupo de personas que tienen intereses comunes. Esta comunicación normalmente se realiza en forma escrita –decimos normalmente porque también existen programas que permiten comunicar imagen y sonido-.

Entonces, la pregunta es como consideraremos la oferta que podría realizarse entre 2 personas de este grupo. Por ser normalmente una oferta escrita tendríamos que aplicar el artículo 98, aunque según nuestra opinión esta oferta debería ser considerada como una oferta entre presentes ya que tal como lo describía Alessandri en este caso la oferta es conocida inmediatamente después de ser realizada, por lo cual la aceptación debería darse un momento después. Entonces, si se realiza una oferta en este tipo de grupos su aceptación debería ser inmediata y si esta no se produce quedara el proponente libre de todo compromiso²⁰⁴.

2.3.3.3.5- Modos en que termina la oferta

²⁰⁴ En un sentido contrario, Luis Capote, que nos señala que "en definitiva el tema de la aceptación de la oferta virtual y el momento de celebración del contrato no es sino otra vuelta al concepto de contratación entre ausentes; la mayor celeridad del medio empleado no puede igualarse al mutuo consenso que de forma instantánea se genera entre presentes, por lo que sigue existiendo un lapso temporal entre ambas durante el cual el oferente puede retirar libremente su proposición contractual y que sigue sujeto a la regulación tradicional en la materia recogida en los Códigos Civil y de Comercio españoles". Citado por Juan Obando, Ob.cit. nota N°1

La oferta puede terminar por caducidad, entendiendo por esta el vencimiento del plazo legal o convencional sin haberse dado la aceptación, o por obstáculos que se producen durante la vigencia de la oferta y antes que se produzca la aceptación, que pueden ser la retractación del oferente o la muerte o incapacidad legal sobreviniente de este.

En el comercio electrónico nos encontramos que la oferta puede terminar por cualquiera de las distintas situaciones que hemos señalado. Por ejemplo, en el caso de las subastas en línea podemos ver que la oferta termina cuando transcurre el lapso de tiempo estipulado y no se ha efectuado ninguna postura (este es un caso de caducidad por vencimiento de un plazo convencional).

La retractación de la oferta –para que tenga validez- debe ser hecha antes que se de la aceptación (más adelante veremos cuando ocurre esta aceptación y desde cuando se debe entender que el consentimiento se ha formado). Ahora, lo que nos parece importante mencionar respecto a la retractación y que ha generado algunos problemas, dice relación con la posibilidad de distinguir entre cuales manifestaciones de voluntad son ofertas y cuales debemos considerar como invitaciones a contratar. Tal

como lo hemos señalado la mayoría de la doctrina nacional señala que los correos electrónicos enviados por las empresas y las ofertas contenidas en paginas *Web*, deben ser consideradas sólo como invitaciones a hacer ofertas. Desde nuestro punto de vista el problema presenta distintos matices que deben ser estudiados y no compartimos una opinión tan tajante, ya que las empresas dedicadas a enviar correos electrónicos se dedican a crear perfiles de determinados clientes, por lo cual sus correos no son enviados indiscriminadamente, sino en base a un estudio, lo cual hace cumplir el requisito que la oferta sea determinada –se envía a una cuenta de correo específica- y sería –se envía sólo a determinadas personas-. Además resulta importante la distinción que hacíamos entre las ofertas enviadas al correo electrónico y aquellas que se encuentran en las paginas *Web* que las distintas empresas mantienen.

2.3.3.4- La aceptación

2.3.3.4.1- Concepto

La aceptación ha sido definida por Avelino León Hurtado como "el acto jurídico mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella"²⁰⁵.

A su vez Alessandri la ha definido como "el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella".²⁰⁶

En la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías encontramos que según su artículo 18 entenderemos por aceptación "Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta", y además señala que el silencio no constituirá aceptación.

Por otro lado, encontramos la definición de aceptación electrónica que nos entrega Carrasco Blanc en donde señala que "la aceptación electrónica se define como aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos manifestando su conformidad a una propuesta recibida por ella"²⁰⁷.

²⁰⁵ Ob cit. Nota N° 33

²⁰⁶ Ob. cit. Nota N° 7

²⁰⁷ Ob. cit. Nota N°22

En los sistemas de *Common Law* la aceptación de la oferta no posee una definición formal con la cual podamos identificar si estamos en presencia de una aceptación, sino que esta será considerada si se puede razonablemente inferir que se presentó²⁰⁸.

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que la aceptación será el acto jurídico por medio del cual el destinatario de la oferta al realizarlo formara el consentimiento en el contrato.

2.3.3.4.2- Tipos

La aceptación al igual que la oferta podrá ser expresa o tácita. Pero también admite otra clasificación en cuanto sea pura y simple o condicional.

²⁰⁸ En este sentido, “para Johnston, Handa y Morgan, cuando una oferta es realizada en el ciberespacio, vía correo electrónico o una página Web, el oferente es libre de indicar la manera de aceptación. Por ejemplo, enviar un mensaje a un grupo de información, en el que se manifiesta la venta de un Pontiac 1993 por \$6000. La aceptación, puede perfectamente darse por medio de un correo electrónico, lo que perfeccionaría el contrato. Los autores afirman que nos encontramos ante un caso de contratos a distancia, por lo que debe analizarse la aplicación de normas especiales para este tipo de contratos. Por ello hacen mención a la famosa "Mailbox rule" o regla del correo. Esta regla, define que la aceptación de una oferta a distancia se considera realizada, después del envío por correo del mensaje conteniendo dicha aceptación. Una vez depositada la carta, el riesgo lo corre el oferente. El origen de ésta regla se presenta con la búsqueda de un criterio que ofreciera certeza o seguridad jurídica en las transacciones. En el ciberespacio, la aplicación de ésta regla depende en la forma en la que se presenten las circunstancias individuales. Si se utiliza el correo electrónico como medio para enviar los mensajes, al existir un tiempo considerable entre el envío y recepción de éstos, la regla se aplica. Si se realizan las comunicaciones a través de un sitio en la WWW, en el cual se ofrece la oportunidad a un individuo para apretar un botón de "Acepto", entonces la regla no se aplica, pues no existe retraso entre el envío y recepción de mensajes. En esta opción, desaparece el tiempo, por lo que no se pueden aplicar las normas de contratación entre ausentes. Esto resulta novedoso, y al menos en sistemas como el costarricense en donde no se resuelve con base a la equidad sino a las normas positivizadas, se complica la regulación de casos como el anterior”, citado por Juan Obando, Ob. Cit N°69.

La aceptación será pura y simple cuando implique una adhesión a la oferta en los mismos términos en que esta ha sido formulada, y será condicional cuando contenga reservas o modificaciones que alteran los términos de la oferta (en nuestra legislación según el artículo 102 del Código de Comercio esta aceptación constituye una nueva propuesta u oferta)

En cuanto a la contratación electrónica la aceptación será por regla general, expresa y pura y simple. Tal como lo hiciéramos con la oferta distinguiremos entre la aceptación que se produce vía correo electrónico y la aceptación que se produce en un sitio *Web*.

La aceptación dada a través de correo electrónico será una aceptación escrita, ya que la mayoría siempre ha asimilado los mensajes de datos a los textos escritos, en el entendido que estos son bastante equivalentes (teoría del equivalente funcional). Esta aceptación podrá ser pura y simple o condicional, en caso que sea pura y simple el consentimiento se habrá formado, pero en el caso de ser condicional por regla general tanto a nivel nacional como internacional deberá ser considerada como una nueva oferta.

Por otro lado la aceptación que se da en un sitio en Internet, en donde, existe interactividad entre las partes podrá ser una aceptación expresa –es lo común- o una aceptación verbal, que se daría en el caso de las personas que utilizan los distintos grupos de conversación que permiten intercambio al instante de audio y video. Algunos autores ven que aquí podría producirse un problema en cuanto a las normas de protección que establecen los distintos Estados para sus consumidores, pero creemos que esto no es así ya que las normas de protección al consumidor sólo pueden aplicarse cuando nos encontramos frente a una relación consumidor-empresa y no cuando es una relación entre 2 personas civiles, y las empresas no participan de estos grupos de conversación para ofrecer sus productos sino que la mayoría de las veces lo hacen a través de sus sitio en Internet. Aunque creemos importante destacar que el último estudio de la CNUDMI sobre el tema en cuestión, que trata sobre “Aspectos jurídicos del Comercio Electrónico, Contratación Electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención”, hace una distinción entre los sitios de Internet que sólo publicitan productos y aquellos en los cuales existe interactividad mediante un sistema informático automatizado, ya que en este último caso se da paradoja que no es una persona física quien realiza la oferta o la

acepta, sino es una maquina, por lo que se habrá una gran discusión a si las máquinas pueden realizar actos jurídicos que lleven a la formación de contratos. Y en caso de que así sea quienes serán los obligados por estos contratos, o los responsables por algún perjuicio que se haya podido ocasionar.

2.3.3.4.3- Requisitos

Los requisitos de la aceptación los trataremos en relación a las condiciones o circunstancias que son necesarias para que la aceptación logre formar el consentimiento.

Según lo describe Alessandri estas condiciones serían:

- El que la aceptación debe darse mientras la oferte se encuentre vigente;

La oferta se encontrará vigente siempre y cuando no se haya producido la retractación o la caducidad de la oferta.

- La aceptación debe ser oportuna;

Lo será cuando se de en el plazo legal o voluntario señalado por el proponente. Los plazos que la ley señala para la aceptación son diversos y se distingue entre una aceptación verbal y una escrita. La ley nos señala que

en el caso de oferta verbal la aceptación debe darse en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirige y no mediando tal aceptación, el proponente queda libre de todo compromiso –artículo 97 del Código de Comercio-. Según nuestra opinión de esta misma forma deberíamos entender la aceptación que se da en los “*on line*” en los sitios de Internet. En el caso de la aceptación que se da por escrito nuestra legislación distingue entre si las partes se encuentran en el mismo lugar o en lugares diferentes – artículo 98-. En el primer caso el plazo sería de 24 horas y el segundo caso el plazo será a vuelta de correo.

Según nuestra opinión si aplicamos esta regla al comercio electrónico deberíamos entender que el lugar ya no es un elemento importante para determinar la aplicación de las normas²⁰⁹. Ahora, si queremos aplicar el artículo anteriormente enunciado podríamos decir que las dos partes

²⁰⁹ La ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico nunca se pronuncio sobre el lugar de la transacción. “Respecto del lugar y momento de la formación del contrato cuando la oferta o la aceptación de una oferta se expresan por mensaje de datos, la Ley Modelo no dice nada a fin de no interferir con el derecho interno aplicable a la formación del contrato. Se consideró que una disposición de esa índole podría ir más allá del objetivo de la Ley Modelo, que debería limitarse a dar a las comunicaciones electrónicas un grado de certeza jurídica idéntico al de las comunicaciones consignadas sobre papel. La combinación del régimen aplicable a la formación del contrato con las disposiciones del artículo 15 tiene por objeto disipar la incertidumbre sobre el lugar y momento de la formación del contrato cuando la oferta o la aceptación se intercambien electrónicamente”.

siempre se encuentran en el mismo lugar, y este es el Ciberespacio, por lo cual el plazo debería ser de 24 horas.

La noción de lugar ha ido perdiendo importancia en el comercio electrónico y contratación electrónica, ya que las nuevas tecnologías de la información generan una aldea global en donde las fronteras o soberanías pierden validez. De hecho en el proyecto de convención elaborado por la CNUDMI, que ya hemos mencionado, se habla de una aplicación de la futura convención en forma independiente a la ubicación de las partes, es decir, no se limita la aplicación de la convención a los contratos internacionales, sino a los concertados o demostrados por mensajes de datos.

Las distintas convenciones internacionales también han tratado el tema de la oportunidad de la aceptación, es así, como la convención de Naciones Unidas sobre Compraventa internacional de mercaderías señala en su artículo 18 que “la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo

razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa”.

“No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente”.

Por otro lado en la ley modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la CNUDMI trata en su artículo 14, la figura jurídica del acuse de recibo. Por lo cual para que pueda ser atribuido un mensaje de datos a una persona determinada, el iniciador deberá acordar o solicitarle al destinatario que acuse recibo de dicho mensaje, y en caso de no haber establecido

formas por medio de las cuales se acusa recibo, la ley modelo nos plantea formas en que lo podremos hacer²¹⁰.

Según el Proyecto de Convención elaborado por CNUDMI, también nos señala en su artículo 8 que “la oferta surtirá efecto cuando la reciba el

²¹⁰ *Artículo 14. Acuse de recibo*

1) Los párrafos 2) a 4) del presente artículo serán aplicables cuando, al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos.

2) Cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante:

a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o

b) Todo acto del destinatario, que basten para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

3) Cuando el iniciador haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo.

4) Cuando el iniciador no haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenido ningún plazo, en un plazo razonable el iniciador:

a) Podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y

b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado conforme al inciso a), podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener.

5) Cuando el iniciador reciba acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos correspondiente. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido.

6) Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así.

7) Salvo en lo que se refiere al envío o recepción del mensaje de datos, el presente artículo no obedece al propósito de regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo.

destinatario” y “la aceptación de la oferta surtirá efecto cuando la reciba el destinatario”.

Por último, según el proyecto de ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos que se encuentra actualmente en el senado, en su artículo 33 trata sobre el tiempo de validez de la aceptación señalando que “ A criterio del emisor, el mensaje de datos enviado y condicionado a confirmación de recepción o aceptación, podrá tener un tiempo de validez durante el cual generara obligaciones para las partes. En caso de no señalarse tiempo de validez, éste será de 5 días hábiles, luego de los cuales se deberá ratificar las condiciones establecidas y aceptadas por las partes para proceder a la ejecución del contrato.

- La aceptación debe ser pura y simple

Esto significa que para lograr generar el consentimiento el destinatario de la oferta deberá aceptarla en todos sus puntos y en forma absoluta. Lo anterior se deduce de los artículos 101 y 102 de nuestro Código de Comercio, cuando señalan “ dada la contestación si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto

perfeccionado y produce todos sus efectos legales...” y el artículo 102 que señala “ La aceptación condicional será considerada como una propuesta”.

En este mismo sentido ha sido tratado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa internacional, pero esta convención ha ido más lejos y ha señalado que debe entenderse por una adición necesaria para ser considerada una nueva oferta. Así el artículo 19 señala:

1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Por último nos parece importante señalar que el proyecto de convención elaborado por la CNUDMI no aborda estos temas –por ejemplo, cuando será considerada una invitación a hacer ofertas y no una oferta- ya que considera que estos han sido tratados en otras convenciones como la convención sobre compraventa internacional de mercaderías, por lo cual, estas normas nos sirven de base para interpretar y adaptar las normas del proyecto a la realidad de cada país, lo cual será de suma importancia ya que la Convención de Compraventa internacional de mercaderías es una convención que se encuentra totalmente asentada en el comercio internacional.

2.3.3.5 Momento y lugar de la formación del consentimiento

Tal como lo señalábamos anteriormente para determinar el momento de la formación del consentimiento deberemos distinguir si el contrato que

estamos analizando es un contrato entre presentes o entre ausentes. Si nos remitimos a lo que ya hemos señalado podremos ver que según nuestro criterio no todos los contratos generados en la contratación electrónica son contratos entre ausentes –como lo piensan la mayoría de la doctrina generada en países latinoamericanos-, ya que debemos distinguir si el contrato se generó vía correo electrónico o si fue en línea. Por ejemplo si la oferta y la aceptación se dieron vía correo electrónico, según nuestra postura el contrato debe ser considerado entre ausentes, ya que no existía inmediatez entre la oferta y la aceptación, pero si estamos ante un contrato que se genera en línea debemos señalar que este contrato debe regirse por las normas para los contratos entre presentes ya que se cumple con el requisito de la inmediatez.

Cuando al contrato se le apliquen las reglas de los contratos entre presentes la formación del consentimiento estará determinada por el momento en que al ser emitida la oferta, ésta inmediatamente aceptada por el aceptante.

En caso que al contrato le apliquemos las reglas de los contratos entre ausentes, diremos que el consentimiento se forma desde –siguiendo la teoría de la declaración o aceptación que sigue nuestro código- desde el momento

que el destinatario de la oferta da su aceptación, aunque ésta no sea conocida por el oferente. Si pensamos en un contrato generado vía correo electrónico el consentimiento se forma desde el momento que el aceptante envió su correo electrónico –en el cual va contenida la aceptación-. En cuanto al envío y a cuando se entiende que el correo entra en el sistema del oferente, nos remitimos a lo ya señalado.

Por último, en cuanto al lugar en el cual se forma el consentimiento podemos decir que este concepto pierde validez y se diluye cuando lo queremos hacer aplicable a la contratación electrónica, ya que en Internet no existen fronteras. Ahora si igualmente lo quisiéramos analizar podemos decir que para su determinación se usan las mismas teorías que utilizamos cuando analizamos el momento de formación del consentimiento, con lo cual si siguiéramos la teoría de la declaración el lugar de formación del consentimiento sería el lugar donde la aceptación se dio.

2.3.3.6 Cuestiones suplementarias

La CNUDMI destaca el hecho que las normas sobre oferta y aceptación -de la ley sobre compraventa internacional de mercaderías- hayan tenido gran éxito, debido a que su enfoque trasciende a las

tradicionales diferencias entre derecho civil y derecho consuetudinario, pero nos señala que ahora el grupo de trabajo deberá analizar si éstas normas – las relativas a la compraventa internacional- también pueden abarcar el campo de la formación de los contratos, y así recurrir a ellas a la hora de redactar normas concernientes a la contratación electrónica.

Para algunos la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional parte de la base que los contratos se forman por la oferta y la aceptación. Según éstas escuelas de pensamiento cuando nos enfrentamos a un contrato, en donde, no se distingue claramente una oferta y una aceptación, éste contrato debe ser excluido de la convención. Si seguimos esta línea de pensamiento nos daremos cuenta que resultaría casi imposible usar el modelo de esta convención a la formación de los contratos electrónicos.

No obstante lo anterior, la mayoría de los comentaristas señalan que la convención también abarca los acuerdos alcanzados sin necesidad de recurrir al esquema tradicional de oferta-aceptación, ya que el hecho que la convención no se refiera a estos acuerdos no necesariamente los excluye. En base a esta postura si sería posible aplicar algunas normas de esta convención a la contratación electrónica.

En cuanto a si en un futuro proyecto de convención debieran formularse normas para los casos en que no se de el esquema de oferta-aceptación, me parece que no correspondería y este sólo complicaría la posible interpretación de la convención. Concuero con los autores que señalan que se debe aprovecharse la jurisprudencia que se ha elaborado para la convención de compraventa internacional de mercaderías, en todo caso reconociendo que en oportunidades sus normas deberán ser interpretadas en forma bastante extensiva para lograr abarcar la contratación electrónica. Como señalábamos en el primer capítulo los problemas que puedan surgir en el B2B deberán ser abordados según la *lex mercatoria* que han ido creando los propios agentes del comercio internacional y que esta basada en una serie de principios internacionalmente aceptados, así como también la jurisprudencia de tribunales arbitrales que operan a nivel internacional.

Otra cuestión suplementaria que se abordo en el trabajo de la CNUDMI dice relación con a) la aceptación y efecto vinculante de condiciones contractuales presentadas en una pantalla de video, pero que una parte no preveía forzosamente; b) la incorporación por remisión de cláusulas contractuales accesibles a través de un enlace hipertextual. Según se señala la ley modelo de comercio electrónico no aborda a cabalidad

ninguna de estas cuestiones, aunque su artículo 5 bis se refiere a la incorporación por remisión esta es sólo una disposición de carácter general que podría traer problemas.

En nuestra opinión éstas cuestiones no son temas que deban ser tratados en un futuro instrumento internacional, ya que ellos deberán ser resueltos mediante el derecho interno de cada país. En cuanto a la cuestión mencionada en la letra a), creemos que esta es una practica habitual del comercio en general y, en especial, del comercio electrónico ya que una de sus características es la gran velocidad para lograr una transacción. Resultaría muy engorroso el pretender que ambos contratantes conozcan de antemano –en forma pormenorizada- las distintas cláusulas del contrato que están celebrando. A mi modo de ver las partes siempre son libres de contratar y este principio de la autonomía de la voluntad debe prevalecer a posibles normas que lo restrinjan. Por ejemplo si a uno de los contratantes se le presenta un contrato con diversas cláusulas, el siempre tiene la oportunidad de revisarlo y analizarlo detenidamente, pero no podemos pretender que esto se transforme en una obligación impuesta por alguna norma.

En cuanto a la letra b)²¹¹, concuerdo que la norma contemplada en el artículo 5 bis de la ley modelo sobre comercio electrónico es bastante general, pero a mi modo de ver esta generalidad se condice con el espíritu de la convención, y es suficientemente flexible como para que los Estados se puedan adecuar a ella. El hecho que ciertas condiciones del contrato aparezcan de un hipervínculo no me parece que afecte la contratación electrónica, sino más bien que la refuerza ya que le da fluidez a este tipo de comercio.

La última cuestión suplementaria que se trata se refiere a lo que se ha denominado “batalla de las formas”²¹², cuestión que ni la convención sobre compraventa internacional de mercaderías, ni la ley modelo sobre comercio electrónico se han referido, pero que si ha sido abordado en los principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales.

²¹¹ En este punto resulta importante las críticas que formulo la CCI “Las respuestas al cuestionario muestran que la incorporación de términos es una esfera en la que a juicio de las empresas se plantean problemas actualmente debido a la falta de armonía de las legislaciones nacionales. No obstante, la incorporación de términos por remisión es un problema muy debatido no sólo en el entorno electrónico. La cuestión decisiva es cuánta atención debe prestarse a la incorporación de términos para que éstos sean jurídicamente válidos. Este problema sigue siendo el mismo en el entorno electrónico. El Grupo de Expertos sugiere que la CNUDMI trate de solucionar el problema general de la incorporación de términos normalizados con especial referencia los términos normalizados en un contexto electrónico. Este problema podría tratarse de una manera general en la convención. Pueden encontrarse orientaciones en los artículos 2.20, 2.21 y 2.22 de los principios del UNIDROIT”. Ob.cit. N°6

²¹² En este punto resulta importante las críticas que formulo la CCI “El Grupo de Expertos reconoce que es difícil solucionar el problema de la batalla de las formas. No obstante, se ha hecho un esfuerzo por resolver ese problema en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que podría retomarse y quizá incluso mejorarse en una nueva convención”. Ob. cit N°6

Nuevamente a nuestro modo de ver esta cuestión debe ser tratada por el derecho interno de cada Estado y en subsidio se deben utilizar la experiencia que con los años a ganado el UNIDROIT, pero no es una materia propia a discutir en una futura convención sobre contratación electrónica.

2.3.4 Cuestiones especiales

2.3.4.1 Sistemas informáticos automatizados

En relación con los sistemas informático automatizados estos no son tratados en la ley modelo sobre comercio electrónico, de hecho, en dicha ley modelo no se especifico que deberíamos entender por ellos. Sólo aparece una referencia en su artículo 13 N° letra b) que trata sobre la atribución de los mensajes de datos²¹³.

²¹³ Artículo 13. Atribución de los mensajes de datos

- 1) Un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador.
- 2) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado:
 - a) Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje; o
 - b) Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

El grupo de trabajo de la CNUDMI ha enunciado un principio general respecto de este tema, en el sentido que “la persona ya fuere física o jurídica en cuyo nombre se encuentre programada la computadora debía ser en definitiva la responsable de los mensajes elaborados por la máquina”, ya que el usuario de una herramienta es responsable de los resultados obtenidos mediante el uso de esa herramienta, ya que esta no tiene voluntad propia.

Se ha discutido si en un futuro instrumento se debe elaborar una norma que obligue a los usuarios del sistema aún cuando ellos hayan contratado con un sistema automatizado, en el cual no existió una revisión humana de la transacción, se dice que esta norma facilitaría el uso de la automatización para fines electrónicos. En mi opinión esta norma podría dar cierta seguridad a los usuarios, ya que tendrían claro quién responderá en caso que se produzca un conflicto.

También se ha señalado que el principio general que enunciamos anteriormente se sustenta en el paradigma que el sistema automatizado funciona únicamente en base a las restricciones técnicas de su programación preestablecida. Por lo cual este principio no funcionaría si en el futuro se desarrolla la llamada inteligencia artificial.

A mi modo de ver concuerdo con el principio que ha adoptado la CNUDMI y creo que este puede ser aplicado actualmente como en un futuro ya que la responsabilidad será siempre de quién use el sistema para su beneficio, dado que esta es la persona que mantiene a su cargo la computadora²¹⁴.

2.3.4.2 Tratamiento de equivocaciones y errores

El tema de las equivocaciones y los errores se encuentra completamente ligado al uso de sistemas informáticos automatizados. En cuanto al tratamiento que podemos enunciar para éste tema, creemos que se debe distinguir entre los errores a) que sufre una persona física cuando contrata con un sistema automatizado, y b) los errores que se pueden generar en el sistema automatizado. En un futuro también podría darse el caso de errores generados entre sistemas automatizados.

²¹⁴ Un ejemplo que puede resultar común sería el de las máquinas que expenden bebidas. Actualmente ¿quién responde en caso de un problema?, no responde por ella la empresa que las fabrica, sino la empresa que las utiliza para la venta de sus bienes. Ahora, imaginemos por un momento, que estas máquinas tuviesen inteligencia artificial y se suscitara un problema. Creo que necesariamente debería responder la misma empresa que utiliza las maquinas, no importando que ella haya podido tomar una determinación con cierta inteligencia.

Ninguno de estas clases de errores ha sido tratada en la ley modelo sobre comercio electrónico²¹⁵, ya que este es un problema que surge cuando comienzan a aparecer los sistemas automatizados.

En relación a la letra a), podemos señalar que se ha tratado de distintas maneras este problema. En un primer lugar señalaremos que según lo ha tratado Estados Unidos –en su ley uniforme sobre transacciones electrónicas, sección 10- y Canadá –en su ley uniforme sobre comercio electrónico- las personas naturales en determinados casos y, en consideración, a determinadas condiciones pueden no quedar obligadas si han cometido un error material. La justificación de esta norma esta dada porque existe un mayor riesgo a que se cometan errores cuando una persona natural contrata con un sistema automatizado, que cuando una persona natural contrata con otro ser humano, además de que en el primer caso el error podría ser irreversible, por ejemplo si el contratante por error envía el mensaje de datos con su aceptación.

Un enfoque parecido al anterior, pero más restrictivo es el que encontramos en la directiva 2000/31/CE del parlamento europeo, que trata

²¹⁵ En cuanto a las críticas formuladas por la CCI, podemos señalar que “Las respuestas al cuestionario muestran que las empresas también están preocupadas por la falta de uniformidad en las normas jurídicas nacionales relativas a las equivocaciones y errores.

sobre determinados aspectos de la sociedad de la información en especial el comercio electrónico. Según esta directiva sólo las personas que ofrecen bienes o servicios a través de sistemas automatizados tienen la obligación de brindar medios para corregir errores.

En relación a la letra b) creemos que siguiendo el principio planteado para los sistemas automatizados siempre responderá la persona que tenga a su cargo dicho sistema. Concuerdo con la opinión de la CNUDMI, en el sentido que existirán casos en que se puede atenuar la responsabilidad, ya que en mi concepto en esta materia no podríamos establecer una especie de responsabilidad objetiva, sino deberá analizarse caso a caso, tomando en especial consideración el grado de previsibilidad del error y hasta que punto esta persona tenía un control sobre el sistema.

En mi opinión creo que será muy difícil el que los distintos Estados se pongan de acuerdo en el tratamiento de estos temas, una buena solución sería que la CNUDMI en una futura convención planteara un principio

El Grupo de Expertos preferiría que esa cuestión se tratara en un nuevo artículo de la convención”. Ob. cit. N°6.

general y posteriormente distintas variantes que concuerden con dicho principio²¹⁶.

2.4 Algunas Adaptaciones Jurídicas

2.4.1 La Notificación vía correo electrónico

La masificación de las tecnologías de la información, fue el principal aporte para el gran desarrollo que ha experimentado el comercio electrónico, pero en la medida que este comercio ha ido creciendo, también han crecido los problemas que este trae aparejado.

Uno de los principales problemas del comercio electrónico y que deriva de su naturaleza internacional, está dado por los problemas respecto a la ley aplicable o a la jurisdicción competente. Mucho se ha escrito sobre la posibilidad de regular Internet o sobre la posibilidad que exista una soberanía en el estado ciberespacial, pero la mayoría de las opiniones nos señalan que esto es imposible e iría contra la naturaleza propia de Internet. Entonces, comienza a surgir una serie de dudas de cómo podremos

²¹⁶ Como un punto importante podemos señalar que dentro de los principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales se tratan las distintas consecuencias de los errores para la validez del contrato (Artículo 3.5 y 3.6).

solucionar los conflictos internacionales que se susciten en este ámbito ciberespacial.

La mayoría de los organismos internacionales que están trabajando en el tema, abogan por que los Estados establezcan sistemas de solución de conflictos que están basados en el arbitraje y la conciliación internacional. Es así como se están creando una serie de centros de arbitrajes, en donde se puedan resolver los conflictos que se produzcan en la contratación electrónica. Particularmente algunos países ya poseen lo que se ha denominado Magistrado virtual o cibertribunal, que su principal misión es resolver en forma rápida, económica y eficiente los distintos problemas surgidos entre los contratantes. Para acceder a estos centros de arbitraje se hace, a través de Internet y las partes se ponen de acuerdo en cuanto al procedimiento y él o los árbitros que resolverán su caso.

Una de las normas de procedimiento que las partes pueden pactar, dice relación con la forma en que las distintas resoluciones del proceso se notifiquen, y dentro de ellas, puede ser una notificación vía correo electrónico.

Las notificaciones resultan ser uno de los actos procesales más importantes dentro de cualquier ordenamiento jurídico, ya que son

imprescindibles para que se cumpla con el principio de bilateralidad de la audiencia.²¹⁷

Es tal la importancia de las notificaciones que en nuestro país su realización está encargada a un ministro de fe, denominado receptor, y que actúa como un auxiliar de la administración de justicia.

En nuestro país no existe la posibilidad que en un proceso judicial las partes acuerden ser notificadas vía correo electrónico, aunque distinto es el caso si estamos en un procedimiento arbitral, ya que aquí rige el principio de la autonomía de la voluntad por lo cual las partes son libres para establecer las normas de procedimiento que ellas consideren pertinentes²¹⁸, lo cual es de suma importancia para el desarrollo del comercio electrónico,

²¹⁷ Camiruaga, José Ramón, “De Las Notificaciones”, página. 11 y 12, Editorial jurídica de Chile, 1991. En cuanto al concepto de la palabra notificación, debemos entender que “en su sentido natural y obvio, significa acción y efecto de notificar. Notificar etimológicamente proviene del latín *notificare*, derivado, a su vez, de *notus*, que significa “conocido”, y de *facere* que significa hacer. Luego en su sentido etimológico notificar, de *notum facere*, significa como dice Fábrega y Cortés, “hacer conocido, poner en conocimiento o hacer conocer. En consecuencia en el mismo sentido etimológico, notificación es el acto de hacer conocido, poner en su conocimiento o hacer conocer y su correspondiente efecto. Tomando la palabra notificación en su más amplio sentido, Carnelutti dice que ella comprende toda actividad dirigida a “poner algo en conocimiento de alguien”, por lo que notificación equivale a comunicación y notificar, a comunicar, ya que comunicar en su sentido natural y obvio, significa “descubrir, manifestar, hacer saber a uno alguna cosa. Estos sentidos naturales confirman, desde luego, que la notificación es un acto de comunicación.”

²¹⁸ Algo distinto es lo que sucede, por ejemplo, en Perú, ya que el 6 de febrero de 2001, se promulgó la ley N°27419, mediante la cual se autoriza la notificación vías correo electrónico de las distintas resoluciones dictadas en un proceso judicial. En todo caso, esta ley establece una serie de requisitos para garantizar el valor de esta notificación, dentro de los cuales podríamos destacar: 1) el hecho que exista una confirmación de la recepción del correo; 2) sólo se notificará por esta vía a la parte que lo hubiese solicitado; 3) los gastos de la notificación quedan incluidos en la condena en costas –uno podría pensar que estos gastos son mínimos, pero esto no es tan así, dado que para algunas resoluciones se deberá usar una firma electrónica y contratar los servicios de una entidad certificadora; 4) Se debe dejar constancia en

ya que como lo señalamos anteriormente, la principal vía de solución de conflictos será el arbitraje, por ser el único mecanismo eficiente para solucionar los problemas que se susciten principalmente entre contratantes de distintos países.

Desde nuestro punto de vista la notificación vía correo electrónico no debería presentar mayores problemas, si se cumple con las salvaguardas mínimas para asegurar a los contratantes que la resolución que se les esta notificando es la emitida por el tribunal. Afortunadamente en nuestro país ya entro en vigencia la ley sobre documentos electrónicos, de firma electrónica y de servicios de certificación²¹⁹, mediante la cual se regulo el uso de la firma electrónica y las empresas dedicadas a la certificación por lo cual no existirían problemas para que resoluciones tan importantes como una sentencia definitiva puedan ser notificadas –obviamente utilizando una firma electrónica avanzada- por esta vía, teniendo el mismo valor que una copia autorizada de dicha sentencia²²⁰.

el expediente de la notificación entregada para su envío; 5) la notificación debe contener los mismos datos que la notificación tradicional.

²¹⁹ Ley N°19799, publicada en el Diario Oficial el 12 de abril de 2002

²²⁰ La ley N° 19799 en su artículo 1 establece que las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte papel.

2.4.2 Las Cibernotarías y los Terceros de confianza

Una de las principales limitaciones que presenta la firma electrónica en la actualidad es la autenticidad de la identificación representada en la firma electrónica, ya que los bits que llegan con la firma electrónica no tienen relación propia con las claves del firmante.

La importancia de verificar la existencia del comprador o vendedor, radica en el derecho de conocer en forma segura la identidad de las partes en el proceso previo y posterior de la contratación a fin de evitar vicios del consentimiento, por error en la identidad de las partes.

“La seguridad jurídica respecto a la identidad de los firmantes en el mundo real, es solucionada en el sistema romano con la figura del Notario, que como Fedatario Público, investido de poderes reconocidos por la ley da fe sobre los documentos que conoce, los mismos que al contar con una firma de Fedatario Público se convierten en la mayoría de las legislaciones en un instrumento público. En el mundo virtual se crea una figura que se denomina como la entidad de certificación o tercero de confianza, que es

una institución técnica de validación y verificación de las partes que contratan electrónicamente”²²¹.

En nuestro país ya existe una ley que regula la firma electrónica y las entidades certificadoras –ley19799-, la cual no ha estado exenta de críticas incluso anteriores a su publicación²²².

El artículo 11 de la ley 19799 define que debe entenderse por entidades de certificación señalando que estas serán las personas jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que otorguen certificados de firma electrónica.

Como vemos en nuestro país se están dando las adaptaciones jurídicas necesarias para que el comercio electrónico pueda desarrollarse.

Capítulo III

Sanción judicial y contencioso electrónico internacional

²²¹ Barzallo, José Luis, “Los terceros de Confianza en el comercio electrónico”. Revista electrónica de Derecho Informático”, n°33 ,2001.

²²² En este sentido, véase, la entrevista realizada al Notario Público don Eduardo Avello, en la revista “la Semana Jurídica, del 18 de marzo de 2002.

3.1- Consideraciones previas

En la medida que el comercio electrónico se desarrolla, cada día adquiere mayor relevancia el proceso de homogenización de la legislación mercantil internacional dado que ésta resulta ser la mejor manera de otorgar una garantía real a quienes participan de éste comercio internacional. Como ya lo mencionábamos anteriormente, es así, como ha ido surgiendo una verdadera “*Lex Mercatoria*” del comercio electrónico internacional, que se encuentra formada por los distintos usos y costumbres comerciales, que a su vez se ven materializados en las distintas leyes modelos o proyectos de convención que han sido propuestos por las Naciones Unidas o en los llamados *E-terms* elaborados por la Cámara de Comercio Internacional.

Pero hasta el momento, el gran problema que existe, es que ninguno de estos trabajos se ha referido a cual debe ser la jurisdicción competente y la ley aplicable que resuelva un eventual conflicto internacional²²³. Entonces, debemos preguntarnos si podemos aplicar -de una manera efectiva- a éste comercio, las distintas convenciones internacionales de Derecho Internacional Privado que regulan el derecho aplicable, como

²²³ En este sentido podemos decir que la ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por la CNUDMI, al tratar su ámbito de aplicación señala que en ningún caso se pretende convertir esta norma en una norma de conflicto de leyes.

serían la Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a Los Contratos Internacionales²²⁴(en adelante convención de México) o el Convenio de Roma relativo a las obligaciones contractuales²²⁵.

Dadas las características que presenta Internet cualquier jurisdicción podría intentar regular los actos jurídicos que se generan en el ciberespacio, por lo cual resulta imprescindible el lograr algún grado de certeza en cuanto a cual será la jurisdicción competente y la ley aplicable al contrato, sobre todo en el caso que se haya producido un problema, dado que este problema por el hecho de haberse generado en el ciberespacio deberá ser tratado desde una perspectiva internacional²²⁶ y dará origen a lo que hemos denominado contencioso electrónico internacional.

Para dar solución a este contencioso electrónico internacional tendremos que distinguir en que tipo de comercio se produjo el problema, ya al ser B2C, deberemos tomar en consideración que la mayoría de los países cuentan con normas de orden público para la protección de sus consumidores, por lo cual en la mayoría de los casos los problemas deberán

²²⁴ Convención suscrita en México, el 18 de marzo de 1994

²²⁵ Convención suscrita en Roma, el 19 de junio de 1980.

²²⁶ Según nuestro enfoque, un problema generado en el ciberespacio es siempre un problema internacional, ya que como lo explicamos anteriormente el ciberespacio es un espacio virtual que tiene la cualidad de ser común para todos los Estados. Al seguir este enfoque ya no existirá el problema de determinar internacionalidad del contrato.

ser resueltos por la ley del foro. Ahora, si estamos ante un problema generado en el B2B deberemos distinguir si en el contrato existe algún tipo de cláusula de elección de foro, o si estamos frente a un contrato en el cual no se previeron estas cuestiones. De ser este el caso, deberemos ver si podemos aplicar las distintas convenciones de Derecho Internacional Privado que regulan la materia.

En todo caso, desde ya, nos gustaría señalar que el arbitraje internacional esta siendo el modo más efectivo para dar solución a los problemas que se plantean en el comercio electrónico. De las distintas alternativas de este arbitraje o conciliación, la principal de ellas y que esta adquiriendo mayor relevancia, es el arbitraje generado “en línea” que también se conoce con el nombre de magistrado virtual y que nos da a entender la idea de un cibertribunal.

3.2- ¿Existe jurisdicción en el ciberespacio? ¿Qué ocurre con el concepto de soberanía?

Para dar respuesta a estas preguntas debemos comenzar analizando que factores resultan ser necesarios para que podamos señalar que existe jurisdicción o soberanía. Posteriormente analizaremos el concepto y las

distintas características que nos presenta el ciberespacio, y veremos si es posible aplicar éstos conceptos a esta nueva realidad.

En primer lugar podemos señalar que los conceptos de jurisdicción y soberanía necesitan de un espacio físico que resulta ser su límite. Por ejemplo nosotros podemos señalar que nuestro país tiene plena soberanía dentro de su territorio geográfico, entonces, nuestros límites dan forma al lugar donde nosotros podemos considerarnos soberanos. En cuanto a la jurisdicción podemos señalar que su concepto también implica la noción de un territorio geográfico, y es aquí donde ella se ejercerá por una determinada autoridad que fue nombrada en base a una ley. Tal como lo señalan algunos autores en la actualidad –pensamiento positivista- es muy difícil encontrar una autoridad que no se encuentre amparada en una ley dictada por el poder legislativo, aunque esto puede cambiar si lo pensamos para el ciberespacio²²⁷.

²²⁷ “Estamos al filo de ser testigos a la creación de una cultura legal pos-positivista. En otras palabras, es posible que estemos entrando ahora a una época en la que se verá una rica autoridad consuetudinaria no fondeada en las acciones de ningún soberano en particular. Asimismo, surge el nuevo entendimiento acerca de determinados aspectos del derecho internacional de derechos humanos, y podría surgir también de las brotantes normas del mismo ciberespacio. Es decir que el ciberespacio se convertirá en un modelo de cómo puede existir una autoridad sin que exista cuerpo legislativo. Nosotros sin embargo pensamos que cualquier sistema que hoy pretenda establecerse como sistema práctico de autoridad deberá reconocer esta premisa positivista dentro de la cultura legal actual, y esto significa tener que buscar una autoridad para el derecho del ciberespacio que esté fondeado de forma directa en el derecho del espacio real”. Goldsmith Jack y Lessig Lawrence. 1999. “El fondeo del Magistrado Virtual”. Revista Electrónica de

El ciberespacio no es un lugar físico²²⁸, sino un espacio virtual internacional²²⁹ que se encuentra formado por la unión de innumerables redes de computadores que forman Internet²³⁰. El hecho que no sea un lugar físico genera una serie de complicaciones cuando queremos hacer aplicables a el los conceptos de jurisdicción o soberanía. De hecho –como ya lo hemos mencionado- en el ciberespacio el concepto de soberanía se

Derecho Informático. Mayo de 1999, N°10. Artículo publicado en la revista Ciberespacio y Sociedad, traducción de Javier Villate

²²⁸ “Hay quienes dicen como M. Burstein “ no hay un lugar allí en Internet”, y otros como: Herbert Kronke, la Corte del Distrito de Munich o la Corte de Distrito del Distrito Sudeste de Nueva York, que sostienen que “ todos los lugares están allí en Internet”. De un modo u otro, todos nos presentan esta paradoja de un espacio no territorial, no geográfico, que por su sola existencia genera interrogantes y problemas al mundo legal conocido, fuertemente atado a lo geográfico por la cuerda de las soberanías” . Ramón G. Brenna “Internet: Espacio Virtual sin Ubicación ni Ley”.

²²⁹ “Aunque el ciberespacio es internacional, las relaciones que de su utilización emanan pueden ser de índole local”.

“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". Fernando J. Cafferata “Jurisdicción en la red Internet”.

²³⁰ El 24 de octubre de 1995, el FNC comunicó una resolución definitoria, emitida de acuerdo con miembros de Internet y comunidades de derechos de la propiedad intelectual.

El Consejo Federal de Interconexiones (Federal Networking Council) manifiesta que las siguientes expresiones reflejan nuestra definición del término Internet.

Internet se refiere al sistema de información global que:

- (i) Se encuentra vinculado lógicamente por un espacio direccionable global determinado, basado en el Protocolo de Internet (IP) o sus subsecuentes extensiones y agregados.
- (ii) Es capaz de soportar comunicaciones utilizando el conjunto de herramientas del Protocolo de Control de Transmisiones/ Protocolo de Internet (TCP/IP) o sus subsecuentes extensiones y agregados, y provee, utiliza o hace accesible, sea en forma pública o privada, servicios de alto nivel estratificados en las comunicaciones y en la infraestructura relacionada aquí descrita. Guillermo Kleinlein, en su trabajo denominado ¿Qué es Internet?.

diluye y pierde validez²³¹ desde el momento que cualquier Estado puede acceder al ciberespacio y en teoría podría arrogarse una determinada potestad soberana sobre él.²³² Desde nuestro punto de vista existe aquí una confusión de conceptos, ya que no puede existir soberanía de un Estado sobre un espacio virtual, que resulta ser internacional y en el cual convergen todos los Estados, de ser así se generaría un gran conflicto en donde encontraríamos que varios Estados son soberanos del mismo espacio, cuestión que va en contra del concepto mismo de soberanía. Existen autores que han considerado que el ciberespacio es como una nueva realidad, lo

²³¹ En este sentido, véase, ob cit. Nota N°229 “dada la situación de tensión entre el espacio no geográfico de Internet y las soberanías localizadas en pugna por imponer sus regulaciones, el Derecho tradicional, organizado en límites nacionales, puede resultar anticuado en un mundo organizado en Redes y Prestadores de Servicios de Internet (PSI). De este modo, el concepto “ Sitio”, minimiza su significado en este nuevo mundo de redes; “frontera” también significa poco allí. Un mensaje del comerciante de mi cuadra para realizar una transacción no es diferente a un mensaje de un comerciante del centro de Barcelona o de cualquier otro punto del globo. La obtención de información que realizo en la página Web del Senado francés no es distinta de la consulta que puedo efectuar al Web del Servidor de mi Universidad de Buenos Aires.

Con pocas excepciones los usuarios no advertimos el cruce de fronteras o límites políticos de las soberanías; todo lo que nosotros sabemos es la dirección de un sitio o de un e-mail, de una tienda virtual o de un proveedor de contenidos a quien recurrir. En ocasiones, ni siquiera esto. Muchas direcciones de Internet usan extensiones de dos letras después de su dominio, para mostrar la ubicación, no tanto en este espacio sin lugar de Internet, sino en nuestro mundo psicológico –fr = Francia, it =Italia, ar =Argentina - y esto algo nos tranquiliza. Pero los estadounidenses no la usan y de hecho no es requerida. Por si faltase algo, puede falsearse, usando una extensión ficticia.

Todo nuestro derecho tradicional ha mirado siempre hacia la geografía para funcionar pero, como vemos, lugar”, “sitio”, en Internet parece significar muy poco”.

²³² El ciberespacio está en todos lados, y en ninguno en particular. Accedemos a él desde desde cualquier punto, nuestras transacciones lo van atravesando, llegan a todas partes. Esto resulta en que casi cualquier lugar, según las nociones tradicionales acerca de lo que es la jurisdicción soberana, puede proclamar para sí el derecho de regular estas transacciones. Esto resulta en la confusión de conceptos. Es como si el mundo se hubiera aplanado de pronto, y que todas sus diversas jurisdicciones se hallaran una al lado de la otra en el mismo plano. Arriba de todo ello, va suspendido un espacio independiente y singular, que

cual implica entender que existe una nueva soberanía. No concordamos con esta postura dado que creemos que el concepto de soberanía no puede ser fragmentado, y según estos autores en el ciberespacio todas las naciones gozan de soberanía, ya que es un espacio accesible desde cualquier lugar del planeta. Además si siguiéramos esta teoría podríamos pretender juzgar bajo nuestra leyes cualquier conflicto que se generara en el ciberespacio, ya que éste sería un lugar en el cual ejercemos jurisdicción, cuestión que a todas luces nos parece impresentable.

En nuestra opinión, el concepto de soberanía no puede ser aplicado al ciberespacio, dado que este es un espacio internacional, en el cual ningún país puede considerarse soberano. Ahora, también nos parecería impropio señalar que sobre éste espacio existe un tipo de soberanía común en la cual todos los Estados son soberanos, ya que el concepto de soberanía va ligado a la idea poder que ejerce un Estado en un lugar determinado de su territorio, e Internet no pertenece a ningún país u organización.

coexiste con el mundo de abajo. A medida que va pasando el tiempo, varias jurisdicciones "de las de abajo" interferirán con la de arriba de tal modo que se empezará a armar un lío. Ob. Cit. Nota N° 227.

Por otro lado en cuanto a la jurisdicción²³³, diremos que este concepto es plenamente aplicable²³⁴ al ciberespacio²³⁵ y lo importante será determinar que tipo de jurisdicción es la que pretendemos ejercer²³⁶. Desde nuestro

²³³ En cuanto a la jurisdicción aplicable podemos señalar que “sin entrar a considerar aspectos puramente jurídicos, podemos aclarar que cada uno de los computadores intervinientes puede encontrarse a su vez en diferente jurisdicción, y por lo tanto, las normas de derecho aplicables a cada uno de ellos ser diferentes. Esta digresión viene a cuento para el caso del comercio electrónico, donde existe un comprador y un vendedor (2 computadoras como mínimo).

Puede ocurrir que el vendedor esté rentando espacio en merchant server, o sea un servidor de comercio electrónico, donde una empresa intermediaria realiza operaciones a título oneroso por cuenta y orden de un tercero (3 partes involucradas). Puede también ocurrir que la cancelación de la operación sea a través de medio de pago con seguridad garantizada (tarea que queda a cargo de un cuarto responsable, que es el intermediario financiero). Cada una de las partes involucradas puede tener su computador residiendo en un ámbito legal diferente, lo cual nos brinda la posibilidad de hasta cuatro jurisdicciones involucradas para una única operación”. Ob. cit. Nota 228

²³⁴ Por ejemplo cuando se ha discutido sobre la naturaleza de Internet se ha señalado que “si fuera sólo un medio de comunicación -como el teléfono-, nunca la actividad de un sitio web podría, por ejemplo, generar 'jurisdicción' más que en aquel lugar desde donde se lo opera. Si fuera algo más, la cuestión puede ser analizada bajo otros parámetros. (En junio o julio de 2000, en la Argentina, la AFIP -el organismo fiscal del gobierno- ha promovido una demanda por más de us\$ 50 millones contra dos compañías aéreas por no efectuar retenciones en el pago de comisiones al sistema Amadeus <<http://www.global.amadeus.net/index.htm>> alegando que la actividad del sitio permite considerarla como actividad realizada en la Argentina, como recurso de fuente argentina a los efectos fiscales)”. Horacio M. Lynch “La incierta Naturaleza de Internet”.

²³⁵ “El ciberespacio – señalan DOWNES-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.” Desde esta concepción, se entiende al “ciberespacio” como una “nueva jurisdicción” que atraviesa transversalmente a las otras jurisdicciones ya existentes. (Internacional, Comunitaria, Nacional, Provincial y municipal)”. Ob cit..nota N° 229

²³⁶ En este sentido el profesor Caferata nos señala que la jurisdicción podría ser:

Internacional

Si se considera que la red Internet goza de un carácter internacional por sus efectos y que por lo tanto esta regulado principalmente por las normas internacionales ya creadas y ha crearse a medida que se difunda su utilización. De entre las soluciones que se piensan aparece la posibilidad de crear un Tribunal Especial Internacional.

Supranacional

Otros autores postulan 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. Este Acuerdo puede celebrarse en el marco del MERCOSUR. Por otra parte, el avance de las negociaciones acelerará la necesidad de crear un tribunal supranacional de justicia

Nacional

La regulación por parte de los estados nacionales en forma aislada no es considerada adecuada por la naturaleza de la red

punto de vista, nos parece interesante lo que ha sucedido en los tribunales argentinos que siguiendo el criterio de EEUU han señalado que la jurisdicción federal²³⁷ es la llamada a resolver los conflictos que se generen en el ciberespacio y se han elaborado una serie de doctrinas^{238 239 240}.

Federal.

Constituye materia federal por su naturaleza constitucional, toda cuestión que verse sobre la interpretación y aplicación de los tratados internacionales, sin distinguirse entre cláusulas de derecho público y de derecho privado.

También surge la competencia federal cuando se trata de conflictos que involucran a ciudadanos de distintas provincias (persona), entre otras. En lo que se refiere al tema en discusión puede ocurrir que el server se encuentra en una provincia distinta al de donde reside el usuario demandante o no. ¿Cuál será la jurisprudencia en esos casos?

Provincial

En este cuadro sólo tendrían facultades para regular a través de leyes complementarias cuestiones ya reguladas por los Tratados Internacionales, los Acuerdos Supranacionales, la Constitución Nacional y las leyes dictadas por el Congreso Nacional. Dentro de este marco, las provincias podrán dictar las normas que considere adecuada para la efectiva aplicación de todo el ordenamiento.

Municipal

En los municipios se puede delegar la fiscalización o poder de policía (power police) por encontrarse más cerca de los usuarios del sistema. Ob. cit. Nota N°229

²³⁷ "Esta jurisdicción es "virtual" porque cualquier ciudadano del planeta puede acceder desde una PC (Software y Hardware) libremente a la (web) WWW mediante la red Internet y se conecta mediante un "proveedor". (ISP) (Internet Service Provider). Uno puede acceder al ciberespacio sólo a través del software y éste define los términos de acceso. Esta obligación se hace cumplir mediante el sistema que se conoce como el de "codificación informática".

Tanto el "usuario" como el "proveedor" se encuentran ubicados en un espacio territorial. Por lo que corresponde recurrir a la jurisdicción "in personam" del usuario o del proveedor. Al ser un "lugar virtual", la Corte – en materia aeronáutica y del derecho de navegación- ha entendido que es jurisdicción federal. Podría ser utilizado este criterio analógicamente para el caso de conflictos en el ciberespacio siempre que se trate de comercio interjurisdiccional o de elementos extranjeros que hagan necesario el reenvío al derecho sustancial extranjero". Ob cit nota N°228

²³⁸ La doctrina de "stream of commerce" (flujo de comercio)

La Corte americana utiliza esta doctrina para otorgar carácter federal a la relación comercial entre personas de distintos estados. La utilización de este nuevo intermediario para establecer relaciones jurídicas. 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". Ob. Ci. Nota N°229.

²³⁹ La doctrina de los contactos mínimos.

El acusado puede estar sujeto a la jurisdicción específica o general "in personam" en el estado del foro.

Además se ha señalado que “la aplicación de la *personal jurisdiction*” en los casos civiles que ocurran en ciberespacio requiere de los conceptos de “contactos mínimos” y *“fair-play and substancial justice”* según lo estableció la Corte americana en el caso *International Shoe*. 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*”²⁴¹.

Para afirmar la jurisdicción general, el demandante debe establecer- por lo menos – “contactos mínimos”. Por otra parte y en orden a determinar el requisito de la doctrina de “los contactos mínimos”, los acusados (demandados) no residentes deben: i] Demostrar que los resultados directos de sus actividades y consumos producidas con el foro; ii] que la demanda deriva de donde se hubiere iniciado o en el foro del acusado donde realiza sus actividades y iii] el ejercicio de la jurisdicción tiene que ser justa.

La Corte americana ha dicho en relación a la declaración del correo en un boletín de servicio a bordo que “el mero acto de transmisión de información aunque se use las facilidades de las comunicaciones interestatales no es suficiente para establecer la jurisdicción”.

Una jurisdicción específica puede surgir por contactos particulares y esporádicos si el reclamo esta relacionado con o fuera un posible contacto del acusado con el foro.

Por último, afirma su carácter internacional al mencionar que si bien la regulación del comercio interno y externo – al igual que en nuestro país - se encuentra entre las facultades del Congreso de los Estados Unidos, la misma tiene como límite el avance de la globalización en materia jurídica. Ob. Cit. Nota N° 229.

²⁴⁰ La doctrina de “long-arm”

El demandado debe ser favorable al juego bajo el estatuto del “long-arm” del estado del foro y los requerimientos de la cláusula del debido proceso de la Constitución bajo la cual se debe resolver el caso.” La doctrina de “long-arm” de Ohio permite que la Corte ejercite la jurisdicción personal con respecto a los no residentes de Ohio en las demandas que se presentan por un no residente que tramita cualquier negocio en Ohio. Ohio Rev. Code 2307.382(a) (Anderson 1995). Es la ley sustantiva de Ohio, por otra parte, menciona que la cláusula del “transacting business” de ese estatuto fue utilizada para ampliar los límites constitucionales federales del debido proceso, y que consecuentemente requieren los casos personales de la jurisdicción de Ohio un examen de esos límites. Ob. Cit. Nota N° 229

²⁴¹ Nos parece importante señalar que “en los E.E.U.U existe una copiosa jurisprudencia sobre este Internet jurisdiction (*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) y también la doctrina es abundante sobre el tema.

3.3-. ¿Podemos regular Internet?

Nos parece importante mencionar las distintas posiciones doctrinarias que se han adoptado al momento tratar el problema de la jurisdicción y ley aplicable a los contratos generados “en línea” y que dicen relación con la posibilidad de que un Estado pueda regular Internet²⁴². En este contexto nos encontramos con una serie de teorías que pueden ser agrupadas en tres grandes grupos. Estas serían las teorías que consideran que no debe existir intervención estatal, las que proponen una intervención estatal, y por último aquellas de carácter intermedio, en donde puede haber una intervención estatal, pero bastante moderada.

La primera postura será la de quienes consideran a Internet como un espacio virtual, sin fronteras geográficas, que no debe ser regulado por los distintos gobiernos, ya que por su naturaleza intrínseca no pertenece a nadie y por lo tanto ningún Estado tiene la potestad de arrogarse facultades de

Según Menthe existen tres tipos de jurisdicciones generalmente reconocidas en el derecho internacional. A saber: a) la jurisdicción para prescribir la regla de derecho para una determinada acción (to prescribe-choice of law); b) la jurisdicción para hacer cumplir (to enforce) y 3) la jurisdicción para dictar sentencia (to adjudicate)”. Ob. cit. Nota N° 229

²⁴² “Para contribuir a graficar la idea, puede ser útil referirse a Internet como 'el Séptimo Continente' en la feliz expresión de un empresario y pensador francés, Jacques ATTALI, reiterando que el hombre puede pasar del lugar adonde vive realmente, a 'vivir' en ese continente con gran facilidad. En el carácter internacional de la red – que se expande por el ciberespacio – reside la dificultad de cómo solucionar los problemas jurídicos que se produzcan en un espacio no regulado. (aquí surge la idea de la ley del ciberespacio)”. Ob. Cit. Nota N° 228

dominio sobre el ciberespacio. En este sentido, encontramos la postura de David Johnson y David Post, abogados estadounidenses, que señala que esta cuestión “no debe complicarse asumiendo posiciones en las cuales los Estados deben regular y controlar este floreciente mundo virtual. Los límites físicos, dicen ellos, "no son simples creaciones arbitrarias"²⁴³.

Coincidimos con la opinión del profesor Obando cuando señala que “para Post y Johnson, los límites físicos no pueden funcionar como signos que informen a los individuos, de las obligaciones que adquieren al entrar en un nuevo ámbito legal, pues los sujetos desconocen la existencia de dichos límites cuando viajan por el espacio virtual. El crecimiento de un nuevo medio electrónico que desconsidera los límites geográficos, representa para ambos autores, el que el derecho se vea en un complejo panorama que crea un fenómeno que necesita ser objeto de regulación, pero que no puede ser gobernado satisfactoriamente, por ninguna autoridad basada en conceptos territoriales. Ellos sostienen, que muchos de los problemas jurisdiccionales que surgen debido a las comunicaciones

²⁴³ Según estos autores existen ciertos argumentos lógicos que definen los límites geográficos. Estos argumentos serían: 1) el poder, 2) la manifestación de efectos, 3) la legitimación, 4) la posibilidad de información.

electrónicas transfronterizas, pueden ser resueltos con una simple premisa: considerar al ciberespacio como un sitio distinto, realizando un análisis en el cual se reconoce legalmente la diferencia entre el ciberespacio y mundo real. Con ello la pregunta no será ¿adonde se producen geográficamente las actividades del ciberespacio?, sino cuales reglas serán las más apropiadas en un nuevo mundo, y cuales mecanismos existentes o no, deban ser desarrollados para determinar el contenido de las reglas que deben ser adoptadas”.

Estos norteamericanos, en otro artículo, denominado "*And how should the Internet be governed*", proponen que existen 4 modelos, que compiten para regular las actividades de la red. 1- Control por parte de los foros judiciales ya existentes; 2- un tratado internacional, que regule el ciberespacio; 3- la creación de una Organización Internacional, que específicamente lidie con los problemas de Internet; y 4- un autogobierno de los mismos usuarios de Internet. Para los autores, los tres primeros no pueden solucionar el problema, por la dificultad que representaría su implementación efectiva, por lo que la opción a seguir es el autogobierno de

los usuarios de Internet, sea esto un gobierno descentralizado de Internet”²⁴⁴.

Las críticas que se pueden formular a estas teorías resultan evidentes, desde el momento que proponen que el mejor sistema para la regulación de los contratos será mediante las reglas que acuerden las partes, lo cual permitiría que un consumidor no tenga ninguna posibilidad de enfrentar a una empresa que vende productos por Internet, ya que ésta siempre tendrá una mayor capacidad económica y , en definitiva, impondrá las normas del contrato. Desde el primer capítulo veíamos que la autorregulación sólo genera un ambiente en donde triunfa el más fuerte²⁴⁵.

En cuanto a las teorías que proponen la intervención estatal debemos manifestar que ellas consideran que Internet es sólo un nuevo medio de

²⁴⁴ Para un estudio más acabado véase Obando, Juan José, Ob. Cit nota N°69

²⁴⁵ Lo rescatable de esta teoría podría ser lo señalado por el profesor Obando cuando dice que esta teoría “crea un nuevo paradigma, la visión del derecho como un mecanismo de aplicación por parte de los particulares y no de entidades centralizadas. Esto crea un panorama diferente en cuanto a la perspectiva tradicional de la ley y jurisdicción aplicable a los actos de los sujetos. En nuestro caso, una compraventa vía Internet, desde ésta perspectiva, sería regulada por los mismos sujetos que la realizan. La utilización de mecanismos de seguridad, autenticación y certificación digital, definirían el método bajo el cual se presentaría la contratación, ya fuera nacional o internacional. Al encontrarnos con una transacción realizada en un espacio distinto, entonces por más que los individuos estuvieran físicamente localizados en un mismo ámbito territorial, la operación es por sí sola extranacional, no puede ser regulada por las naciones, sino por los mismos usuarios”. Ob. cit, nota n°69

comunicación²⁴⁶, lo cual trae como consecuencia que para su regulación debemos aplicar las mismas normas que aplicamos normalmente en la contratación tradicional, por ejemplo, la normativa de contratos entre ausentes, como también las normas que regulan la contratación telefónica, etc²⁴⁷.

²⁴⁶ Existen bastantes estudios que critican esta afirmación, entre ellos véase los trabajos realizados por el profesor Renato Jijena Leiva, que se pueden encontrar <http://www.vlex.com/redi>

²⁴⁷ El profesor Obando nos señala que el principal impulsor de esta teoría es el fiscal de *Minnesota*. "El fiscal de dicho Estado, ha tomado una posición en la cual aquellos individuos que realizan operaciones comerciales a través de Internet, ya sea mediante correos electrónicos, o la WWW, están sujetos a la jurisdicción de *Minnesota* si esa información puede ser observada por los residentes de ese Estado. El fiscal ha establecido procesos legales, en contra de residentes de otros Estados, en relación con actividades "en línea" de éstos, que resultaban ser para el fiscal dañinas para los residentes de *Minnesota*. Las supuestas conductas ilícitas por las cuales se levantó causa en contra de los sujetos son: 1- supuestas manifestaciones falsas en Internet acerca de los beneficios del germanio; 2- la supuesta venta de información, en Internet acerca de cómo ahorrar dinero utilizando estampillas de dos centavos en vez de estampillas de treinta y dos centavos; 3- un sitio de servicios de crédito que supuestamente recomienda el uso del número de identificación de patrono, en vez del número de carné del seguro social para solicitar créditos; 4- un supuesto negocio de "pirámides" (son ilegales en Estados Unidos) para hacer dinero fácil; 5- un anuncio en una página Web, de un a compañía que planeaba realizar actividades de apuestas en línea. Además de estos casos, el fiscal llevó ante los tribunales varios otros supuestos delitos, lo cual evidencia la intención de adjudicarse la potestad de controlar todo el material que para él afecte los intereses de los residentes de *Minnesota*. Debemos recordar que en Estados Unidos las jurisdicciones son diversas en cada Estado, aparte de la jurisdicción federal, por lo que el panorama en ese país es complejo a nivel interno y externo. Se utilizan dos criterios para definir si la Corte de un Estado tiene jurisdicción para juzgar a un residente de otro Estado. El primer criterio indica que el individuo residente de otro Estado debe ser procesable bajo la jurisdicción del estatuto "long-arm", o de largo alcance del Estado que lo persigue. Esto quiere decir que el Estado puede traer al ciudadano a su ámbito territorial y juzgarlo de acuerdo a sus leyes. El otro criterio implica que la afirmación de competencia por parte del Estado para juzgar al sujeto, debe respetar los parámetros de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que establece el derecho al debido proceso. El respeto al debido proceso es el punto más importante que deberán tener las cortes en cuenta a la hora de aplicar el estatuto "long-arm". Para que la corte pueda establecer que el ejercicio de la actividad jurisdiccional es compatible con la Cuarta Enmienda, el individuo no residente debe haber establecido "contactos mínimos" con el foro del Estado que pretende juzgarlo de tal forma que no se transgredan las nociones de "juego limpio" y justicia substancial. Los contactos mínimos han sido definidos como existentes, cuando el demandado ha intencionalmente realizado conductas en el foro del otro Estado, pretendiendo obtener beneficios y protecciones de dicho Estado. El fiscal de *Minnesota*, ha argumentado que las actividades en Internet, son objeto de ser controladas por cualquier Estado, pues los contactos con toda la nación que se permiten en la red, son suficientes para poseer jurisdicción sobre dichos actos. Por ejemplo en el caso de *Minnesota* contra *Granite Gate Resorts Inc*, el fiscal estableció un proceso en contra de la empresa *Granite Gate Resorts*, incorporada a las leyes de Las Vegas, Nevada, alegando que el sitio web del demandado

En cuanto a la jurisdicción y ley aplicable, esta teoría nos señala que dada las características de Internet, cualquier Estado tiene jurisdicción para conocer y resolver los conflictos que se produzcan a un residente de dicho Estado, siempre y cuando haya existido la posibilidad por parte del residente de conectarse a la red y realizar una transacción.

Esta teoría resulta ser demasiado radical y no vemos con buenos ojos las consecuencias que podría causar al comercio electrónico, dado que al no estar clara la jurisdicción y siendo potencialmente competentes, la jurisdicción de todos los Estados, se nos presenta una situación de inseguridad que afectará la confianza de los usuarios del sistema.

"*WagnerNet*", localizado en Belice, violentaba las leyes de apuestas de *Minnesota*. Aunque la empresa alegó que la Corte del Estado de *Minnesota* carecía de jurisdicción para resolver el caso, la Corte decidió que debido a la naturaleza de Internet, cualquier usuario podía en cualquier momento acceder al sitio *WagnerNet*, por lo que cuando algunos residentes de *Minnesota*, accedieron al sitio, y al estar estos usuarios en las listas de correo de la empresa demandada, entonces esta última podía considerarse que había cumplido el requisito del contacto mínimo con *Minnesota* por lo que podía ser juzgado. Para el juez, *WagnerNet*, no solamente expuso información en el sitio web, sino que incitó a los residentes de *Minnesota* a utilizar sus servicios y apostar, lo que es ilegal en Minnesota, por lo que supuestamente se posibilitaba aplicar la ley de ese Estado. Posterior a esto, el fiscal afirmó que "las personas fuera de *Minnesota* que transmitan información vía Internet, conociendo que dicha información sería transmitida en *Minnesota*, están sujetas a la jurisdicción de este Estado, en caso de violentar las leyes civiles o penales". Esta posición de intervención ha sido seguida por los fiscales de Illinois y Texas, y ha sido aplicada en varios casos, lo cual demuestra existe una fuerte tendencia a considerar al ciberespacio como un medio más de comunicación, el cual puede ser regulado y controlado por los países, y a nivel interno, por las diversas jurisdicciones que en una nación se encuentren. El panorama para el comercio electrónico y específicamente para las compraventas en Internet, es según los que defienden esta posición, muy similar a la contratación normal. Al no considerar al ciberespacio como un nuevo ámbito, sino como un medio, las compraventas se rigen con medio analógicamente comparables, como las compras telefónicas, por carta, y en sí las teorías básicas de la contratación entre ausentes que ya hemos explicado". Ob. Cit nota N°69.

Por último, respecto de las teorías intermedias nuevamente concordaremos con lo señalado por el profesor Obando y diremos que son todas aquellas teorías que han tenido una postura tan radical.

Una de las posiciones más interesantes, es la que asumen dos autores estadounidenses *Wilske y Schiller*, en su obra "*International Jurisdiction in Cyberspace, which states may regulate the Internet*", en la cual se refieren al problema de la jurisdicción en las operaciones realizadas vía Internet. Estos autores, retoman el tema de los tipos de jurisdicción y lo aplican a las operaciones en el ciberespacio. Es así como tratan la Jurisdicción Legislativa²⁴⁸, la Jurisdicción Judicial²⁴⁹ y Jurisdicción ejecutoria²⁵⁰.

²⁴⁸ Es aquella que implica la posibilidad de los Estados de realizar leyes sustantivas y procesales aplicables a individuos, y circunstancias particulares.

²⁴⁹ “Para que un Estado pueda juzgar a un individuo, deben existir elementos suficientes que permitan ejercer jurisdicción, el juez deberá tomar en cuenta, los contactos relevantes, en los contratos, siendo estos, el lugar de contratación, el lugar de la negociación o perfección del contrato, el lugar de la creación del punto central del contrato, el domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de incorporación o trabajo de las partes. Todos estos criterios ayudarán a los jueces para considerar que se tiene jurisdicción para juzgar un caso específico que se presente respecto a contratación por Internet” Ob. cit nota N°69.

²⁵⁰ “Los Estados requieren la autorización de otras naciones para poder realizar actividades de policía fuera de su territorio, por lo que además de tener jurisdicción para crear las leyes que aplicará, deberá contar con el permiso de otros Estados en donde pretenda efectuar operaciones para ejecutar su ley. En cuanto a las ejecuciones de sentencias, cada caso particular se resolverá de acuerdo a sus circunstancias. Si el sujeto cometiera un delito en Internet, y se encuentra en el mismo territorio del país que lo juzgó, no existirá ningún problema, y si el sujeto se encontrara afuera de éste se requeriría un acuerdo entre los Estados para la extradición del individuo. Por lo tanto los principios de territorialidad, nacionalidad, universalidad, efectos del acto y seguridad nacional, son importantes bajo el ámbito de la jurisdicción ejecutoria, en las actividades realizadas por los individuos en Internet”. Ob cit. Nota N°69

En cuanto a la Jurisdicción legislativa, la podemos analizar desde la perspectiva de una serie de principios como el de territorialidad, nacionalidad, de los efectos del acto, seguridad del Estado y universalidad.

El principio de territorialidad permite a un Estado poder ordenar a un proveedor de servicios Internet que opera en su territorio, que obedezca las reglas establecidas por ese Estado. Puede incluso impedir el acceso desde su territorio a ciertos sitios *Web* determinados, que considere nocivos o ilegales²⁵¹.

En todo caso este principio no permite la aplicación extraterritorial de las normas nacionales, por lo cual un determinado país no podría pretender remover de Internet algunos contenidos que según su legislación sean ilegales o nocivos, pero si pueden obligar a los proveedores de servicio que se bloquee el acceso a determinados sitios *web*.

²⁵¹ “Un ejemplo de lo anterior, se presentó en Alemania, en donde un empresa proveedora de servicios Internet, T-Online perteneciente a "*Deutsche telkom*", bloqueó el acceso en la WWW al sitio de *Ernst Zündel*, un Neo-Nazi, con su servidor en Toronto, Canadá, pues la Fiscalía advirtió estar realizando investigaciones en su contra por supuesta colaboración con la incitación al racismo. Otro caso importante se presentó en Francia, cuando se permite al gobierno francés, forzar al Instituto de Tecnología de Atlanta Georgia, el cambiar el contenido de su sitio al idioma francés y no al inglés. El Instituto se presentó en los tribunales de París en 1997, pues su sitio web, se encontraba en Francia y ofrecía información en inglés, sobre cursos que pretendía ofrecer en sus instalaciones en Francia. Bajo la legislación francesa, la información debía estar en francés, por lo que se compelió al Instituto a traducir el texto del sitio”. Ob. cit nota N°69.

El principio de nacionalidad permite que los Estados regulen las conductas de sus ciudadanos o nacionales en el mundo. Este principio resulta ser aplicable tanto a las personas físicas como jurídicas. Bajo este principio podría darse el caso que un tribunal nacional tenga jurisdicción para conocer de actividades que realizan sus ciudadanos en el exterior. Obviamente para que esto se de, deben existir una serie de oros factores que hagan apropiada la intervención del tribunal nacional.

El principio de efectos del acto permite a los Estados llevar ante su jurisdicción a un sujeto que realice directamente actos ilícitos, desde cualquier parte del mundo, si conoce el destino de sus actos o adonde estos pueden tener efecto²⁵².

²⁵² El profesor Obando señala como ejemplo el caso “*Playboy Enterprises contra Chuckleberry Publishing Inc.* En éste caso, un individuo publicó y distribuyó desde su servidor en Italia, gráficos de mujeres desnudas y escenas de sexo explícito a los "cibernautas", incluyendo a los ciudadanos norteamericanos, utilizando la marca "*Playmen*". Los usuarios debían pagar una cuota mensual, por lo que el individuo sabía que sus actividades se presentaban en varias jurisdicciones, incluida la de Estados Unidos. La Corte determinó que la distribución de ese material en los Estados Unidos, era una violación a una orden de hacía quince años, en la cual se prohibía la utilización de la marca "*Playmen*" por otra compañía que no fuera su propietaria (sea esta *Playboy*). Sin embargo la Corte consideró que al ser Internet un fenómeno mundial, accesible desde cualquier lugar del mundo, al demandado no se le podía prohibir la operación del sitio por el sólo hecho de que éste sea posible de acceder en un país que contenga algún tipo de prohibiciones hacia el contenido del sitio, ya que afirmar lo contrario sería aprobar que todas las cortes del mundo tienen jurisdicción sobre toda la información de la WWW. Por ello, la Corte decidió que aunque no tenía jurisdicción para prohibir la utilización de la marca en Internet, si podía prohibir el acceso al sitio desde Estados Unidos. Por ellos al demandado se le prohibió la distribución de sus gráficos bajo la marca "*Playmen*" en Estados Unidos”. Ob. cit. Nota N° 69.

El principio de seguridad estatal permite que los Estados tengan jurisdicción para conocer de los actos realizados por individuos que se encuentren en otro país, pero que pongan en peligro la seguridad nacional²⁵³.

Por último encontramos el principio de universalidad que básicamente permitirá a los Estados ejercer su jurisdicción cuando estemos en presencia de actividades que atenten contra la naturaleza humana, como por ejemplo sería la incitación al genocidio o cualquier otro tipo de actividad que vulnere alguno de los derechos humanos reconocidos universalmente²⁵⁴.

²⁵³ Se daría ,por ejemplo, si un Estado descubriera que mediante Internet se esta realizando espionaje, en contra la seguridad de dicho Estado.

²⁵⁴ “Otro autor norteamericano, *Satterlee Stephens*, hace referencia en su obra *"What jurisdiction controls"*, hace ver la posición predominante de las cortes en Estados Unidos, las cuales han determinado la aplicación de las leyes sobre algunas actividades realizadas en Internet, pero siempre respetando la naturaleza extraterritorial del ciberespacio. Por ejemplo, en el caso *"California Software Incorporated contra Reliability Research Inc"*, en el que el operador de un sitio informativo de Nevada, fue llevado ante la jurisdicción de California por la presencia en el sitio de mensajes difamatorios que podían ser accedados en California. En un caso de derecho penal, los operadores del sitio web BBS de California, fueron llevados ante los tribunales por transportar entre los Estados material obsceno a través de Internet, en donde se incluía pornografía infantil. Este caso es el conocido como "Estados Unidos contra Thomas", y la Corte de Distrito de *Tennessee* decidió que poseía jurisdicción para juzgar el caso. Un inspector de *Memphis* recibió en su computadora el material que BBS ofrecía, por lo que la Corte basó su decisión en el hecho de que el material fue distribuido en *Memphis*, y que esa comunidad era afectada por los gráficos y escenas que la BBS transmitió directamente a ese lugar. El caso más citado es *"CompuServe contra Patterson"*. Aquí, un abogado de Houston, propietario de un software y la compañía proveedora de servicios Internet CompuServe de Ohio, realizaron un acuerdo, en el que CompuServe se comprometía a distribuir en línea el software de Patterson. Surgieron problemas y Patterson demandó a CompuServe alegando violación a los derechos de autor. Sin embargo CompuServe estableció un proceso en Ohio, para que se declarara la inexistencia de dicha violación. Patterson argumentó que el nunca visitó Ohio, por lo que no existían contactos mínimos con ese Estado y no procedía la demanda por falta de jurisdicción. La

Como vemos no existe un criterio único para establecer cuando una determinada jurisdicción pueda conocer de un asunto, pero los principios planteados pueden servir de base para la elaboración de una futura convención internacional. En nuestra opinión y respondiendo a la pregunta que nos hemos planteado diremos que si creemos que existe jurisdicción sobre el ciberespacio, pero los Estados deben buscar maneras de generar una legislación coherente a las características que nos presenta este nuevo espacio. De las teorías enunciadas precedentemente compartimos los criterios intermedios o eclécticos en donde, por ejemplo, los Estados no pueden prohibir el material que circula por la red, pero si pueden prohibir a los distintos proveedores de servicio que se restrinja determinados contenidos que según la legislación de ese país son ilegales o nocivos. En todo caso creemos que es imposible elaborar una regla que pueda ser utilizada para la infinidad de situaciones que se pueden presentar, por lo cual, se hace necesario evaluar caso a caso –en base a los principios antes expresados- cual será la jurisdicción que de manera más efectiva regule una determinada situación.

Corte de apelaciones del Sexto Circuito de Ohio, determinó que si existieron contactos suficientes, pues Patterson de manera intencional se proporcionó el privilegio de realizar negocios en Ohio, vía Internet.

3.4- Contencioso electrónico internacional

Hemos denominado de esta manera al conflicto de intereses de relevancia jurídica que se produce en el comercio electrónico - especialmente en la contratación electrónica-, y que –parodiando la definición dada por la jurisprudencia francesa para el arbitraje internacional- pone en juego los intereses del comercio internacional.

En efecto, para que surja este contencioso electrónico internacional es necesario que se cumplan con dos condiciones. La primera de ellas dice relación con los medios que se han debido utilizar para la celebración del contrato, ya que éste conflicto se produce en el ciberespacio, por lo cual es necesario que el contrato se haya materializado por medios electrónicos. El uso de medios electrónicos puede darse a través de una red abierta como Internet o a través de una red cerrada, como serían las transacciones que se realizan en EDI.

Patterson envió repetidamente copias de su software a Ohio y mantuvo contactos constantes con ese Estado, por lo que existía jurisdicción allí para juzgarlo”. Ob cit. Nota N°69

La segunda condición estará dada porque el contrato debe ser un contrato internacional. Para determinar la internacionalidad de un contrato la doctrina ha señalado 2 criterios; el jurídico y el económico.

El criterio jurídico “consiste en la búsqueda de un elemento extranacional o de extranjería: la relación jurídica debe comportar puntos de contacto con más de un sistema jurídico nacional, por ejemplo el domicilio o el establecimiento de las partes en países diferentes, puesto que ello constituirá una cuestión previa a la actuación del derecho internacional privado de los contratos”.

El criterio económico se dará “cuando el contrato pone en juego los intereses del comercio internacional que provoca un movimiento de importación y exportación , de flujo y reflujo de bienes y servicios a través de las fronteras. Son criterios extrajurídicos que otorgan un excesivo margen de discrecionalidad a la valoración del interprete. Así, un contrato celebrado y ejecutado en un mismo país, entre contratantes con establecimientos ubicados en el mismo lugar, si se utiliza el criterio económico puede llegar a ser considerado como internacional si la parte vendedora entrega una mercadería que fue importada por él. La situación

pues puede tener un carácter internacional sin que el contrato tenga ese mismo carácter. Algunos autores se han resistido a la exigencia de limitar la aplicación de la convención de Roma únicamente a los contratos internacionales. Han sostenido que en la medida que las partes tienen la libertad para elegir cualquier ley a fin de regir a los contratos internacionales –aún sin vínculo alguno con el contrato- no se ve porque se les puede prohibir que hagan lo mismo con los contratos internos en la medida que dicha Convención reconoce como contrapeso importante, la posibilidad de aplicar las reglas de aplicación inmediata tanto de la ley elegida como las del foro y las de los países extranjeros que guarden un vínculo estrecho con el contrato. Se ha dicho además que muchas veces se puede elegir una ley extranjera, no con una finalidad fraudulenta sino debido a la idoneidad de su contenido y este argumento debería valer también para los contratos internos”.²⁵⁵

También nos parece importante lo señalado en uno de los documentos elaborados por el grupo de trabajo de la CNUDMI donde señala que “la mayoría de los instrumentos de derecho mercantil que ha preparado la Comisión se aplican únicamente a las transacciones

²⁵⁵ Santos Belandro, Rubén, “El derecho aplicable a los contratos internacionales” , Fundación de Cultura

“internacionales”. Ahora bien, una excepción notable es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que no diferencia entre las transacciones nacionales e internacionales, sino que brinda al Estado promulgante la opción de limitar el ámbito de aplicación de la ley a las transacciones internacionales. El carácter internacional de un contrato se puede definir de distintas maneras. Las soluciones adoptadas en la legislación tanto nacional como internacional van desde una referencia al establecimiento o residencia habitual de las partes en distintos países hasta la adopción de criterios más generales como vínculos importantes con más de un Estado o relativos al comercio internacional”²⁵⁶ .

Universitaria, Facultad de Derecho Universidad de la República, 1997.

²⁵⁶ “En el 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que, en vista de las dificultades prácticas de determinar el establecimiento de las partes, a falta de una indicación clara por éstas, se deberían emplear otros criterios para determinar la esfera geográfica de aplicación del futuro instrumento, como el lugar de formación del contrato (A/CN.9/484, párrs. 110 y 111). El Grupo de Trabajo convino, no obstante, en que el lugar de concertación de un contrato, tal como se entendía tradicionalmente en el derecho internacional privado, tal vez no constituyera base suficiente para una solución práctica en un entorno electrónico (ibíd., párr. 112).

Efectivamente, las normas relativas a la formación de los contratos suelen distinguir entre comunicaciones “instantáneas” y “no instantáneas” de oferta y aceptación o entre comunicaciones intercambiadas entre partes presentes en el mismo lugar al mismo tiempo (*inter praesentes*) o comunicaciones intercambiadas a distancia (*inter absentes*). Típicamente, salvo que las partes establezcan comunicación “instantánea” o negocien cara a cara, el contrato se forma cuando se envía la aceptación al oferente o cuando éste la recibe. Se puede determinar con relativa facilidad el lugar de formación del contrato una vez que se conozca el lugar de envío o de recepción.

Sin embargo, en el comercio electrónico tal vez resulte difícil determinar el lugar en el que un mensaje se ha enviado o recibido. Los protocolos de transmisión de mensajes de datos entre distintos sistemas de información suelen registrar el momento en que un mensaje se entrega de un sistema de información a otro, o el momento en que el destinatario efectivamente lo recibe o lo lee. No obstante, los protocolos de transmisión no suelen indicar la ubicación geográfica de los sistemas de comunicación. En consecuencia, no resulta sorprendente que el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se refiera a la noción de “establecimiento” al sentar normas para determinar los lugares del envío y la recepción de mensajes de datos.

Posteriormente este mismo trabajo concluye que “dadas las dificultades que se plantean para determinar la ubicación de las partes, la variante A del proyecto de artículo 1 no limita la esfera de aplicación del anteproyecto de convención a los contratos “internacionales”. En virtud de esta variante, el proyecto de convención se aplicaría a todo contrato concertado o demostrado por mensajes de datos, con independencia de que las partes tengan o no su establecimiento en distintos Estados. Ese enfoque tal vez tenga la ventaja práctica de obviar la necesidad de concretar el lugar en que las partes tienen sus establecimientos para poder determinar si el instrumento se aplica en cualquier caso concreto. Además, con este enfoque, las partes que concierten contratos electrónicamente en un Estado contratante podrían beneficiarse del régimen favorable del nuevo

Habida cuenta de la dificultad práctica que reviste determinar por anticipado el lugar de la formación del contrato, no se ha utilizado este criterio para determinar la esfera de aplicación del anteproyecto de convención.

Entre otros conceptos que se propusieron en el 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo figuraban la noción del “centro de gravedad” de un contrato (ibid., párr. 112). No obstante, un examen de determinados instrumentos internacionales muestra que las referencias al lugar que “guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento” u otras nociones parecidas son en la mayoría de los casos tan sólo medios subsidiarios para determinar el establecimiento de una parte, especialmente en el caso de una pluralidad de establecimientos 12. Además, cabe dudar de que el “centro de gravedad” de un contrato pueda ser evidente siempre para las partes en el momento en que se concierte el contrato.

Por los motivos antes citados, el párrafo 1 de la variante B del proyecto de artículo 1 se refiere a los establecimientos de las partes, ya que este criterio se ha empleado tradicionalmente en los instrumentos internacionales preparados por la Comisión y por otras organizaciones internacionales, como el UNIDROIT 13.

Cuando una parte tiene más de un establecimiento, el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 se refiere al lugar que guarda la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento”. “Aspectos jurídicos del comercio electrónico, principalmente en cuanto a la contratación electrónica y a crear disposiciones para un proyecto de convención”. CNUDMI. <http://www.uncitral.org>

instrumento incluso si celebran transacciones puramente nacionales. Esta opción sería tal vez particularmente interesante para las partes situadas en Estados que no cuentan con legislación vigente que respalde la utilización de mensajes de datos en la formación de contratos. La variante A del proyecto de artículo 1 reconoce, no obstante, que los Estados tal vez deseen conservar la dualidad de regímenes para los contratos nacionales y los internacionales. En consecuencia, el proyecto de párrafo 3 posibilita que los Estados hagan una declaración a los efectos de que aplicarán el instrumento únicamente a los contratos internacionales”.

En todo caso se concluyó que era inconveniente dejar que las partes puedan elegir el derecho aplicable a sus transacciones mediante la elección del lugar²⁵⁷.

De lo expuesto precedentemente, queda de manifiesto que en el caso de la contratación electrónica hay que ser muy cuidadoso al querer determinar cuando un contrato será internacional. Los problemas pueden surgir porque varios de los autores creen que una futura normativa que

²⁵⁷ “En su 38º período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si se debería permitir a las partes elegir libremente el régimen que gobierna sus transacciones mediante la elección del lugar en que declaran que se encuentra su establecimiento. Dicha situación se consideró indeseable, en la medida en

regule el comercio electrónico debe ser general, es decir, no debe distinguirse entre contratos nacionales o internacionales para hacer aplicable esta convención. Además, podemos señalar que las nociones de establecimiento que antiguamente se utilizaban para la contratación internacional, no pueden ser aplicadas de una manera eficiente a ésta clase de contratación²⁵⁸. Desde nuestro punto de vista coincidimos con éstos autores que pretenden una regulación propia del comercio electrónico, pero creemos que se debe seguir distinguiendo entre contratos nacionales e internacionales, aunque reconociendo que si el contrato se materializa a

que permitiría a las partes transformar en internacionales transacciones exclusivamente internas, únicamente con el objetivo de evitar la aplicación de la ley de un país concreto.”

²⁵⁸ En este sentido véase, Ob. Cit. Nota N°256 “En su intercambio preliminar de opiniones sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo examinó cuáles eran los elementos adecuados, en un entorno electrónico, para establecer una presunción sobre el lugar en que está ubicado el establecimiento de las partes, a falta de una indicación clara al efecto por esas partes. Una solución que se propuso al Grupo de Trabajo era la de tener en cuenta la dirección de donde se envió el mensaje electrónico. Se sugirió que, en el caso de una dirección vinculada a un nombre de dominio relacionado con un país concreto (como las direcciones que finalizan con “.at” para Austria, “.nz” para Nueva Zelandia, etc.), se podría argüir que el establecimiento debería estar ubicado en el país correspondiente.

Sin embargo, se criticó dicha propuesta fundándose en que no se debe considerar automáticamente que una dirección de correo electrónico o un nombre de dominio son el equivalente funcional de la ubicación física del establecimiento de la parte. Se afirmó que era práctica común en ciertos ámbitos comerciales que las empresas ofrecieran bienes o servicios a través de varios sitios regionales en la red, cuyos nombres de dominio estaban vinculados a países en que dichas empresas no tenían un “establecimiento” en el sentido tradicional de la palabra. Además, quizá las mercaderías encargadas a través de dichos sitios de la red se entreguen desde almacenes cuyo propósito sea la distribución en una región en concreto y que físicamente estén ubicados en un Estado distinto de los vinculados a los nombres de dominio del caso. Al respecto, se señaló que el sistema de asignar nombres de dominio a los sitios de Internet no se había concebido en un principio en términos estrictamente geográficos, lo que resultaba evidente del uso de nombres de dominio y direcciones de correo electrónico en que no había indicios de vínculo a ningún país en particular, como los casos en que la dirección era un nombre de dominio superior como “.com” o “.net”, por ejemplo.

El párrafo 5 del proyecto de artículo 7 recoge el acuerdo preliminar a que llegó el Grupo de Trabajo sobre las limitaciones de considerar los nombres de dominio y las direcciones de correo electrónico exclusivamente como factores determinantes de la internacionalidad en el entorno de Internet”.

través de una red abierta como es Internet –según el criterio económico- éste contrato podría ser considerado como internacional, aún pudiendo ser una transacción doméstica, ya que por el hecho de haber usado la red para materializar el contrato, podríamos pensar que el contrato puso en juego los intereses del comercio internacional.

El criterio que deberá primar a la hora de determinar si un contrato es internacional, es el criterio económico, ya que éste resulta ser un criterio mucho más amplio y flexible, que indagará en la sustancia misma del contrato y no se quedará en aspectos formales –criterio jurídico- que son muy fáciles de manipular en el comercio electrónico.

3.5- Análisis de la jurisdicción competente y derecho aplicable a un contrato electrónico internacional

3.5.1- Consideraciones previas

Como primer punto podríamos preguntarnos ¿qué es un contrato electrónico?, ¿qué tipo de contratos son los que comprenden nuestro estudio?, así deberíamos distinguir si comprende tanto los contratos del

sector público como privado, los de derecho civil y comercial, los sobre bienes muebles e inmuebles, los contratos nominados e innominados, los principales y accesorios.

En relación a que se entiende por contrato electrónico, y cuando este será internacional, nos remitiremos a lo ya señalado en los capítulos anteriores.

Los contratos generados en la contratación electrónica internacional son principalmente contratos entre privados, por cual nos parece que los contratos relativos al derecho administrativo no deberían ser considerados. En cuanto al carácter civil o comercial de la transacción, creemos que esta distinción no debería tener mayor trascendencia desde cuando calificamos de internacional el contrato, ya que en caso contrario existen muchas dificultades para calificar un contrato como civil o comercial, de hecho algunas legislaciones ni siquiera consideran esta situación. Por último creemos que la contratación electrónica internacional es aplicable a cualquier clase de bienes y cualquier contrato que presente los elementos básicos de este tipo de contratación, por lo cual incluye tanto los contratos nominados como los innominados, además de considerar tanto los contratos

principales como los accesorios. De hecho, la Convención Interamericana en su artículo 3 establece que sus normas se aplicarán no sólo a las formas contractuales existentes al momento de la celebración de la convención, sino que a todas aquellas modalidades utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional. Por otro lado El Convenio de Roma señala que las normas de esta convención se aplican a todo tipo de contratos de derecho privado, salvo aquellos que se encuentren excluidos de forma expresa.

Ya aclarado el tipo de contrato en el cual abocaremos nuestro estudio, debemos analizar el problema de la jurisdicción competente y ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales, recordando desde ya que en los contratos de derecho internacional privado se da el fenómeno de la disociación por lo cual jurisdicción competente y ley aplicable irán por caminos separados.

“No resulta claro cuál es la "jurisdicción competente" a un caso o conflicto judicial ocurrido en una transacción comercial o de otra índole realizada en el ciberespacio (espacio virtual Internet) a lo que se debe sumar otro viejo inconveniente "la falta de regulación uniforme en materia del

derecho internacional privado”.²⁵⁹ Además debemos considerar que esta falta de regulación uniforme se ve acentuada por el hecho que el ciberespacio no es un lugar geográfico, sino un mundo virtual que pasa a ser un reflejo de la realidad²⁶⁰.

Hasta el momento el proceso de armonización de las distintas leyes nacionales que regulan las transacciones realizadas en el ciberespacio no ha ido evolucionando en concordancia con el crecimiento del comercio electrónico²⁶¹.

Por otro lado, la determinación de la ley aplicable para un contrato específico puede traer consecuencias significativas, por ejemplo “Mientras en una jurisdicción determinada (por ejemplo: California, Estados Unidos)

²⁵⁹ Maldonado, Sergio “Jurisdicción y ley en la contratación B2B”, <http://www.smaldonado.com>.

²⁶⁰ “Las preguntas que estamos acostumbrados a formularnos son: ¿cuándo y dónde ocurrió el perjuicio?, o ¿dónde se perfeccionó la relación entre las partes?. Entonces: ¿Con qué remplazar estos conceptos de ubicación geográfica en Internet?. Es muy dificultoso responder desde el Derecho tradicional, a éste y otros interrogantes, que se resumen centralmente en qué ley aplicar y, por ende, qué jurisdicción elegir, cuando la ubicación no geográfica de Internet está presente.

El problema de elegir la ley aplicable a Internet ha sido reconocido en las Cortes de Estados Unidos y éstas han ido elaborando una gama de soluciones provisorias. Algunas de ellas apuntan a aplicar la ley del domicilio del demandante o la del principal lugar de sus negocios. Otras han preferido la ley del domicilio de la parte demandada que era el lugar donde las transmisiones se habían originado”. Ob.cit. Nota N°259

²⁶¹ En todo caso sus actores más importantes han sido el grupo de trabajo especializado en “comercio electrónico” de la CNUDMI, además del grupo de expertos de la Cámara de Comercio Internacional y el Internet Law Policy Forum (ILPF), quienes han elaborado una serie de leyes modelos y de estudios, que los distintos tribunales han utilizado para elaborar sus propias doctrinas en relación a cual será la ley aplicable a un contrato electrónico internacional.

la expresión de un precio en una página web con la opción de compra del producto podría equivaler a una oferta, en otra jurisdicción distinta (por ejemplo: Inglaterra, Reino Unido) tal noticia equivaldría a una mera invitación a negociar, y la remisión por parte del comprador de su interés en el producto a la oferta contractual. En este segundo caso, sólo la confirmación del pedido por parte del vendedor se consideraría aceptación del contrato”²⁶².

De manera general podemos señalar que las normas de Derecho Internacional Privado que regulan los contratos internacionales, como el Convenio de Roma o la Convención Interamericana de México, ponen de relieve el papel que juega la autonomía de la voluntad a la hora de determinar la ley aplicable, ya que como criterio general los contratos internacionales se rigen por la ley elegida por las partes, aunque se reconociendo ciertos límites principalmente relacionados con el orden público interno de cada país.

Nuestro estudio abordará el problema de la jurisdicción competente y ley aplicable a un contrato internacional, distinguiendo el tipo de comercio

²⁶² Ob. Cit. Nota N° 259.

electrónico, en el cual se presenta la transacción B2B o B2C. Por ejemplo en cuanto a la ley aplicable, esta distinción nos servirá para determinar si existen normas de orden público que debemos aplicar por sobre la voluntad de las partes²⁶³, ya que tal como lo hemos señalado en reiteradas oportunidades, cuando estemos ante un contrato generado en el B2C, a este por regla general se le aplicara la ley del foro, dado que existe cierta normativa de orden público –derechos del consumidor- que deberá ser respetada. En cambio cuando estemos en presencia de un contrato generado en el B2B, habrá que verificar si existe alguna cláusula de elección de foro que tenga validez, ya que en este tipo de comercio es en donde el principio de autonomía de la voluntad adquiere toda su fuerza, por lo cual en caso de existir dicha cláusula, por regla general no habrá discusión entorno a la ley aplicable. En todo caso en defecto de la ley elegida por las partes el contrato se regirá por la ley del país que presente vínculos más estrechos.

²⁶³ Las normas de orden público son una límite para el principio de autonomía de la voluntad.

3.5.2- Análisis en el B2C

El análisis de la jurisdicción y ley aplicable en el B2C presenta bastantes complicaciones, siendo la principal de ellas la necesidad de distinguir si una determinada transacción tiene el carácter de comercial o si debe ser considerada una transacción con consumidores.²⁶⁴ En los estudios y anteproyectos para una futura convención -realizados por la CNUDMI- se ha reconocido este problema y se ha optado por no centrar estos trabajos en las transacciones que se realizan con consumidores, de hecho se ha señalado que una futura convención debería seguir el ejemplo de la ley modelo sobre comercio electrónico que brinda al Estado promulgante la opción de excluir este tipo de transacciones. Por el contrario, también se ha mencionado la posibilidad de hacer aplicable un futuro instrumento haciendo caso omiso del carácter de consumidor²⁶⁵.

²⁶⁴ En este sentido, véase el trabajo de la CNUDMI en su 39 periodo de sesiones cuando reconoce la dificultad de realizar esta distinción. “La primera limitación que se deriva de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se refiere a los contratos con consumidores. El Grupo de Trabajo era consciente de la dificultad práctica de distinguir entre ciertas transacciones con consumidores y las transacciones comerciales, pero llegó no obstante a la conclusión preliminar de que no debía centrar su atención en las cuestiones relativas a la protección del consumidor” Ob.cit Nota N° 256

²⁶⁵ “Otra cuestión que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar es si en determinadas circunstancias podría hacerse caso omiso del carácter de consumidor de una transacción a los efectos de aplicar el nuevo instrumento. Con arreglo al apartado a) de su artículo 2, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, “salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las

Desde nuestro punto de vista creemos que las relaciones con consumidores siempre han sido excluidas de las Convenciones Internacionales porque hasta antes de Internet, las transacciones internacionales con un consumidor eran sumamente escasas, cuestión que actualmente ha cambiado de manera radical con el ingreso de las tecnologías de la información y la expansión masiva de Internet, de hecho, cada día son más los consumidores que pueden adquirir un producto de un proveedor internacional, por lo cual creemos que la nueva normativa sobre comercio electrónico no debe excluir este tipo de transacciones, sino, más bien, intentar ser una regulación integradora, la cual sea aplicable al

mercaderías se compraban para ese uso”. Según la doctrina jurídica, cuando el comprador no informa al vendedor de ese propósito, el que se aplique la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa depende de la capacidad que el vendedor tuviera de reconocer ese propósito. Para poder determinar si existe esa posibilidad, deben tenerse en cuenta elementos como el número o la índole de los artículos comprados. Cabe observar, no obstante, que, como se indica en el comentario sobre el proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que fue preparado por la Secretaría (A/CONF.97/5), el apartado a) del artículo 2 de la de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se basó en la hipótesis de que las ventas al consumidor eran transacciones internacionales en “casos relativamente escasos”⁹. Así pues, la hipótesis de fondo del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa es que los contratos con consumidores estarían cubiertos por la Convención únicamente con carácter excepcional en aquellos casos en que no fuera aparente el propósito de consumo de la transacción.

El anteproyecto de convención incluye una disposición del tipo del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, pero sin la frase “salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”. El motivo de una exclusión de esa índole es que en el debate preliminar del Grupo de Trabajo sobre el asunto se opinó que la expresión “debiera haber tenido conocimiento” que figura en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa quizá fuera difícil de aplicar en la práctica a las transacciones electrónicas (A/CN.9/484, párr. 120). Además, con la facilidad de acceso que brindan los sistemas abiertos de comunicaciones, como la Internet, la probabilidad de que los consumidores adquieran mercaderías de vendedores establecidos en el extranjero es mayor que en un entorno basado en el papel” Ob cit Nota N°.256

comercio electrónico en general indistintamente del tipo de comercio que se trate, aunque reconociendo que se deberán considerar ciertas normas especiales de protección hacia los consumidores.

Actualmente los instrumentos internacionales que regulan el problema de la ley aplicable a un contrato internacional, reconocen como primer criterio de elección el rol de la autonomía de la voluntad, aunque se establecen ciertas restricciones para los contratos con consumidores, es así como, en base, al Artículo 5 del Convenio de Roma iremos analizando pormenorizadamente este artículo en relación a la contratación electrónica para ver si puede ser aplicable a ésta.

El artículo trata sobre los Contratos celebrados por los consumidores, en su primer numero establece:

“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”.

A nuestro modo de ver este primer numeral puede generar una serie de complicaciones si lo intentamos hacer aplicable a la contratación electrónica. Como primer punto podemos señalar que el objeto del contrato debe ser el suministro de bienes muebles corporales o servicios, con lo cual se deja fuera a los bienes inmateriales que pueden adquirir los consumidores, y que son de bastante frecuencia, salvo que consideremos que estos bienes inmateriales van de la mano de los servicios. Por ejemplo cualquier consumidor puede pagar por ver desde su computador una determinada película, con lo cual estaría adquiriendo un bien inmaterial, no contemplado. Pero algunos han señalado que este tipo de bienes van unidos al concepto de servicio, entonces, lo que en definitiva estamos pagando es el servicio que permite la exhibición de la película.

Un segundo punto que podemos destacar es el hecho que el suministro de bienes o servicios es hacia una persona, lo cual nos puede llevar a pensar que quién debe contratar tiene que ser una persona, el consumidor. Aquí se genera el problema por los sistemas automatizados de información que no son personas y que actualmente pueden ser programados para adquirir determinados bienes o servicios. En este punto creemos que en base a una interpretación extensiva debe considerarse que la

persona responsable del sistema automatizado es quien contrata por lo cual se cumple con el requisitos establecido.

Un tercer punto relevante es en relación al destino de los bienes o servicios, ya que éstos deben estar destinados a un uso que sea ajeno a la actividad profesional del consumidor. Dadas las características del comercio electrónico resulta casi imposible asegurar éste requisito, aunque se ha señalado que para determinar si se cumple habrá que analizar la cantidad de productos que se compra, la periodicidad, la forma de pago, etc.

El numeral segundo del artículo 5 del Convenio de Roma nos señala:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, 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 recibido 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”.

Este número 2 del artículo 5 nos parece de vital importancia desde el momento que reconoce que las leyes imperativas de protección al consumidor resultan ser un limite al principio de autonomía de la voluntad, ya que la elección de ley realizada por las partes no puede afectar las leyes de protección al consumidor, en la medida que se cumpla con laguna de las hipótesis que se plantean.

La primera hipótesis nos señala que se deben cumplir 2 condiciones, en primer lugar que la celebración del contrato debe haber sido precedida de una oferta especialmente dirigida o por publicidad. Al aplicar esta alternativa a la contratación electrónica nos damos cuenta que esta se cumple cabalmente ya que todos los correos electrónicos o las distintas páginas *WEB* dirigidas a un país determinado para ofrecer sus bienes o

servicios, son consideradas en algunas oportunidades ofertas y en otras sólo publicidad.

La otra condición necesaria es que el consumidor debe haber realizado en ese país actos necesarios para la celebración del contrato. Podríamos pensar que esto siempre ocurre en la contratación electrónica, ya que el consumidor siempre acepta haciendo *click* sobre un icono determinado, pero esto no es así, ya que bien puede ocurrir que por ejemplo un chileno que se encuentre en Argentina, revisa su correo electrónico y encuentra una oferta que le parece razonable por lo cual decide comprar, pero el bien deberá ser entregado en Chile. Entonces, según el criterio de este número, este consumidor debería ser protegido por la ley Argentina, lo cual no nos parece una protección adecuada para un consumidor chileno, aunque como veremos más adelante podrán usarse otros criterios, como la residencia habitual, con el objeto que al consumidor lo proteja la ley chilena.

La segunda Hipótesis que nos plantea este artículo creemos que no será de gran aplicación a la contratación electrónica internacional pues requiere que el proveedor de los bienes o servicios, o su representante,

tenga en el país del consumidor sus sistemas informáticos. O lo que sería menos común que el proveedor costee el viaje al consumidor a su país para que realicen la transacción.

El tercer numeral del artículo 5 nos señala:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo”.

Como vemos según este artículo no obstante los criterios para determinar con que país el contrato presenta los vínculos más estrechos, en los contratos con consumidores será de suma importancia el lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual. Esto resulta ser de toda lógica, ya que –por su gran costo- no podemos pretender que los consumidores inicien acciones en el lugar donde se encuentran ubicadas las empresas. Además en la contratación electrónica se da el caso que las empresas pueden estar ubicadas en un país determinado , pero tener sus sistemas en otro país.

En el numeral 4 del artículo 5 se enuncia lo siguiente:

“El presente artículo no se aplicará: a) a los contratos de transporte; b) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual”.

Este numeral podría presentar algunas complicaciones al aplicarlo a la contratación electrónica, ya que no hace aplicable este artículo a los contratos de transporte contrato que cada día más personas celebran por vía electrónica. La única posibilidad que quede cubierto el contrato de transporte la señala el artículo 5 y es si por un precio global se paga el transporte y el alojamiento.

Además tampoco se aplica este artículo cuando los servicios se prestan al consumidor en un país distinto a aquel donde tiene su residencia habitual. Por ejemplo, que sucedería con un chileno que paga por copiar en línea MP3s desde un servidor que se encuentra en España, ¿dónde entendemos que se prestaron los servicios? ¿fue en el ciberespacio, o en Chile o España?. Desde nuestro punto de vista aquí los servicios fueron prestados en España, por lo cual no resultaría aplicable el artículo 5, aunque esta no nos parece una buena alternativa, ya que dejaríamos a muchos

consumidores sin protección, y podría verse vulnerada la esencia de este artículo.

El numeral quinto del artículo 5 nos señala:

“No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el presente artículo se aplicará a los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento”.

Como vemos del análisis del Convenio de Roma y del estudio realizado por la doctrina –de ambas tradiciones jurídicas²⁶⁶- podemos concluir que se establece una presunción en favor de la aplicación de las leyes propias de protección del consumidor, siempre que se demuestre que las ofertas o comunicaciones comerciales iniciadoras del contrato o invitadoras a su celebración estaban intencionalmente dirigidas a dicha jurisdicción. Por lo cual su aplicación estará íntimamente ligada a la competencia jurisdiccional que los tribunales del país de residencia del consumidor puedan atribuirse en un momento dado.

²⁶⁶ En este sentido, véase, Sofía Aguilar “la prestación de servicios legales en línea” Revista Electrónica de Derecho Informático N°28. “Sin embargo, se están observando avances muy positivos y concretos en esta área. En este orden de ideas, resulta remarcable la reciente iniciativa del Parlamento Europeo de aprobar la proposición de convertir la Convención de Bruselas de 1968, para la Aplicación y Reconocimiento de Decisiones Civiles y Comerciales en una regulación formal. Esta proposición

Por otro lado, en relación a la jurisdicción competente nos parece muy ilustrativo lo señalado por el profesor Maldonado cuando aborda este problema, y nos señala que “los litigios presentados ante los tribunales de cualquiera de los Estados miembros de la UE que han ratificado el Tratado de Amsterdam (todos excepto Dinamarca) entre dos partes domiciliadas en los citados Estados miembros, será de aplicación el Reglamento de Bruselas de 2000. En las relaciones de los Estados miembros con Dinamarca será de aplicación el pre-existente Convenio de Bruselas de 1968. Por último, se aplicará el Convenio de Lugano de 1988 (en sí una extensión del Convenio de Bruselas) a las relaciones con los estados miembros de la AELC/EFTA (Islandia, Lichtenstein, Noruega y Suiza). De no existir convenio entre los países cuyas jurisdicciones estén en disputa será de aplicación la normativa de derecho internacional privado establecida por la legislación aplicable en el país del propio tribunal conocedor de la disputa”²⁶⁷.

El Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, nos señala en su artículo 2 que “Salvo lo dispuesto en el presente Convenio, las

permitirá a los usuarios de la Unión Europea iniciar procedimientos administrativos y legales en contra de operadores extranjeros de páginas Web en la jurisdicción del consumidor”

personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicarán a los nacionales”. El mismo convenio establece una serie de competencias especiales²⁶⁸ y exclusivas²⁶⁹. Posteriormente en su sección 4 –

²⁶⁷ Maldonado, Sergio “Derecho Internacional Privado y contratos B2B”, <http://www.smaldonado.com>.

²⁶⁸ **SECCION 2. COMPETENCIAS ESPECIALES**

ARTICULO.-5

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.
2. En materia de alimentos, ante el Tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos.
3. En materia de delictual o cuasi delictual, ante el Tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.
4. Si se tratare de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento penal, ante Tribunal que conociere de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho Tribunal pudiese conocer de la acción civil.
5. Si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el Tribunal en que se hallaren sitios.

ARTICULO- 6

Las personas a las que se refiere el artículo anterior podrán también ser demandadas:

1. Si hubiere varios demandados, ante el Tribunal del domicilio de cualquiera de ellos.
2. Si se tratare de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el Tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que ésta se hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado.
3. Si se tratare de una reconvenición derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, ante el Tribunal que estuviere conociendo de esta última.

²⁶⁹ **SECCION 5. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS**

ARTICULO 16

Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio:

1. En materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los Tribunales del Estado contratante donde el inmueble se hallare sito.
2. En materia de validez, nulidad o disolución de Sociedades y personas jurídicas que tuvieran su

artículo 13 a 15- que trata sobre la competencia en materia de venta y prestamos a plazo, podemos ver que en su artículo 13 impone condiciones similares a las mencionadas en el Convenio de Roma, respecto de la ley aplicable, ya que para determinar la competencia requiere de una vinculación directa de la venta o préstamo (lo que en el Convenio de Roma era oferta o publicidad especialmente dirigida al consumidor). A continuación su artículo 14 nos señala que el vendedor domiciliado en un Estado contratante podrá ser demandado ante los tribunales de dicho Estado o ante los tribunales del estado contratante en el que tuviere su domicilio el comprador.

Al aplicar estos principios al comercio electrónico podemos pensar que se nos produce un gran problema y una gran traba al desarrollo de este comercio, ya que Internet permite a los empresarios ofrecer sus productos a cualquier persona –que cuente con una conexión necesaria- , sin importar el país donde ella viva, por lo cual los empresarios se pueden ver arriesgados a

domicilio en un Estado contratante, o de decisiones de sus órganos, los Tribunales de dicho Estado.

3. En materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los Tribunales del Estado contratante en que se encontrare el registro.

4. En materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, los Tribunales del Estado contratante en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún Convenio internacional.

ser perseguidos judicialmente en jurisdicciones muy distantes a la propia. Pero esto no debería suceder, ya que ,por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos junto con ir aplicando estos principios han creado también el principio del “*purposeful availment*” (aprovechamiento buscado) con el objeto de evitar que determinados países que cuenta con competencias de largo alcance (lo que describíamos anteriormente como doctrina de *Long-arm*) no violen la cláusula del debido proceso –*Due Process*- establecida por la Quinta Enmienda, por lo cual siempre será necesario la existencia de contactos mínimos con el derecho del foro²⁷⁰.

Desde nuestro punto de vista esta es la doctrina adecuada para que los distintos empresarios se sientan seguros y utilicen la red para el desarrollo de sus negocios, en todo caso igualmente resulta recomendable el redactar

5. En materia de ejecución de las resoluciones judiciales, los Tribunales del Estado contratante del lugar de la ejecución.

²⁷⁰ En este sentido, véase Sergio Maldonado “Jurisdicción en Estados Unidos” <http://www.smaldonado.com> “Estados Unidos que se compone de 50 estados soberanos, cada uno de ellos ejercitando control jurisdiccional sobre su territorio. Para que los tribunales de un estado pueda juzgar a una parte demandada de otro estado debe probarse, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, la existencia de "contactos mínimos". Los contactos mínimos, en el ámbito mercantil, se juzgan a través del criterio de "aprovechamiento buscado" (*purposeful availment*). De este modo, sólo cuando una parte ha buscado intencionadamente el beneficio económico en otro estado podrá este último juzgarle.

En otros tiempos, la capacidad de un tribunal para estimar la existencia de jurisdicción personal sobre la parte demandada proveniente de otro estado, se basaba principalmente en contactos "físicos" con el estado del foro. Con el advenimiento de la *sociedad de la información*, nuevos criterios han comenzado a aplicarse, de forma que una empresa sin presencia física o contacto con un estado determinado pueda juzgarse en el mismo a tenor de sus actividades publicitarias, informativas o transaccionales en ese estado”.

una cláusula de sumisión a una jurisdicción determinada e intentar evitar exponerse a ser perseguidos judicialmente en jurisdicciones no deseadas, para lo cual sus ofertas o publicidad no deben establecer con dichos consumidores los contactos mínimos, y sucederá por ejemplo si la publicidad o las ofertas están redactadas en un idioma distinto al del consumidor o si en la misma página *Web* se señala que resulta imposible realizar determinadas transacciones en algunos países o si no es viable la transacción solicitada.

3.5.3- Análisis en el B2B

El problema de la ley aplicable en el B2B –a diferencia de lo que ocurre en el B2C- pareciera estar más resuelto, ya que existen diversos tratados internacionales que pueden ser aplicables a este tipo de contratación electrónica. Ahora, el primer paso dentro de este proceso de búsqueda será dilucidar si en el contrato existe un acuerdo entre las partes²⁷¹

²⁷¹ Debemos recordar que las convenciones internacionales asignan un rol decisivo a la autonomía de la voluntad, entendiendo que son las partes las llamadas a determinar el sistema jurídico que regulará su contrato , por lo que sólo en ausencia de la voluntad de las partes entraran a regir las normas de localización establecidas en las convenciones.

en cuanto a la elección de la jurisdicción y ley aplicable –que la doctrina ha denominado *electio iuris*–.

Si existe esta cláusula de elección de jurisdicción competente, ley aplicable o ambas lo lógico es que el juez aplique dicha cláusula y reconozca la elección realizada por las partes, ya que los convenios relativos a la jurisdicción competente (Bruselas, Lugano), como los relativos a al derecho aplicable (Convención de Roma²⁷², Convención interamericana de México) reconocen el principio de autonomía de la voluntad en términos tales que parten mencionando como primer factor de localización, la elección realizada por las partes. Por ejemplo la Convención de México en su artículo 7 señala que “el contrato se rige por el derecho elegido por las partes, a su vez, la Convención de Roma, en su artículo 3 señala que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”. Resulta importante señalar que en todo caso ambas convenciones nos

²⁷² En este sentido, véase lo señalado por el profesor Maldonado. “El Convenio de Roma de 1980 decidirá la ley aplicable a las relaciones contractuales en litigio cuando éste se presente ante los tribunales de cualquiera de los Estados miembros de la UE, con independencia del domicilio o nacionalidad de las partes. Se destaca, en este sentido, la eficacia universal de la norma, que pasa a sustituir a las normas de conflicto previamente existentes en cada uno de los Estados miembros (y *Lex Fori*, en consecuencia). El Convenio es además obligatorio, no pudiendo evitarse mediante acuerdo (el acuerdo sí pueda existir sobre la ley aplicable en cuestión, pero no sobre la norma de conflicto).Ob. cit nota N° 267

señalan que la elección puede ser en forma expresa o tácita²⁷³, cuando se desprende en forma evidente de la conducta de las partes o de las cláusulas contractuales, por lo cual sólo a falta de esta elección expresa o tácita realizada por las partes deberemos analizar si existe un tratado internacional que rijan la materia,²⁷⁴ o acudir a la teoría de los vínculos más estrechos²⁷⁵.

Entonces, en caso de no existir cláusula de elección de jurisdicción y de derecho aplicable, y si no existe ningún tratado internacional específico²⁷⁶ que rijan la materia deberemos estudiar el contrato a la luz de

²⁷³ El hecho que las partes no realicen una elección expresa de ley aplicable no significa que no hayan expresado su voluntad, pues ambas convenciones reconocen que a falta de acuerdo expreso la elección se puede desprender de la conducta de las partes y las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto (Convención de México) o de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (convenio de Roma).

²⁷⁴ En este sentido podemos decir que ambas convenciones al referirse a su vinculación con otros tratados señalan que se dará preferencia a la aplicación de los tratados sobre materias específicas o que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional (artículo 20 y 21 del Convenio de Roma y 6 y 20 de la Convención de México).

²⁷⁵ En todo caso resulta bastante ilustrativo lo descrito por el profesor Maldonado cuando señala que “En los supuestos concretos más frecuentes hoy en día, jurisdicción y ley son normalmente impuestas por el mercado o lonja virtual (*b2b marketplace*) en los casos en que dicho *marketplace* pueda considerarse neutral y son negociadas en los casos de *joint venture* o integración de la cadena de suministros (*Supply Chain Management*). También son impuestas en los casos de aprovisionamiento electrónico (*E-Procurement*), herederos de las relaciones anteriormente establecidas sobre EDI (y con frecuencia impuestas por una multinacional a sus proveedores más inmediatos)”. Ob. Cit. Nota N°267

²⁷⁶ En este sentido, véase Ob. Cit nota N°259 “Adicionalmente, el artículo 1(1)(a) de la Convención de Viena de 1980 para la Compraventa Internacional de Mercaderías establece su directa aplicación, a falta de exclusión expresa, a los litigios emanados de contratos de compraventa de mercaderías entre empresas españolas y empresas radicadas en otros países que fueran igualmente parte del Convenio o cuando, aún no siéndolo, la ley española presentara vínculos más estrechos con el contrato. Este artículo se ha considerado, en este sentido (y en la medida en que se aplica de modo directo y sin necesidad de pasar por las reglas de determinación establecidas en el Convenio de Roma), como una norma unilateral de conflicto (*Einseitige Kollisionsnorm* en la doctrina alemana) y, en consecuencia, de derecho internacional privado”.

los distintos tratados internacionales para determinar la jurisdicción y ley aplicable a los contratos internacionales.

En cuanto a la jurisdicción competente el Convenio de Bruselas en su artículo 5 N°1 nos señala que “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”, que obviamente es la que sirve de base a la demanda. En caso de falta de acuerdo en contrario se considerará el lugar en donde debieran entregarse las mercaderías o prestarse los servicios.

Nos parece muy importante lo señalado por el profesor Maldonado cuando señala que “aplicando este principio a los servicios prestados "en línea" o los "bienes" digitales entregados por medios telemáticos (que, con excepción de algunos sistemas fiscales, son raramente considerados como mercaderías), éstos se entenderían entregados en los sistemas del receptor (figura que en los casos de aprovisionamiento electrónico coincidirá con la del prestador, en el sentido de la Directiva del Comercio Electrónico - prestador de Servicios de la Sociedad de la Información- y en los de compraventa con el prestatario)”.

De lo anteriormente expuesto creemos que según el Convenio de Bruselas y Lugano resulta clara la aplicación de la jurisdicción, del lugar en donde se entiende cumplida la obligación, que por ejemplo en una compraventa de mercadería será el lugar de la entrega o en el caso de servicios en línea en el lugar donde se encuentre el computador que esta haciendo uso de dichos servicios. En todo caso estas convenciones se aplican sólo a los Estados contratantes, por lo que cuando ocurran controversias entre Estados no contratantes, lo que normalmente ocurre es que cada Estado expande la competencia de sus tribunales, en beneficio de sus ciudadanos.

En cuanto a la ley aplicable nos tendremos que remitir a las distintas convenciones internacionales que regulan la materia, como son el Convenio de Roma y la Convención de México. Es así como la Convención Interamericana en su artículo 9 señala que “ Si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”. Aquí podemos ver que se le dio bastante libertad al juez para determinar que debe entender por vínculos más estrechos, aunque el inciso 2 de este artículo dispone que “el tribunal tomará en cuenta todos los

elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el que tiene vínculos más estrechos”. Como elementos objetivos podemos mencionar el lugar de celebración, el lugar de ejecución, la nacionalidad de las partes, su lugar de residencia, etc. Por elementos subjetivos entendemos la intención tácita de las partes. El juez debe analizar estos elementos en base a un análisis cualitativo y no cuantitativo, para encontrar la ley con la cual el contrato presenta un mayor vínculo.

Por su parte el Convenio de Roma, adopta el criterio de los vínculos más estrechos, pero de una manera diferente, ya que en su artículo 4 numeral 2 establece que 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 su administración central. Lo importante será determinar que debe entenderse por prestación característica, aquí nuevamente el juez entra a cumplir una función de suma importancia, aunque un poco más limitado que en el caso anterior, ya que se le señalan ciertos elementos que debe usar para localizar el contrato. El concepto de

prestación característica puede entenderse como aquella que permite darle al contrato su nombre e identidad y e ayuda a diferenciarse de otros.

En el Convenio de Roma también se van estableciendo distintas presunciones, por ejemplo, en el caso de derechos reales –donde se encuentre situado el inmueble- o en el caso del transportista, pero la que nos parece de gran relevancia para la contratación electrónica es la mencionada en el N°5 del artículo 4, ya puede ser aplicada a una gran cantidad de contratos innominados que se han ido creando en el comercio electrónico. Aquí se señala que en caso de ser imposible de determinar la prestación característica se aplicará la idea de los vínculos más estrechos, pero esta vez no ligado al sistema de presunciones.

3.6- Métodos alternativos de solución de conflicto

3.6.1 Consideraciones previas

“Una de las condiciones para que la economía y el comercio se desarrollen armónicamente, es la existencia de instancias legales donde los agentes puedan dirimir sus querellas, de esa forma es posible crear un ambiente de confianza que garantice el cumplimiento de los compromisos

de las partes. Estas reglas se cumplen para el comercio tradicional y el que se realiza mediante redes informáticas. Es preciso presentar a las personas que contratan por Internet una alternativa eficaz que no involucre acudir a los medios jurisdiccionales, sino usar un método alternativo al Poder Judicial para resolver sus conflictos”²⁷⁷.

Entendiendo que Internet se nos presenta como una red global, descentralizada y plurijurisdiccional, en la cual no existen las fronteras creadas por los Estados, sino que todos convergen en un espacio único denominado ciberespacio, nos hace pensar en la posibilidad que exista un único órgano judicial que resuelva las disputas generadas en el ciberespacio, pero ante la imposibilidad fáctica que ocurra tal circunstancia, los Estados deberán resolver las controversias que surjan intentando buscar la solución más adecuada en consideración a las características de este comercio. Es así entonces, como los medios alternativos de solución de conflictos se nos presenta como la vía más adecuada por las ventajas que presentan (celeridad, eficacia, menor costo para las partes, especificidad,

²⁷⁷ Mendoza Amilcar Adolfo, “El cibertribunal peruano como medio efectivo de resolución de conflictos”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 34, mayo de 2001, <http://www.vlex.com/redi>.

etc²⁷⁸), aunque las partes siempre tendrán la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios, con el objeto que no pueda darse ningún caso de indefensión.

Las grandes ventajas de los sistemas alternativos de soluciones de conflictos, según lo describe Marta Aguilar, serán:

- Flexibilidad: los procesos para la resolución de conflictos permiten a las partes adaptar los aspectos relevantes del proceso del que forman parte acorde a sus necesidades particulares. Pueden fijar las normas de procedimiento que estimen convenientes, por ejemplo, que las notificaciones en el proceso sean vía correo electrónico, etc.

²⁷⁸ En este sentido, véase, Aguilar Marta, “La prestación de servicios legales en línea”, Revista Electrónica de Derecho Informático, N°28, 2001. <http://www.vlex.com/redi>. “El futuro del comercio electrónico depende en gran parte del desarrollo de mecanismos para la resolución de conflictos adaptados a la dinámica de Internet, capaces de brindar seguridad y confianza a consumidores y comerciantes por igual. Es por esta razón que la prestación de servicios legales en-línea por medio de métodos alternativos para la resolución de conflictos se presenta como una solución efectiva a las disputas originadas en operaciones comerciales a través de Internet.

Importantes compañías transnacionales han empezado a promover el uso de la negociación, la mediación y el arbitraje a través de proveedores especializados en estos servicios o por medio de consultorías internas en las grandes empresas comerciales. La idea es la de promover el uso de estos mecanismos alternativos para agilizar la resolución de conflictos y adicionalmente, obtener soluciones adaptadas a los problemas planteados. Las numerosas ventajas que presenta la utilización de los métodos alternativos para la resolución de conflictos, tales como, flexibilidad, celeridad administrativa, menores costos y la aplicación de las decisiones o acuerdos en distintas jurisdicciones, hacen de estos métodos una herramienta eficiente para llenar parte del vacío que rodea la aplicación de justicia en Internet. Dicho vacío se irá completando paulatinamente a través de los esfuerzos conjuntos de la comunidad internacional representada por grandes, medianas y pequeñas empresas, así como también por el gran número de consumidores que día a día utilizan la Red como medio de comunicación, asistencia y acceso a distintos servicios”.

- Bajos costos: la resolución de conflictos en línea puede resultar menos costosa que los métodos tradicionales de administración de justicia, ya que las partes, por ejemplo, no necesitan incurrir en gastos de movilización.
- Rapidez: Las partes pueden adaptar las normas de procedimiento según su propia conveniencia, lo cual permite acortar de forma significativa el tiempo en que ha de resolverse la controversia. Además podemos señalar que los conflictos pueden ser resueltos sin necesidad de la presencia física de las partes, por lo cual no se pierde tiempo en movilización.
- Ejecutabilidad de las decisiones y acuerdos: Los Laudos Arbitrales, gozan de un alto grado de reconocimiento y ejecutoriedad a nivel internacional, especialmente en aquellas naciones que han ratificado la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), la cual garantiza que las decisiones sean ejecutables y efectivas en más de 120 países.

- Especificidad: Los distintos centros de arbitraje que resuelven conflictos en línea cuentan con árbitros altamente especializados en las materias del comercio electrónico.
- Confidencialidad: Específicamente en los casos sometidos a arbitraje, las partes en un conflicto pueden solicitar al Arbitrador que el contenido de la decisión final sea reservado del conocimiento público. Adicionalmente, debido a que no se requieren audiencias públicas y la documentación es conservada confidencialmente durante el proceso, la privacidad de las partes es garantizada. En casos relacionados con el desarrollo de alta tecnología, esta ventaja es esencial.

En resumen podemos señalar que dadas las ventajas que presentan los métodos alternativos de solución de conflictos -en relación a las características y exigencias del comercio electrónico internacional- sólo éstos podrán resolver de forma eficiente los conflictos que se produzcan en este tipo de comercio.

La intención de aplicar éstos métodos a la contratación electrónica ha estado siempre presente, por ejemplo, el artículo 11 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo, de 20 de Mayo de 1.997, relativo a

la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia señalaba “Considerando que, con vistas a la protección del consumidor, es importante que se desarrolle lo antes posible un sistema eficaz para la tramitación de reclamaciones transfronterizas; que la Comisión publicó el 14 de febrero de 1996 un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior; que dicho plan de acción incluye una serie de iniciativas concretas encaminadas a promover los procedimientos extrajudiciales; que, en particular establece criterios objetivos para garantizar la fiabilidad de los procedimientos y prevé la utilización de impresos normalizados para las reclamaciones”. A su vez, la Directiva 2.000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio de 2.000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior, en su artículo 17 cuando trata sobre la solución extrajudicial del los conflictos nos señala que: “1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con

arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas. 2. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuados a las partes afectadas. 3. Los Estados miembros incitarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico”.

Por otro lado, vemos que en el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional, en su artículo 3.2 se admite la comunicación electrónica a través de cualquier medio de telecomunicación, siempre que se deje constancia del envío.

A nivel internacional y nacional los mecanismos alternativos de resolución de conflictos más comunes para resolver los problemas que se

producen en el comercio electrónico son; la mediación y el arbitraje internacional.

3.6.2- La mediación

La mediación es un mecanismo extrajudicial de controversias en virtud del cual las partes con la ayuda de un tercero intentar acercar posiciones –de manera amistosa- con el objeto de solucionar los problemas y evitar futuras complicaciones. Para el proceso de mediación no existe una regulación que establezca algún tipo de procedimiento para las partes –a diferencia del arbitraje-, ni tampoco para quien actúe de mediador, ya que a éste sólo le corresponderá actuar como un tercero imparcial –el mediador no decide ni puede imponer su voluntad a las partes-, al cual le corresponde acercar las pretensiones de las partes, con el objeto de buscar una solución satisfactoria. Una de las principales características de éste proceso es que no podemos hablar de que exista un vencedor y un vencido. Esto se da principalmente porque la mediación no es obligatoria, sino completamente voluntaria, por lo cual si las partes ven que la solución no satisficará de manera adecuada sus pretensiones, estas no continuarán con el proceso.

Algunos organismos internacionales²⁷⁹ como la OMPI, han creado ciertas instancias para llevar a cabo un proceso de mediación y arbitraje, de hecho poseen una reglamentación a la cual las partes pueden acceder, así como también nos entregan una serie de cláusulas modelos. En estas cláusulas podemos distinguir entre aquellas que se pueden acordar para controversias futuras²⁸⁰ y aquellas que se acuerdan para controversias existentes²⁸¹.

²⁷⁹ En este sentido, podemos ver que también existen otros organismos internacionales. “Uno de los ejemplos más claros en el que se pone de manifiesto la aplicación concreta de los servicios legales en línea, la encontramos en la Política de Resolución de Conflictos de ICANN . Esta Política es el resultado del acuerdo de importantes países miembros de la comunidad internacional para unificar distintos principios básicos de protección a la propiedad intelectual con el objeto de proporcionar un mecanismo capaz de combatir en forma específica la actividad de “Cybersquatting”, la cual será definida más adelante. Lo interesante de este mecanismo de resolución de conflictos, es que proporciona una solución a través de un proceso similar al arbitraje cuyas normativas substanciales y procedimentales se encuentran a cargo de ICANN.

ICANN es la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números. Es una Corporación sin fines de lucro fundada para asumir la responsabilidad de la administración del sistema de manejo de Nombres de Dominio y todas aquellas funciones de base que anteriormente estaban a cargo de la IANA (Autoridad de Internet para la Asignación de Nombres y Números)(4) y otras entidades contratadas por el gobierno de los Estados Unidos.

Mas claramente, ICANN como heredera de la IANA, es el organismo internacional encargado de administrar la generalidad de las políticas concernientes al manejo de Nombres de Dominio y con este objetivo, ICANN ha desarrollado un mecanismo para la resolución de controversias totalmente adaptado a la naturaleza de los conflictos que se generan en esta área, principalmente para combatir el llamado “Cybersquatting”, o la práctica ilegítima de comprar múltiples nombres de dominio pertenecientes a marcas registradas, con el objeto de revenderlos a los dueños de dichas marcas a altos costos”. Ob. Cit nota N°278

²⁸⁰ Un ejemplo de ellas es la siguiente “Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI. La Mediación tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en la mediación será...

Si la controversia, diferencia o reclamación no ha sido solucionada en la mediación, o en la medida en que no haya sido solucionada, ésta será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una petición de

En nuestro país, NIC Chile –que es la organización destinada asignar los nombres de dominio- cuenta con un procedimiento de mediación²⁸² para

arbitraje por una de las partes, para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. No obstante, si antes de la expiración del plazo de [60] [90] días, una de las partes se abstiene de participar o deja de participar en la mediación, se someterá la controversia, la diferencia o reclamación a arbitraje mediante la presentación de una petición de arbitraje por la otra parte para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El tribunal arbitral estará compuesto por [tres árbitros] [un árbitro único]. El arbitraje tendrá lugar en...El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será... La controversia, diferencia o reclamación sometida a arbitraje se resolverá de conformidad con el derecho de” Esta cláusula la podemos encontrar en <http://www.wipo.org>.

²⁸¹ Un ejemplo de ella es “Los infrascritos convenimos por el presente someter la controversia siguiente a mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI:

[Breve descripción de la controversia]

La mediación tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en la mediación será ...

Convenimos además que, si la controversia, diferencia o reclamación no ha sido solucionada en la mediación o en la medida en que no haya sido solucionada, ésta será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una petición de arbitraje por una de las partes, para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. No obstante, si antes de la expiración del plazo de [60] [90] días, una de las partes se abstiene de participar o deja de participar en la mediación, se someterá la controversia, la diferencia o la reclamación a arbitraje mediante la presentación de una petición de arbitraje por la otra parte para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El tribunal arbitral estará compuesto por [tres árbitros] [un árbitro único]. El arbitraje tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ... La controversia, diferencia o reclamación sometida a arbitraje se resolverá de conformidad con el derecho de ...” Esta cláusula la podemos encontrar en <http://www.wipo.org>.

²⁸² El procedimiento de mediación es el siguiente:

Una vez que se acredite la existencia de una disputa por la inscripción o por la revocación de un nombre de dominio, NIC Chile procederá a notificar a las partes por correo electrónico. Esta notificación incluirá:

- a. La existencia del conflicto y el nombre de dominio en disputa.
- b. La identificación de las partes involucradas, incluyendo toda la información para su contacto.
- c. Una referencia a la presente documentación y a la solicitud fundada de revocación, en su caso.
- d. Citación a una audiencia de mediación, con día, hora y lugar fijados para su celebración.

los conflictos que se susciten en la inscripción tramitación y revocación de nombres de dominio en el dominio CL. En caso de resultar infructuosa la mediación se continúa con el procedimiento de arbitraje.

A modo de conclusión podemos señalar que la mediación -dadas las características que señalamos en un comienzo- no se ha consolidado como una alternativa sólida para la resolución de conflictos en el comercio electrónico internacional, principalmente por el hecho que es absolutamente voluntaria y además la solución que entrega el mediador no resulta ser vinculante para las partes, ya que sólo lo será el acuerdo a que ambas lleguen.

Las partes deberán comparecer personalmente, pero en casos calificados, se podrá autorizar la participación de algunas de ellas vía teleconferencia. Se entenderá que no se ha llegado a acuerdo por el sólo hecho que alguna de las partes no asista a la audiencia.

La audiencia será moderada por un mediador designado por NIC Chile, quien instará a las partes a llegar a un acuerdo, sin que le afecte ningún tipo de inhabilidad que pueda ser reclamada por las partes.

De lo actuado en la audiencia se levantará un acta que consignará lugar, fecha, hora, partes asistentes, acuerdo logrado o ausencia de acuerdo. Esta acta deberá ser firmada por todos los presentes. En el caso de que alguno participe vía teleconferencia, el acta le será enviada por correo certificado, la cual deberá ser devuelta firmada, en el plazo de diez días hábiles, los que se contarán desde el tercer día de expedida el acta.

Si el resultado de la audiencia fuera la solución de la controversia, el acta constituirá suficiente comunicación escrita para que NIC Chile proceda a efectuar la asignación definitiva del dominio que originó el conflicto. Este procedimiento lo podemos encontrar en <http://www.nic.cl>

3.6.2 El arbitraje internacional

Existen distintos tipos de arbitrajes, así en algunas legislaciones nos encontramos con que existe un arbitraje interno, un arbitraje de consumo y un arbitraje internacional. Éste último será el que abordaremos en nuestro estudio, para ver si puede convertirse en un medio efectivo para resolver las controversias que se generen en el comercio electrónico.

El arbitraje puede definirse “como una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediando convenio o de cualquier otra forma autorizada legalmente, resuelve con base en una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia”²⁸³.

Dentro de las características que destacan al arbitraje como un medio efectivo para la solución de conflictos, podemos destacar el hecho que la decisión adoptada por el árbitro –denominada laudo- resulta ser vinculante

²⁸³ Gómez Colomer, J. L., Derecho Jurisdiccional II, (junto a Montero Aroca, J., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.000, p. 873.

para las partes, y una vez que se encuentre firme tendrá fuerza ejecutiva. Además debemos considerar que éste resulta ser el proceso más común para resolver conflictos comerciales internacionales, dado que la gran mayoría de estos contratos cuentan con una cláusula compromisoria, en la cual se comprometen a someter a arbitraje cualquier controversia que derive del contrato.

Para que el arbitraje surta efecto es necesario que las partes hayan acordado la respectiva cláusula compromisoria²⁸⁴, la cual puede haber estado contenida en el mismo contrato o puede surgir como un acuerdo posterior independiente al contrato.

Los problemas que presenta el arbitraje internacional los podemos clasificar en problemas de fondo y de carácter formal. En cuanto a los problemas de fondo podemos señalar que estos se dan principalmente cuando pretendemos aplicar el arbitraje de una manera uniforme, ya que en muchas normativas internas existen una serie de normas de orden público que deben ser respetadas, como la normativa que protege a los consumidores. Por ejemplo, dentro de la Unión Europea, para que se

entienda válido un acuerdo de sometimiento a arbitraje por el cual el consumidor ha rechazado su derecho a acudir a los tribunales, como mínimo debe cumplir con una serie de requisitos, dentro de los cuales podemos mencionar el hecho que el acuerdo debe haber sido tomado después del surgimiento del conflicto, el consumidor debe ser absolutamente consiente de las consecuencias de dicho acuerdo y el procedimiento debe asegurar un cierto grado de equidad que permita al consumidor a presentar un recurso ante los tribunales ordinarios.

Otro de los problemas que se han presentado con los procedimientos que se desarrollan en línea, dice relación con las dificultades que pueden surgir cuando el derecho aplicable depende de la localización física. Este problema en doctrina se ha denominado como laudo flotante (*floating award*) o arbitraje flotante (*floating arbitration*). Pero este problema se encuentra bastante resuelto adoptando la teoría Suiza de la “silla del arbitraje”, mediante la cual el arbitraje se conecta a un sistema legal concreto independiente del lugar físico donde se desarrollaron los procedimientos.

²⁸⁴ Esta cláusula compromisoria debe recoger de manera inequívoca que las partes acuerdan en someter sus controversias a la decisión de uno o más árbitros, que pueden estar desde ya designados, al igual que las distintas normas de procedimiento que el o ellos deberán aplicar.

En cuanto a los problemas formales que presenta el arbitraje internacional prestado a través de medios electrónicos podemos señalar que hay que adecuar a las nuevas realidades los distintos tratados internacionales que rigen la materia. Por ejemplo el Convenio de Nueva York de 1958, en su artículo II nos exige que el convenio de arbitraje sea por escrito. Desde nuestro punto de vista este inconveniente es fácilmente solucionable con una interpretación amplia²⁸⁵ del convenio ya que en este mismo artículo²⁸⁶ en su número 2 nos señala que debe entenderse por acuerdo escrito y aquí se menciona el canje de telegramas, que pueden ser asemejados al canje de correspondencia electrónica. Por otro lado, según lo expuesto por el artículo 7 (2) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que señala que "el requisito de forma escrita se cumple si el convenio de arbitraje está en un documento firmado por las partes... o en otros medios de telecomunicaciones que proporcionen un registro de dicho acuerdo". Esta interpretación ha sido respaldada por el

²⁸⁵ La doctrina como reiterada jurisprudencia internacional (como el pronunciamiento del Tribunal Supremo de Suiza en 1987 respecto de su Ley de Derecho Internacional Privado) concluyen que el Convenio de Nueva York debe interpretarse en sentido amplio.

artículo 17 de la Directiva sobre comercio electrónico, al que ya nos hemos referido. Además, la ley modelo de Comercio Electrónico elaborada por la CNUDMI, como nuestra propia Ley de firma electrónica, contemplan el principio del equivalente funcional, que ya hemos explicado.

Aún considerando las posibles desventajas que presenta el arbitraje internacional –que desde nuestro punto de vista son superables-, éste sigue siendo el medio más efectivo para resolver las controversias que se presenten en el comercio electrónico. Ahora, lo que debemos hacer es estudiar los distintos tratados internacionales que regulan los aspectos formales del convenio arbitral y ver si estos pueden ser aplicados a este tipo de contratación. En concreto nos referimos al Convenio de Nueva York de 1958 y al convenio de Ginebra de 1961²⁸⁷.

²⁸⁶ La expresión "acuerdo por escrito" denotara una cláusula compromisario incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Artículo II N°2 del Convenio de Nueva York de 1958.

²⁸⁷ Igualmente nos parece importante tener en consideración la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros que en su artículo 2 nos señala las condiciones que debe cumplir un laudo para ser reconocido en otro Estado parte.

Artículo 2

Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:

a. Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; **b.** Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; **c.** Que se presenten

El Convenio de Nueva York²⁸⁸ en su artículo II nos señala los requisitos que debe cumplir el convenio arbitral, dentro de los cuales se destaca el hecho de que el convenio sea escrito, pero como veíamos anteriormente con una interpretación amplia este problema no afectaría mayormente su aplicación al comercio electrónico.

Por otro lado, según lo señala Gonzáles Malabia “el Convenio de Ginebra en su artículo 1.2 a) nos señala que debe entenderse por acuerdo o compromiso arbitral, ya sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmado

debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto; **d.** Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto; **e.** Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto; **f.** Que se haya asegurado la defensa de las partes; **g.** Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados; **h.** Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

²⁸⁸ El artículo II nos señala:

1- Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2- La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisorio incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3- El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

por las partes o contenidas en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o compromiso arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado de la forma permitida por dichas leyes. Con lo cual puede afirmarse la posibilidad de concluir un convenio arbitral internacional por medio del correo electrónico o de la simple relación interactiva en una página web, pues según la interpretación de estos preceptos, tratándose de un compromiso arbitral contenido en un canje de cartas o telegramas, no se configura como requisito imprescindible de validez la firma manuscrita de las partes, siempre que quede constancia de las declaraciones de voluntad y pueda ser probada la autoría”²⁸⁹.

En materia de arbitraje internacional existen distintos organismos internacionales (CNUDMI, OMPI, CCI) que poseen reglamentaciones para que se lleve a cabo un arbitraje internacional. Por ejemplo la OMPI en el

²⁸⁹ Gonzalez Malabia, Sergio “La tutela extrajudicial ante las controversias en materia de comercio electrónico”. Revista Electrónica de Derecho Informático, N°43, 2001

artículo 59 de su reglamento de arbitraje trata sobre las leyes aplicables al fondo de la controversia , el arbitraje y el acuerdo de arbitraje²⁹⁰ .

Al igual de lo que ocurría con la mediación en el sitio del centro de arbitraje y mediación de la OMPI, podemos encontrar una serie de cláusulas modelos para realizar los convenios arbitrales. Estas cláusulas distinguen entre las cláusulas acordadas para controversias futuras -que a su vez se dividen en cláusulas para un arbitraje común²⁹¹ y aquellas relativas al

²⁹⁰ El artículo 59 del reglamento de la OMPI, lo podemos encontrar en <http://www.wipo.org> , específicamente derivando al sitio del centro de arbitraje y mediación.

a) El Tribunal decidirá sobre el fondo del litigio de conformidad con el derecho o reglas de derecho elegidas por las partes. A menos que se exprese lo contrario, cualquier designación de la ley de un Estado determinado se interpretará en el sentido de que se refiere directamente al derecho de fondo de ese Estado y no a sus disposiciones relativas al conflicto de leyes. Si las partes no efectúan esa elección, el Tribunal aplicará el derecho o reglas de derecho que considere apropiados. En todos los casos, el Tribunal tomará una decisión teniendo debidamente en cuenta las estipulaciones de cualquier contrato pertinente, así como los usos mercantiles aplicables. El Tribunal decidirá como amigable componedor o *ex aequo et bono* sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello.

b) La ley aplicable al arbitraje será la ley de arbitraje del lugar en que se realice el arbitraje, a menos que las partes hayan acordado expresamente la aplicación de otra ley de arbitraje y que ese acuerdo esté permitido por la ley del lugar de arbitraje.

c) Un acuerdo de arbitraje será considerado válido si cumple con los requisitos de forma, existencia, validez y alcance ya sea de la ley o de las normas jurídicas aplicables de conformidad con el párrafo a), o bien de la ley aplicable de conformidad con el párrafo b).

²⁹¹ Un ejemplo de este tipo de cláusula es la siguiente “Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a arbitraje para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El tribunal arbitral estará compuesto por [tres árbitros] [un árbitro único]. El arbitraje tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ... La controversia, diferencia o reclamación se resolverá de conformidad con el derecho de ...”

mecanismo de arbitraje acelerado presentado por la OMPI²⁹²- y aquellas acordadas para controversias existentes –que también distingue entre arbitraje común²⁹³ y acelerado²⁹⁴ -.

Por último, en nuestro país NIC Chile cuenta con un procedimiento de arbitraje que esta destinado a resolver los conflictos de nombres de dominio en caso que la mediación no haya surtido efectos. En la página

²⁹² Un ejemplo de este tipo de cláusula es la siguiente “Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a arbitraje para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI. El tribunal arbitral estará compuesto por [tres árbitros] [un árbitro único]. El arbitraje tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ... La controversia, diferencia o reclamación se resolverá de conformidad con el derecho de ...”

²⁹³ Un ejemplo de este tipo de cláusula es la siguiente “Los infrascritos convenimos por el presente someter la controversia siguiente a arbitraje para que se encuentre una solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI:

[Breve descripción de la controversia]

El tribunal arbitral estará compuesto por [tres árbitros] [un árbitro único]. El arbitraje tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ... Se resolverá la controversia de conformidad con el derecho de ...”

²⁹⁴ Un ejemplo de este tipo de cláusula es la siguiente “Los infrascritos convenimos por el presente someter la controversia siguiente a arbitraje para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI:

[Breve descripción de la controversia]

El arbitraje tendrá lugar en ... El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ... Se resolverá la controversia de conformidad con el derecho de ...”

Web de esta institución podemos encontrar todas las sentencias que se han dictado en procedimientos arbitrales²⁹⁵.

²⁹⁵ El procedimiento de arbitraje es el siguiente y lo podemos encontrar en <http://www.nic.cl>

1- Si en la audiencia de mediación no se lograra la resolución del conflicto, en el acto se consultará a las partes si acuerdan la designación de un árbitro. En caso de que no exista acuerdo al respecto o bien en el caso de ausencia de una de ellas, el moderador preguntará a las partes asistentes si desean tachar hasta un máximo de tres nombres de la nómina de árbitros. Las partes inasistentes tendrán un plazo de 10 días corridos para efectuar su tacha. **2.** Habiéndose efectuado la tacha o bien, vencido el plazo para ello, se procederá entonces a designar a un árbitro por sorteo entre los que no hayan sido tachados. **3-** Si con posterioridad el árbitro designado no aceptare o renunciara a esta designación, se procederá a designar a otro por sorteo. **4-** La nómina de árbitros será elaborada anualmente por NIC Chile y quedará a disposición del público en la página web de NIC Chile. **5-** Los árbitros tendrán el carácter de "arbitrador", y en contra de sus resoluciones no procederá recurso alguno. El árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y jurisdicción incluyendo la fijación de las costas del arbitraje y la forma de pago de ellas, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 8º, párrafo final. **6-** La Secretaría de NIC Chile notificará por carta certificada al árbitro designado y le remitirá junto con la notificación todos los antecedentes para su conocimiento del caso, debiendo éste aceptar o rechazar la designación dentro del décimo día hábil desde que reciba la notificación. Si el árbitro rechaza la designación, o no comunica su aceptación a la Secretaría dentro del plazo antes referido, ésta procederá a designar un nuevo árbitro por sorteo. **7-** En caso de aceptar, el árbitro deberá enviar a NIC Chile y a las partes, una carta certificada, llamando a las partes a una audiencia cuya fecha no podrá ser en ningún caso posterior a 20 días hábiles contados desde la expedición de la carta. **8-** La audiencia se celebrará con la parte que asista y en ella las partes establecerán en conjunto con el árbitro designado, el procedimiento arbitral a seguir. En caso que las partes no lleguen a un acuerdo en cuanto al procedimiento, o en caso de que una o más de ellas no concurren a la audiencia, será el árbitro el que fije el procedimiento. **9-** Para el caso en que ninguna de las partes en conflicto comparezca a la audiencia, el árbitro emitirá una resolución que ordene que el dominio en disputa se asigne al primer solicitante, o que se mantenga su actual asignación, en caso de solicitud de revocación. **10-** Las costas del arbitraje serán compartidas por las partes que hayan participado del mismo exceptuando de ello al primer solicitante en el caso de un conflicto por inscripción, o al actual asignatario, en un conflicto por revocación. Sin perjuicio de lo anterior, el árbitro podrá condenar al pago de la totalidad de las costas del arbitraje, a aquél de los solicitantes que haya pedido el nombre de dominio rechazado a inscripción en casos en que fuere evidente la existencia de derechos incompatibles de terceros por cualquier causa, en que tal solicitante haya actuado de mala fe, o en que el árbitro determine que no ha tenido motivo alguno para litigar. **11-** En caso de muerte, enfermedad o incapacidad sobreviniente del árbitro que esté conociendo de un asunto, NIC Chile procederá con la designación de un nuevo árbitro por sorteo. La incapacidad sobreviniente será comunicada por el propio árbitro, o calificada por NIC Chile. **12-** El árbitro deberá notificar el fallo a las partes, y a la Secretaría de NIC Chile por carta certificada, al domicilio que éstas hayan designado en el procedimiento. NIC Chile procederá a dar cumplimiento al fallo notificado según corresponda.

3.7- Magistrado virtual

3.7.1- Consideraciones previas

El proyecto de magistrado virtual fue desarrollado por el “Centro Villanova para Derecho Informático y Política en los Estados Unidos, seguido por el Cibertribunal del centro de Investigación de Derecho Público de la Universidad de Montreal de Canadá, en el Comité de Arbitraje de la Red iris de España y el Ombudsman Virtual de la Universidad de Massachusetts y de la legislación sobre Firma Virtual y el Código penal para delitos en el ciberespacio de Malasia”²⁹⁶.

Este sistema se nos presenta como un medio alternativo de solución de conflictos, que funcionará, básicamente, como un sistema de arbitraje en línea que tiene por objeto solucionar los conflictos que se produzcan en el ciberespacio, especialmente en la contratación electrónica internacional, y con la gran particularidad que quien resuelva los conflictos será una

²⁹⁶ Alvarez Calderon Alfonso, “El cibertribunal Peruano” Revista Electrónica de Derecho Informático, N°14, 2000. <http://www.vlex.com/redi>

autoridad independiente a cualquier soberanía estatal, pero que a su vez las incumbe a todas ellas²⁹⁷.

Por otro lado, nos parece importante destacar que este sistema pretende privilegiar principalmente a los consumidores, que son los que se ven más desprotegidos cuando ocurre un conflicto en el ciberespacio, ya que éstos no poseen la misma capacidad económica que las empresas, a la hora de enfrentar éstos conflictos²⁹⁸.

²⁹⁷ Para un estudio más acabado véase, OB. Cit nota N°227 “En el caso de Swift, el Tribunal Supremo, bajo su señoría el magistrado Story, hizo constar de parte del Tribunal que la Ley Judicial de 1789, 6 en mencionar "las leyes de varios estados", no se refería al derecho conjunto de los estados. De ahí los tribunales federales no necesariamente tuvieron que tener en cuenta los dictámenes de los tribunales estatales en lo que se refería a la interpretación de la ley común. Esta ley, en cambio, era diferente a la compuesta por los estatutos de cualquier estado individual, y debido al hecho de ser independiente a de la autoridad legislativa federal, también era independiente de los estatutos nacionales. Ya que era independiente, podía ser interpretado y desarrollado por los tribunales federales. Y así comenzó la práctica de permitir existir el derecho conjunto general federal dentro de los tribunales federales. El caso Swift reconoció de esta forma un cuerpo autoritativo que sí incumbía a los tribunales locales, pero que a la vez tenía sus orígenes en las acciones de más de un "soberano", justo lo que pretenden conseguir los activistas del ciberespacio. 7 Lo que pretenden estos juristas, bien trabajando a partir del modelo del derecho mercantil o de conjunto en general, es la estructura de una autoridad que queda independiente de cualquier soberanía en particular, pero que las incumbiría a todas. Lo que quieren en efecto, es una estructura de autoridad común que simplificaría los conflictos que surjan entre diversas autoridades del mundo real”.

²⁹⁸ En el mismo sentido, Ob, Cit. Nota N°278 “quien se encuentra más expuesto a situaciones conflictivas a través del comercio electrónico es la persona física, que actúa en calidad de consumidor. Dado que su ámbito de desarrollo no es precisamente el comercial, le es difícil conocer las características o el curriculum empresarial de quien le oferta productos o servicios a través de Internet. Al no contar con una información adecuada sobre el mercado en el que se desenvuelve y el modo cómo éste opera, el usuario se encontrará disminuido y guiado tan sólo por las sugerencias del ofertante. Tales hechos generarían asimismo situaciones conflictivas que requerirán la presencia de un tercero que ayude a establecer un acuerdo conciliatorio o imponga una solución. Este tercero, que intercedería en el caso por propia voluntad de las partes, debe considerar una solución que satisfaga los intereses de cada uno de ellos. Para ello, debe mantener estrecha comunicación con las partes y proponer acuerdos equitativos. De no mediar tal concertación, las partes pueden acudir a una nueva instancia en donde el tercero impondrá una solución imparcial, íntegra y objetiva”.

Entonces, el magistrado virtual nos presenta la oportunidad de que un cibertribunal conozca de los problemas suscitados en la red y pueda emitir sentencias –vía correo electrónico- a los conflictos derivados de la utilización de medios electrónicos²⁹⁹.

3.7.2- Como podría ser aplicable

La capacidad para que esta institución pueda ser aplicable al comercio electrónico deriva de las posibilidades que nos entregan las tecnologías de la información. Según lo señalan los autores del proyecto de magistrado virtual, estas nuevas tecnologías se basan en el convenio que pasa a ser la clave para superar los problemas que presenta el ciberespacio³⁰⁰. Este convenio se convierte en una serie de obligaciones

²⁹⁹ En este sentido, Ob. Cit. Nota N°277 “Este proyecto implica aplicar una especie de sistema de arbitraje internacional para los conflictos suscitados por transacciones en la red y el "fact- finding" para disputas derivadas de la utilización de medios electrónicos. El magistrado virtual podrá emitir sentencias en conflictos en línea, a través del correo electrónico, lo cual daría a quienes presentan reclamaciones sobre la aplicación de las normas en línea una oportunidad de que sus casos fueran oídos por una parte neutral. En la actualidad, la justicia en el ciberespacio es una justicia sumaria”.

³⁰⁰ En este sentido, véase Ob. Cit Nota N°227 “Mientras que el derecho "tal y como lo entendemos hoy en los tribunales" puede limitar las posibilidades de desarrollar una autoridad usual que resulte factible de imponer dentro de las soberanías, la tecnología expande estas posibilidades, y lo hace principalmente porque la tecnología del ciberespacio se basa en el convenio. A través de un sistema de convenios, se podrá construir un campo de derecho "tal y como lo entienden los tribunales de hoy" con respecto a las obligaciones imponibles. Aquí tenemos la clave para superar los límites del derecho ciberespacial impuestos por la cultura legal pos-positivista. En esta sección, señalaremos exactamente cómo funciona”.

auto-impuestas³⁰¹ por las partes y que se pueden hacer cumplir³⁰² a través de un sistema de leyes determinado. En definitiva, lo que permite esta auto-imposición será el software que ocupamos, ya que para lograr conectarnos a Internet necesitamos de este programa en el cual vendrán fijados los términos del contrato que el software los hará cumplir. Aquí lo que se pretende es que los programas navegadores de Internet al momento de aceptar su licencia de uso se señale que cualquier controversia que se presente en el ciberespacio será resuelta por el magistrado virtual. Según los autores de este proyecto no es posible aducir que las cláusulas que permitirán la aplicación del magistrado virtual sean consideradas como contratos de adhesión, ya que desde su punto de vista mientras exista una gama de alternativas con respecto al ciberespacio, la doctrina de la adhesión no tiene lugar en el derecho contractual cibernético. Nosotros compartimos

³⁰¹ En este sentido, véase, Ob. Cit Nota N° 227 “El límite se autoimpone, pues lo ejecuta la misma codificación informática”..... “Esta obligación entonces se hace cumplir mediante el sistema que se conoce como el codificación informática”.

³⁰² Para un mayor estudio, véase Ob. Cit nota N° 227 “La capacidad de "hacerse cumplir", sin embargo, en sí es algo no muy específico, porque un convenio se puede hacer cumplir por uno mismo o por el estado. Los regímenes eficaces de cumplimiento de convenios tenderían a utilizar cuales fueran los métodos de mayor eficacia, y a menor gasto. A menudo, de todos modos, la auto-imposición-- o por lo general, la imposición no-estatal-- es más económica que la imposición estatal, y la tecnología ciberespacial hace que esto se acentúe aún mas. Muchos mecanismos impositivos se podrían incorporar a la misma arquitectura del ciberespacio en sí. Esto se podría lograr a través del acondicionamiento del ambiente cibernético mediante el soporte blando, ("software"), y el acceso podría limitarse basándose en conformidad a estas normas u obligaciones”.

esta postura, aunque no descartamos de plano la doctrina de la adhesión que pudiera generarse en el B2C, ya que aún cuando las normas de aplicación del magistrado virtual vienen fijadas de antemano por el programa navegador –en este caso no podríamos decir que son normas fijadas por la parte con mayor capacidad económica- , también es cierto que muchas de las empresas que generan estos programas navegadores tienen intereses en otras empresas ligadas al comercio electrónico, aunque esto no debería tener mayor trascendencia ya que los consumidores siempre podrán recurrir a los tribunales ordinarios cuando vean afectados sus derechos.

A modo de resumen podemos señalar que para hacer aplicable la institución del magistrado virtual será necesario introducir en los softwares navegadores las cláusulas que permiten su aplicación, lo cual generaría un acuerdo de antemano sobre la jurisdicción competente, dando un caso de jurisdicción a través del acuerdo³⁰³.

³⁰³ En este sentido, véase Ob. Cit Nota N° 227 “Aún así, será la jurisdicción a través de acuerdo lo que constituirá la parte más importante del futuro del MV, y en este caso se hace evidente la importancia de los cibercontratos que hemos descrito anteriormente: el objetivo del proyecto MV no es solamente el de ser un foro para resoluciones que surjan posteriormente a la disputa (ex pos). También debiera trabajar para inducir a las redes a que incluyan referencias al MV con anterioridad (ex ante) en los términos de los acuerdos cuando acoge a nuevos miembros de la red. Se permitiría el acceso a la red a través de estos proveedores de servicios a condición de que estuvieran de acuerdo los usuarios con la resolución del MV con respecto a las disputas "on line".

Este "requisito" funcionaría de dos maneras: primero, haría que la resolución de disputas a través del MV (VMDR Virtual Magistrate Dispute Resolution) formara parte del mismo contrato, resultando en que toda disputa tuviera que "canalizarse" a través del MV. Incluso más importante sería el que, ya que el acceso se

3.7.3- Como hacer funcionar el magistrado virtual

Para que el sistema de magistrado virtual funcione es necesaria una cierta estructura legal que pueda hacer cumplir los fallos que éste dicta.

Según los señalan los autores de este proyecto, para que este sistema funcione las partes deben consentir -con anterioridad o con posterioridad- que sus disputas serán resueltas por el magistrado virtual, lo cual podrían hacer de una forma completamente abierta en donde señalaran que cualquier disputa se resolverá mediante esta institución, o de una forma más restringida en donde las partes señalarán que las disputas derivadas o que se relacionen con determinadas transacciones serán resueltas por el magistrado virtual. Además se hace necesario que la ley gobernante convalide lo

otorga bajo el acuerdo de resolver las disputas a través del MV, el proveedor de servicios podría obligar a la otra parte a cooperar una vez que se le haya notificado del proceso de resolución a través del MV. Se le podría obligar a cooperar mediante la limitación de acceso, o más eficazmente aún, mediante el cobro contra un bono que se haya entregado en primer lugar al iniciar el contrato (el bono, en este caso, no haría falta que fuera otra cosa que una simple tarjeta de crédito).

De cualquier modo, este sistema ciberespacial de contratación nos aportaría una manera de inducir a las personas a que aceptasen, como requisito para poder acceder a la red, un sistema de arbitraje y de normas para resolver las disputas que surjan en el contexto de la red. De esta forma, se daría un paso gigantesco hacia la formación de una jurisdicción ciberespacial que se encargaría de las disputas ciberespaciales. Sin embargo, aunque esta jurisdicción tuviera éxito, pudiera ser que se necesitaran más medidas para garantizar la participación de un porcentaje suficientemente grande de usuarios. Se podría instituir también, como segundo paso, el factor *ex ante* a nivel de la misma red. A través del ajuste en las estructuras del protocolo, algunas redes podrían eliminar a otras que no se mostraran de acuerdo con la algún tipo de arbitraje como medida de resolución de disputas”.

resuelto por el magistrado virtual, pudiéndose hacer cumplir su fallo en los tribunales nacionales³⁰⁴, que le darán el valor de cosa juzgada. Para lograr estos objetivos los autores proponen realizar una analogía al arbitraje internacional ya que entienden que este sistema resuelve disputas muy parecidas a las ocurridas en el ciberespacio, dado que intervienen distintas jurisdicciones³⁰⁵.

Por último, los autores mencionan ciertos problemas que pueden existir con la ley gobernante llegando a la conclusión que la mejor forma de solucionar estos problemas es desarrollando en régimen legal privado, desarrollando una ley privada uniforme para cualquier disputa relacionada

³⁰⁴ En este sentido, véase Ob. Cit. Nota N° 227 “Entonces, con el fin de garantizar que se cumpla con el acuerdo, deberá existir un tribunal nacional que esté dispuesto (a) a tratar al acuerdo en cuestión como válido bajo la ley gobernante (b) a hacer cumplir el acuerdo de forma específica, y (c) a prohibir la litigación en derogación al acuerdo. Además, no es suficiente que haya un sólo tribunal nacional disponible para hacerse cumplir los dictámenes del VMDR con respecto a los acuerdos, sino que debe existir una red coordinada de tribunales nacionales. Una parte recalcitrante podría litigar en derogación del acuerdo del VMDR en un tribunal nacional no asociado con el VMDR, y en el tribunal en cuestión, el acuerdo VMDR no estará en vigor”.

³⁰⁵ En este sentido, véase Ob. Cit. Nota N° 227 “Esta cuestión se podrá apreciar más claramente si consideramos una analogía al arbitraje. El arbitraje es un mecanismo para la resolución de las disputas particulares, y deriva su autoridad del consentimiento mutuo de las partes involucradas. Casi todo arbitraje, sea internacional o doméstico, laboral o comercial, depende de una superestructura legal tripartita como la anteriormente descrita. Aunque este tipo de disputas sí llega algunas veces hasta el tribunal, estos casos constituyen solamente un mínimo porcentaje de todo arbitraje. La mayor parte de todo arbitraje funciona con normalidad dentro de su marco institucional sin necesidad de la intervención judicial. No obstante, en este sistema casi autosuficiente de resolución de disputas privadas, solamente se hace posible la resolución porque los acuerdos resultantes del arbitraje son legalmente válidos en virtud de alguna ley, y porque si se diera el caso, el juez mandaría que se cumplieran los dictámenes con respecto al acuerdo y al fallo en cuestión”.

de una relación contractual en el ciberespacio, o bien que las partes diseñen su propio régimen legal.

3.7.4- El Cibertribunal Peruano

De las distintas experiencias que existen sobre cibertribunal, nos parece importante tratar el caso del Perú. Este fue el primer país latinoamericano en el cual se desarrollo un cibertribunal para resolver conflictos derivados de la contratación electrónica y el comercio electrónico³⁰⁶.

Según su propia página *Web*, éste es un órgano de resolución de conflictos y controversias ocurridas en y por el uso de Internet, que fomenta la conciliación entre las partes y el arbitraje como alternativa de resolución de conflictos.

Este Cibertribunal estará compuesto en una primera etapa por dos Mediadores - Conciliadores y por un mínimo de tres y un máximo de cinco

³⁰⁶ Para un estudio más acabado véase, OB. Cit. Nota N° 277 “El Cibertribunal ha definido las materias que puede resolver, las cuales son todas aquellas relacionadas con el comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual, propiedad industrial, derechos de autor, conflictos entre nombres de dominio y actos de competencia desleal en la red, teletrabajo, publicidad y marketing en Internet, protección al consumidor, protección a la intimidad, responsabilidad civil, problemas con la firma digital o electrónica, etc. En resumidas cuentas, nos referimos a todos aquellos temas vinculados a la informática por el uso de redes y nuevas tecnologías, en los que a petición de parte nacional o extranjera se solicita su intervención”.

árbitros que deberán ser abogados con experiencia en este campo cuyos puestos serán rotativos con una duración de un año. Igualmente se contará con una Lista de Peritos especializados en diferentes especialidades vinculadas a la tecnología de la información y al comercio electrónico.

El procedimiento³⁰⁷ se encuentra regulado, es bastante simplificado y flexible, ya que admite la incorporación de las últimas tecnologías lo cual hace que su rapidez y eficiencia se incrementen (por ejemplo permite la notificación vía correo electrónico y que pueda existir una audiencia vía teleconferencia).

³⁰⁷ El procedimiento es el siguiente:

Se presenta una solicitud de conciliación y arbitraje, y entonces el Cibertribunal operará como un ente Mediador y Conciliador entre las partes. De no mediar a un acuerdo conciliatorio (o de llegarse a un acuerdo conciliatorio parcial), se actuará en un segundo nivel como un Tribunal Arbitral. A estos efectos, se suministrará a cada parte que tenga una página web un logo del Cibertribunal para que lo anuncie firmando previamente un compromiso formal e irrevocable que toda desavenencia o controversia que pueda derivarse de una operación comercial que se realice en Internet será resuelta por el Cibertribunal.

La mediación, conciliación y arbitraje se realizan mediante correo electrónico entre las partes en conflicto y entre los vocales del Tribunal usando sistemas de encriptación para otorgar mayor seguridad a las comunicaciones. También se aplicarán sesiones de chat y video conferencia entre las partes en conflicto y el Tribunal así como entre los Vocales del Tribunal.

Si la solicitud de conciliación o arbitraje es presentada por una sola parte, se publicará en la página web del Cibertribunal una reseña de la solicitud o demanda para alentar la respuesta de la contraparte.

Para la solución de los casos surgidos en el Perú o vinculados con el país, se aplica la legislación peruana vigente, así como las reglas de los contratos innominados. Mientras que, en las pretensiones de índole externo, se consulta la legislación proveniente del derecho internacional público y privado, así como los convenios internacionales.

Conclusiones

1. Los contratos generados en el ciberespacio serán eminentemente internacionales, dado que este espacio virtual, es común para todos los Estados.
2. Por comercio electrónico debemos entender cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación. Este es el concepto que nos parece más acertado ya que su simpleza evita que los avances técnicos lo dejen obsoleto. Por ejemplo, otros conceptos han señalado que el comercio electrónico se da por el intercambio telemático entre personas, pero como pudimos ver también forma parte del comercio electrónico las transacciones que se realizan por sistemas automatizados de información.
3. La mayoría de los países y organizaciones internacionales se han dado cuenta de la relevancia que este comercio alcanzará en el futuro, por lo cual están trabajando en la elaboración de algún tipo de

legislación coherente que posibilite su desarrollo, sobre todo en el área del comercio electrónico con consumidores.

4. Hasta la fecha nuestro país todavía no posee una ley que regule al comercio electrónico en general, aunque de a poco han ido surgiendo distintas adaptaciones jurídicas que han regulado algunas facetas de éste comercio, como sería la ley sobre firma electrónica y autoridades certificadoras, además de las otras leyes que han sido creadas para la tramitación de los impuestos o los trámites aduaneros. Creemos que Internet requiere de algún grado de regulación –ya que la autorregulación es una suerte de ley de la selva donde gana el más fuerte- que procure evitar las desigualdades que se generan por la capacidad económica de las partes, pero siempre teniendo presente que esta no puede transformarse en una limitante para el desarrollo de este comercio.
5. En relación a los problemas que se generan en éste comercio, podemos afirmar que su solución dependerá del tipo de comercio en que se generó la transacción. Si estamos en presencia de un comercio electrónico entre empresas (B2B) la solución estará marcada por la Lex Mercatoria, que han ido creando los distintos agentes

internacionales que trabajan en éste comercio. Por otro lado cuando estemos en presencia de un comercio electrónico con consumidores, la solución siempre irá por el lado de aplicar las normas de orden público, que posea el derecho del foro y que dan protección a los consumidores.

6. El problema principal que existe para éste comercio es el de la seguridad. Este problema afecta al comercio electrónico en general, no importando si es comercio entre empresas o con consumidores, aunque debemos reconocer que en el caso de los consumidores el problema es más agudo, ya que estos tienen menos posibilidades de hacer valer sus derechos cuando estos son vulnerados. En todo caso, existen distintos medios de protección que están entregando seguridad a los usuarios, y en la medida que avanza la tecnología éstos se hacen cada vez más sofisticados –aunque también las distintas formas de vulnerarlos-.
7. El tema de la privacidad es otro de los grandes problemas que se generan en este tipo de comercio, e incluye principalmente 2 facetas, por un lado el problema de los datos personales, y por otro el relativo al monitoreo e interceptación de mensajes de datos. En cuanto a las

soluciones que se han planteado, podemos ver que existen soluciones tecnológicas y soluciones jurídicas, que se han generado a nivel local o internacional. Un punto importante que quisiéramos dejar en claro es que un correo electrónico que se envía por Internet, debe ser considerado como una postal, por lo cual quien lo lee no vulnera la privacidad del remitente, salvo que el correo haya sido previamente encriptado ya que en este caso debemos asimilarlo a una carta en sobre cerrado.

8. En cuanto a la propiedad intelectual podemos decir que con la masificación de Internet esta se ha visto seriamente afectada, ya que este medio nos permite transmitir imagen y sonido sin la necesidad de contar con algún tipo de autorización. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es el organismo internacional que más ha trabajado en torno a este problema, intentando dar distintas soluciones tecnológicas, además de incentivar a nivel nacional que los distintos autores mediante la gestión colectiva logren algún grado de protección.
9. Por contratación electrónica debemos entender aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este

tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo. Un contrato electrónico es ante todo un contrato y admite cualquiera de las clasificaciones clásicas de los contratos. Dentro de la contratación electrónica las principales clasificaciones que analizamos son aquellas relativas a si el contrato será de libre discusión o de adhesión, cuestión relevante a la hora de determinar la normativa aplicable al contrato internacional, y aquella relativa a determinar si el contrato es celebrado entre presentes o ausentes, cuestión relevante para determinar el momento de formación del consentimiento.

10. Aún cuando la contratación electrónica se ha desarrollado en base al principio de la consensualidad de las partes, igualmente en ella, nos encontramos con doctrina de la adhesión, principalmente en el B2C. Es así, como podemos ver que los distintos países y organizaciones internacionales –que en sus trabajos recomiendan excluir la aplicación de sus proyectos de convención a los consumidores- han ido reconociendo una serie de normas de orden público que sirven de protección a los consumidores. El fundamento de esta protección está dado por la desigualdad económica de las partes, que se manifiesta en

la posibilidad de fijar las cláusulas del contrato. A su vez, esta protección se manifiesta, en la posibilidad que tienen los consumidores de recurrir ante los tribunales de su país o ante el Estado en donde se encuentra ubicada físicamente la empresa, siéndole siempre aplicable la normativa de protección a los consumidores que posea el país en cuestión. Esta facultad resulta ser de vital importancia, ya que de no ser así, los consumidores se verían imposibilitados de iniciar un juicio –principalmente por los altos costos que significa recurrir ante los tribunales de otro Estado- en el cual puedan hacer valer sus derechos.

11. En la contratación electrónica podremos hablar de contrato de adhesión siempre y cuando sea en contrato celebrado entre una empresa y un consumidor –aunque como lo señalamos algunos creen que también puede darse en el B2B- y siempre que el contrato tenga el carácter de oneroso.

12. En relación a si los contratos generados en la contratación electrónica serán entre ausentes o entre presentes, podemos señalar que la mayoría de los autores Latinoamericanos concluye que la contratación electrónica es una contratación entre ausentes. Desde

nuestro punto de vista la interpretación correcta es la que han seguido los tribunales de EEUU, en donde se distingue entre la contratación que se desarrolla vía correo electrónico y la que se realiza en línea en un sitio *web* , ya que esta última, dada su inmediatez debería ser considerada una contratación entre presentes.

13.El consentimiento en la contratación electrónica se forma, igual que en la contratación tradicional, esto es, por la reunión sucesiva de la oferta y de la aceptación. Desde nuestro punto de vista no concordamos con la opinión de algunos autores que distinguen entre un consentimiento tradicional y uno electrónico, ya que el consentimiento siempre será sólo uno, independiente del medio que se utilice para su formación.

14.Dentro de la normativa que regulará el comercio electrónico nos encontramos con una serie de nuevos conceptos, que se encuentran bastante estandarizados a nivel internacional lo cual facilita en gran medida éste nuevo tipo de contratación

15.La ley modelo elaborada por la CNUDMI sobre comercio electrónico, como también nuestra ley N°19799 relativa a la firma electrónica y entidades de certificación, reconocen el principio del

equivalente funcional, principio que a tiene por objeto dar viabilidad a la expresión del consentimiento mediante medios electrónicos, no haciendo distinciones entre un documento que se encuentre en un soporte de papel y uno que tenga como soporte un medio electrónico.

16. En los países de la tradición jurídica del *Common Law*, en cuanto en cuanto a la oferta han expresado que se debe considerar como tales sólo a las ofertas que razonablemente pueda inferirse que lo sean. Siguiendo este punto de vista la oferta que se realiza vía correo electrónico, será una oferta escrita, a persona determinada y que debe ser considerada como una oferta entre ausentes, aunque algunos autores nacionales las consideran simples invitaciones a contratar. Por otro lado, las ofertas que se realizan en un sitio *web* deberán ser consideradas sólo como una invitación a hacer ofertas, salvo que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Para determinar esta intención deben tomarse en consideración todas las circunstancias del caso, y esta intención se presumirá para las empresas que trabajan con sistemas automatizados, que permiten que el contrato se celebre automáticamente sin la intervención de una persona física.

17. En cuanto a la aceptación de la oferta los sistemas de *Common Law* no poseen una definición formal, entregándonos una norma mucho más amplia ya que la aceptación se dará cuando pueda razonablemente inferirse que se presentó. Desde nuestra perspectiva y según nuestras normas internas la aceptación dada a través de correo electrónico será una aceptación escrita y el consentimiento se formará en caso que esta aceptación sea pura y simple ya que en caso contrario será considerada como una nueva oferta. Por otro lado, la aceptación que se da en un sitio *web* en Internet, en donde, existe interactividad entre las partes podrá ser una aceptación expresa o una aceptación verbal, en el caso de utilizar programas que permiten intercambio al instante de audio y video.

18. En cuanto al momento de la formación del consentimiento, habrá que distinguir si el contrato es entre presentes o entre ausentes. En el primer caso el consentimiento se formará inmediatamente que sea aceptada la oferta. En el otro caso éste se formará –siguiendo la teoría de la declaración o aceptación- desde el momento que el destinatario de la oferta da su aceptación, aunque ésta no sea conocida por el

oferente, que será cuando el aceptante envió su correo electrónico, en el cual va contenida la aceptación.

19. El lugar donde se forma el consentimiento siguiendo la teoría de la declaración, sería el lugar donde se dio la aceptación, aunque reconociendo que dentro de la contratación electrónica constituye una gran dificultad el lograr determinar este lugar.
20. En relación a las equivocaciones o errores, será la persona física o jurídica en cuyo nombre se encuentre programada la computadora, la responsable de los mensajes elaborados por la máquina, dado que el sistema automatizado funciona únicamente en base a las restricciones técnicas de su programación preestablecida, con lo cual, en definitiva, –siguiendo el criterio de la CNUDMI- la responsabilidad será siempre de quién use el sistema para su beneficio, dado que esta es la persona que mantiene a su cargo la computadora.
21. La notificación vía correo electrónico no debería presentar mayores problemas, si se cumple con las salvaguardas mínimas para asegurar a los contratantes que la resolución que se les esta notificando es la emitida por el tribunal. Además, este tipo de notificación esta siendo

utilizada en los sistemas de arbitraje en línea para conflictos generados o derivados de la contratación electrónica.

22. Las notarías que conocemos en el mundo real, en el mundo virtual se denominan entidades de certificación o terceros de confianza, que son instituciones técnicas de validación y verificación de las partes que contratan electrónicamente. Estas instituciones no han estado exentas de críticas hechas por los notarios, sobre todo por el hecho que la ley no determina que persona dentro de estas instituciones será quién certifique.

23. El concepto de soberanía se diluye y pierde toda validez al intentar ser aplicado al ciberespacio, ya que éste por su esencia constituye un espacio internacional, al cual –teniendo los medios técnicos necesarios- puede acceder cualquier persona del mundo. No concordamos con algunos autores que piensan que sobre el ciberespacio existe una suerte de soberanía común entre los Estados. Según nuestra opinión esta postura va en contra del mismo concepto de soberanía, ya que en ningún caso la soberanía puede ser compartida.

24. La jurisdicción es un concepto plenamente aplicable al ciberespacio.

Los distintos autores han señalado que será importante determinar que tipo de jurisdicción es la que pretendemos ejercer.

25. Desde que surge Internet se ha postulado la posibilidad de crear para ella tipo de regulación. En doctrina han surgido una serie de teorías en relación a esta posibilidad. Las teorías pueden dividirse entre aquellas que creen que Internet no debe ser regulada, aquellas que creen que debe existir algún tipo de regulación internacional o estatal y aquellas eclécticas que permiten algún grado de regulación, pero siempre menor.

26. El conflicto de intereses de relevancia jurídica que surja en el ciberespacio lo denominaremos “contencioso electrónico internacional”, para que el surja es necesario que se cumplan dos condiciones. La primera de ellas dice relación con que los medios utilizados para la celebración del contrato deben ser medios electrónicos. La segunda condición, es que el contrato debe ser un contrato internacional, para determinar su internacionalidad lo haremos en base a los criterios jurídico y económico.

27. Las distintas convenciones de Derecho Internacional Privado que regulan el derecho aplicable a los contratos internacionales -como el Convenio de Roma o la Convención Interamericana de México- ponen de relieve el papel que juega la autonomía de la voluntad, ya que como principio básico los contratos internacionales se rigen por la ley elegida por las partes, aunque se reconociendo ciertos límites principalmente relacionados con el orden público de cada país.
28. Para resolver el problema de la jurisdicción competente y ley aplicable a un contrato internacional, deberemos distinguir el tipo de comercio electrónico en el cual se presenta la transacción –B2B o B2C-, cuando estemos ante un contrato generado en el B2C, a este por regla general se le aplicara la ley del foro, dado que existe cierta normativa de orden público –derechos del consumidor- que deberá ser respetada. En cambio cuando estemos en presencia de un contrato generado en el B2B, habrá que verificar si existe alguna cláusula de elección de foro que tenga validez, y en defecto de la ley elegida por las partes el contrato se regirá por la ley del país que presente vínculos más estrechos.

29. En cuanto a las leyes de protección del consumidor diremos que se establece una presunción en favor de su aplicación, siempre que se demuestre que las ofertas o comunicaciones comerciales iniciadoras del contrato o invitadoras a su celebración estaban intencionalmente dirigidas a dicha jurisdicción. Por lo cual su aplicación estará íntimamente ligada a la competencia jurisdiccional que los tribunales del país de residencia del consumidor puedan atribuirse en un momento dado.

30. En todo caso, respecto a las opiniones que creen que el hacer aplicables las leyes del consumidor -cuando se pruebe que las ofertas o comunicaciones están dirigidas intencionalmente a la jurisdicción del consumidor- podría convertirse en una gran traba al desarrollo del comercio electrónico, dado que Internet permite a los empresarios ofrecer sus productos a cualquier persona en el mundo, con lo cual los empresarios se verían arriesgados a ser perseguidos judicialmente en jurisdicciones muy distantes a la propia. No compartimos éstas aprehensiones , ya que los distintos tribunales ,en especial, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos han creado el principio del “*purposeful availment*” (aprovechamiento buscado) con el objeto de

evitar que determinados países que cuentan con competencias de largo alcance (lo que describíamos anteriormente como doctrina de *Long-arm*) violen la cláusula del debido proceso –*Due Process*–, por lo cual siempre será necesario la existencia de contactos mínimos con el derecho del foro. Además los empresarios pueden redactar cláusulas de sumisión a una jurisdicción determinada e intentar evitar exponerse a ser perseguidos judicialmente en jurisdicciones no deseadas, para lo cual sus ofertas o publicidad no deben establecer con dichos consumidores los contactos mínimos. Esto podría realizarse, por ejemplo, si la publicidad o las ofertas están redactadas en un idioma distinto al del consumidor o si en la misma página *Web* se señala que resulta imposible realizar determinadas transacciones en algunos países o que ciertas transacciones no resultan viables.

31. Los medios alternativos de solución de conflictos dadas sus ventajas (celeridad, eficacia, menor costo para las partes, especificidad) se nos presentan como la vía más adecuada para la solución de los conflictos que se generen en ciberespacio.
32. Los medios alternativos de solución de conflictos más frecuentes en el ciberespacio son la mediación y el arbitraje, aunque éste último es

el realmente importante ya que la mediación no se ha consolidado como una alternativa sólida para la resolución de conflictos en el comercio electrónico internacional, principalmente por el hecho que es absolutamente voluntaria y además la solución que entrega el mediador no resulta ser vinculante para las partes. En cambio, en el arbitraje la decisión adoptada por el árbitro –denominada laudo– resulta ser vinculante para las partes, y una vez que se encuentre firme tendrá fuerza ejecutiva. Además debemos considerar que éste resulta ser el proceso más común para resolver conflictos comerciales internacionales, dado que la gran mayoría de estos contratos cuentan con una cláusula compromisoria, en la cual se comprometen a someter a arbitraje cualquier controversia que derive del contrato. Por último deberíamos también considerar que los distintos organismos internacionales cuentan con una serie de cláusulas compromisorias y reglamentos que regulan el procedimiento del arbitraje, a los cuales las partes pueden acceder. En todo caso el arbitraje presenta una serie de problemas que clasificamos en de forma y fondo, pero como vimos desde, nuestro punto de vista, éstos son completamente superables.

33.El sistema de Magistrado virtual es un medio alternativo de solución de conflictos, que funciona como un sistema de arbitraje en línea que tiene por objeto solucionar los conflictos que se produzcan en el ciberespacio, especialmente, en la contratación electrónica internacional, y con la gran particularidad que quien resuelva los conflictos será una autoridad independiente a cualquier soberanía estatal, pero que a su vez las incumbe a todas ellas. La capacidad para que esta institución pueda ser aplicable al comercio electrónico deriva de las posibilidades que nos entregan las tecnologías de la información, que se basan en el convenio, el cual generará una serie de obligaciones autoimpuestas –como que cualquier conflicto que se produzca en el ciberespacio será resuelto por esta institución- , que estarán previamente determinadas en el software que usemos para acceder a la red, lo cual generará una jurisdicción a través del acuerdo. Además se requiere que los tribunales de cada país convaliden la sentencia dictada por el magistrado virtual y le den el valor de cosa juzgada.

Bibliografía

- 1- Meza Barros, Ramón, “Manual de Derecho Civil, de las Fuentes de las Obligaciones” , tomo I, Editorial jurídica de Chile, VIII edición, pág. 19.
- 2- Alessandri, Somarriva, Vodanovic, “Derecho Civil parte preliminar y general”, tomo II, pág. 200, Editorial Conosur Quinta edición, 1991
- 3- López Santa María, Jorge, “Los Contratos, parte general”, pág, 107, Editorial Jurídica de Chile, 1986,
- 4- Avelino León Hurtado, “La voluntad y la Capacidad en los actos Jurídicos”, Editorial Jurídica año 1991.
- 5- Nehme, Nicole “El cambio de circunstancias en los contratos económicos internacionales. Un acercamiento a la lex mercatoria”. Tesis Universidad de Chile, 1998
- 6- Parga, José “Derecho Comercial”, distribuidora forense limitada, tomo I, año 1993
- 7- Carbonneau Thomas, “etude historique et compareé de l’arbitrage: vers un droit matériel de l’arbitrage comercial international fondé sur la motivation des sentences, Revue Internationale de Droit Compareé, 1984.
- 8- Camiruaga, José Ramón, “De Las Notificaciones”, página. 11y 12, Editorial jurídica de Chile, 1991.
- 9- Feldestein de Cardenas Sara, “Contratos Internacionales”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995
- 10- Martínez Nadal, Apolonia, “Comercio electrónico, firma digital, y autoridades de certificación”, Editorial Civitas, Madrid, España (1998).
- 11- Kahin, Brian- Nesson, Charles. “Borders in Cyberspace”, A publication of the Harvard Information Infrastructure Project. The MIT Press. Cambridge, Massachusetts and London, England.
- 12- Menthe, Darrel. “Jurisdiction In Cyberspace: A Theory of International Spaces”. Abril 1998, <http://www.mttl.org/volfour/menthe.html>
- 11- Samuelson, Pamela. “On Authors rights in cyberspace”. <http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/samuelson>
- 12- Llaneza González, P., “Internet y comunicaciones digitales, régimen legal de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, publicaciones digitales, Bosch, Barcelona, 2.001.

- 13- Santos Belandro, Rubén, “El derecho aplicable a los contratos internacionales” , Fundación de Cultura Universitaria, Facultad de Derecho Universidad de la República, 1997.
- 14-Birchman Jeremy, “is P3P the devil?”, <http://cobra.law.miami.edu/~jb0437/paper.html>
- 15- Cafferata, Fernando “Jurisdicción en la red Internet”
- 16 Kleinlein, Guillermo , en su trabajo denominado ¿Qué es Internet?.
- 17-. Lynch , Horacio “La incierta Naturaleza de Internet”.
- 18-Maldonado, Sergio “Jurisdicción y ley en la contratación B2B”, <http://www.smaldonado.com>.
- 19- Maldonado, Sergio “Derecho Internacional Privado y contratos B2B”, <http://www.smaldonado.com>
- 20-Maldonado, Sergio “Jurisdicción en Estados Unidos” <http://www.smaldonado.com>
- 21- Gómez Colomer, J. L., Derecho Jurisdiccional II, (junto a Montero Aroca, J., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2.000
- 22- “ La Economía Digital en Chile”. Cámara de Comercio de Santiago, abril de 2000, <http://www.camaracomercio.cl>
- 23- Ley 17.799, relativa a la firma digital y las entidades de certificación.
- 24- Ley de protección a los datos de carácter personal, N° 19628, publicada el 28 de agosto de 1999.
- 25- Ley relativa a los derechos de los consumidores, N°19496.
- 26- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
- 27- Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Libertades fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950
- 28- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
- 29- Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969
- 30- Convención suscrita en México, el 18 de marzo de 1994
- 31- Convención suscrita en Roma, el 19 de junio de 1980.
- 32 -Proyecto presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación ,Justicia y Reglamento del Senado de la Republica de Chile por los HH. Senadores Edgardo Boeninger, Juan Hamilton, Hernán Larraín, Sergio Romero y José Antonio Viera-Gallo. Boletín 2348-07, 9 de junio de 1999.

- 33- Proyecto de ley presentado por los Diputados Alberto Espina e Ignacio Walker. Boletín 2512-07, 13 de junio de 2000.
- 34- Proyecto de ley iniciado por mensaje del Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar. Boletín 2571-19, 29 de agosto de 2000.
- 35- Directiva 2000/31/CE, relativa a “determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. <http://europa.eu.int/eur-lex/es>
- 36- Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos
- 37- Directiva 97/66/CE del parlamento europeo y del consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.
- 38- Directiva N° 99/93 de la Comunidad Europea, “que establece un marco comunitario para la firma electrónica
- 39- Directiva 97/7/CE del Parlamento y del Consejo, de 20 de Mayo de 1.997, relativo a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia
- 40- Acuerdo de Libre Comercio de las Americas (ALCA). <http://www.ftta-alca.org>. Informes del Comité Conjunto del Gobierno y del Sector Privado sobre Comercio electrónico:
- N°1, de noviembre de 1999, “Informe y recomendaciones a los ministros”
 - N°2, de 9 de enero de 1999, “Acceso a la red, confiabilidad y comercio electrónico”
 - N°3, de 9 de abril de 2001, “Segundo informe de recomendaciones a los ministros”
 - N°4 de 9 de enero de 1999, “Comercio electrónico y facilitación de negocios: Consecuencias para las economías pequeñas”
 - N°12, de 11 de enero de 1999, “Comercio electrónico y Facilitación de negocios: Usuarios del comercio”
 - N°16, del 5 de abril de 1999, sobre “La responsabilidad penal y civil en el comercio electrónico”.
 - N°23, del 5 de abril de 1999, sobre “Normas para la regulación de Internet”

Nº25, del 16 de junio de 1999, sobre “Protección de la privacidad en el comercio electrónico”

Nº26, del 25 de mayo de 1999, sobre “Temas sobre el Usuario: Establecimiento de la confianza del Mercado en la Seguridad del Comercio Electrónico, la Codificación, Autenticación y las Firmas Digitales”

Nº27, del 25 de mayo de 1999, sobre “Cuestiones relativas a la protección del consumidor en el comercio electrónico”.

Nº30, del 14 de junio de 1999, sobre “Protección al consumidor en el mercado electrónico mundial”

Nº32, de 7 de junio de 2002, “ Respuestas nacionales a la lista de Indicadores relevantes para la determinación de la receptividad a Internet en los países miembros del ALCA”

Nº33, del 14 de junio de 1999, sobre “Información general sobre la política de exportación de encriptamiento de los Estados Unidos”

Nº34, del 14 de junio de 1999, sobre “Autorregulación y privacidad en línea: La perspectiva del sector privado”.

Nº35, del 14 de junio de 1999, sobre “Manejo de Nombres y direcciones de Internet: Privatización de las funciones del sistema de Nombres de Dominio en Internet”.

Nº53, del 26 de enero de 2000, sobre “El programa de trabajo propuesto para el MERCOSUR en el período 2000-2001”

Nº59, del 27 de abril de 1999, sobre “Alternativas de acceso a Internet nuevas y en desarrollo”

Nº63, del 1 de mayo de 1999, sobre “Legislación en materia de comercio electrónico en México”.

41-Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), <http://www.aladi.org>, Estudios y trabajos realizados:

- 1- Seminario-Taller: Situación actual y perspectivas del comercio electrónico en la región: conclusiones y recomendaciones.
- 2- Situación actual y perspectivas del comercio electrónico en la región (actualización)
- 3- Situación actual y perspectivas del comercio electrónico en los países de ALADI.

42- Organización Mundial del Comercio (OMC). <http://www.wto.org>. Declaraciones y seminarios:

- 1- Informe titulado “*electronic comerce and the role the WTO*”, marzo de 1998
- 2- Declaración ministerial de Doha, 14 de noviembre de 2001
- 3- Seminario sobre comercio electrónico, 19 de febrero de 1999
- 4- Seminario sobre comercio electrónico, 14 de junio de 2001
- 5- Seminario sobre comercio electrónico, 22 de junio de 2002
- 43- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). <http://www.wipo.org>.
 - 1- Programa digital de la OMPI sobre comercio electrónico
 - 2- Manual sobre comercio electrónico y propiedad intelectual, mayo de 2000.
- 44- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). <http://www.uncitral.org>.
 - 1- Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, con la guía para su incorporación al derecho interno, 1996.
 - 2- Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, 2001
 - 3- Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional
 - 4- En su 34° período de sesiones, del 8 al 19 de febrero de 1999, Informe del grupo de trabajo sobre comercio electrónico.
 - 5- En su 35° período de sesiones, del 6 al 17 de septiembre de 1999, Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas.
 - 6- En su 37° período de sesiones, del 18 al 19 de septiembre de 2000, Proyecto de guía para la incorporación del derecho interno del Régimen Uniforme de la CNUDMI para las firmas electrónicas.
 - 7- En su 38° período de sesiones, del 12 al 23 de marzo de 2001:
 - a- Aspectos jurídicos del comercio electrónico, Los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los textos internacionales relativos al comercio internacional, medios para paliar el problema.
 - b- Aspectos jurídicos del comercio electrónico, Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
 - 8- En su 39° período de sesiones, del 11 al 15 de marzo de 2002:
 - a- Los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales que rigen el comercio internacional.

- b- Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica, disposiciones para un proyecto de convención.
 - c- Contratación electrónica, disposiciones para un proyecto de convención- Observaciones de la Cámara de Comercio Internacional.
- 9- En su 40° período de sesiones, del 14 al 18 de octubre de 2002, Obstáculos jurídicos que imponen al desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional- Recopilación de observaciones de gobiernos y de las organizaciones internacionales.
- 45- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), <http://www.ocde.org>:
- 1- “Guías para una política sobre Criptografía”.
 - 2- Informe denominado “dismantling the barriers to the global electronic commerce”
- 46- La Cámara de Comercio Internacional, <http://www.icc.org>:
- 1- Contrato modelo para flujos de datos transfronterizos
 - 2- Los *E-TERMS*
 - 3- Prácticas internacionales uniformes de autenticación y certificación
 - 4- Pautas de “uso general en el comercio digital internacional asegurado”(GUIDEC)
- 47- Muñoz Torres Ivonne. 2000. Efectos reales más no legales de las reformas legislativas en materia de comercio electrónico en México: La situación del notario público. [en línea]. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2000, N°25, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 48- Bardales Mendoza Enrique. 1998. Conflicto entre los nombres de dominios de internet sobre marcas. Revista Electrónico de Derecho Informático. Agosto de 1998, N° 1.
- 49- Ramos Suárez Fernando. 1998. ¿Es legal el uso de cookies?. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1998, N° 1. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 50- Iriarte Ahon Erick. 1998. Sobre Protección de los Derechos Intelectuales en Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1998, N°1. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

- 51- Villate Javier 1998. P3P, un estándar para la privacidad. ¿Es lo que necesitamos?. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1998, N° 1. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 52- Devoto Mauricio 1998. La Economía Digital el dinero electrónico y el lavado de Dinero. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1998, N°1. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 53- Brenna Jerónimo Ramón. 1998. El “documento digital”. ¿La extinción de los papeles?. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1998, N°1. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 54- Rivas Xavier. 1998. Comercio electrónico en internet, aspectos Jurídicos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1998, N°1. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 55- Ramos Suárez Fernando. 1998. Problemas Jurídicos del Comercio Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1998, N°2. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 56- Heinrich Grosor C. 1998. Harmonised Global Interchange? UNCITRAL’s draft model law for electronic data interchange. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1998, N°2. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 57- Devoto Mauricio y Horacio M. Lynch. 1998. Banca, comercio, moneda electrónica y la firma digital. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1998, N°2. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 58- Iriarte Ahon Erick. 1998. Habeas Data. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre de 1998, N°3. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 59- Ramos Suárez Fernando. 1998. Protocolo SET. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre de 1998, N°3. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 60 Villate Javier. 1998. Censura privatizada: ¿Quiénes son los editores en Internet?. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre de 1998, N°3. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 61- Cuervo José. 1998. La intimidación informática del trabajador. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre de 1998, N°3. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

- 62- Ramos Suárez Fernando. 1998. Seguridad en la venta de un producto por Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1998, N°4. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 63- Heinrich Gregor C. 1998. Electronic Commerce and Electronic Money – Co-operative efforts undertaken at the Bank for International. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1998, N°4. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 64- Palazzi Pablo Andrés. 1998. El Hábeas Data en el Derecho Argentino. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1998, N°4. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 65- Herrera Bravo Rodolfo. 1998. Breves antecedentes sobre el proyecto de Ley de Protección de Datos personales en Chile. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1998, N°4. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 66- Martínez Fazzalari. 1998. Proyecto de Ley de Exención impositiva para las Transacciones Comerciales por Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1998, N°5. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 67- Maestre Javier A. 1998. En los límites del Derecho de Propiedad intelectual en Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1998, N°5. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 68- Palazzi Pablo 1998. Comercio Electrónico y Mercosur. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1998, N°5. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 69- Herrera Bravo Rodolfo 1998. Reflexiones sobre los delitos informáticos motivadas por los desaciertos de la Ley Chilena N° 19.223. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1998, N°5. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 70- Iriarte Ahon Erick 1998. Violencia en Internet, ¿Quién defiende a los Internautas? Sobre el abuso del Correo Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1998, N°5. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 71- Iriarte Ahon Erick 1999. Violencia en Internet, ¿Quién defiende a los Internautas? Sobre el abuso del Correo Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 1999, N°6. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

- 72- Cuervo Alvarez José 1999. Delitos Informáticos: Protección penal de la Intimidad. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 1999, N°6. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 73- Salgado Seguí Víctor Alberto. Protección Jurídica de los datos personales: Aproximación a la LORTAD. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 1999, N°6. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 74- Merino Gaberías Catalina 1999. Perspectivas comunitarias en torno a los servicios de la sociedad de la información. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero de 1999, N°7. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 75- Paladella Salord Carlos. 1999. Datos personales contenidos en Base de datos y registros electrónicos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero de 1999, N°7. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 76- Riestra Eduardo. 1999. El autor en el Ciberespacio. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero de 1999, N°7. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 77- Graham-Alcantara James. 1999. ¿Hacia una obligación de resultado en materia de seguridad de redes?. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero de 1999, N°7. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 78- Bauzá Reilly Marcelo. 1999. La Protección Jurídica de los “Datos Personales” y los servicios de información comercial y crediticia. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero de 1999, N°7. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 79- Palazzi Pablo Andrés. 1999. La Protección Jurídica de los programas de ordenador (a propósito de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero de 1999, N°7. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 80- Herrera Bravo Rodolfo. 1999. El Documento Electrónico: algunas vías de aplicación en el Derecho Probatorio Chileno. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero de 1999, N°7. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 81- Carvalho e Souza Carmen. 1999. O Estado Contemporáneo. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 1999, N°8. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

- 82- Velarde Koechlin Carmen. 1999. El Fedatario Particular Juramentado en informática: Institución peruana al servicio de una solución global. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 1999, N°8. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 83- Maestre Javier A. 1999. Reflexiones en torno al carácter público e internacional del sistema de nombres de dominio. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 1999, N°8. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 84- Pérez Merayo Guillermo Augusto. 1999. Derecho, tecnología y cambio. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 1999, N°8. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 85- Ramos Suárez Fernando. 1999. La firma Digital. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril de 1999, N°9. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 86- Jijena Leiva Renato Javier. 1999. Comercio electrónico y derecho. La problemática jurídica del comercio electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril de 1999, N°9. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 87- De Paladella Salord Carlos. 1999. El dinero físico y su desaparición. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 1999, N°10. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 88- Ramos Suárez Fernando. 1999. Leyes que gobiernan internet y normativas legales a aplicar en un entorno donde no existen fronteras geográficas. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 1999, N°10. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 89- Goldsmith Jack y Lessig Lawrence. 1999. El fondeo del Magistrado Virtual. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 1999, N°10. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 90- Jijena Leiva Renato Javier. 1999. Propiedad Intelectual e Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 1999, N°10. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 91- Velarde Koechlin Carmen. 1999. Aspectos Jurídicos de la Publicidad a través de Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio de 1999, N°11. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 92- Casacuberta David. 1999. La privacidad en los nuevos medios electrónicos. Aspectos éticos y sociales. Revista Electrónica de Derecho

- Informático. Junio de 1999, N°11. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 93- Graham-Alcántara James A. 1999. El Proyecto de Ley de Luxemburgués sobre el comercio electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio de 1999, N°11. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 94- Pérez Pereira María. 1999. Hacia la seguridad del Comercio Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio de 1999, N°11. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 95- Moreno Miguel Ángel. 1999. Hacia una regulación positiva del documento electrónico. El modelo italiano. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio de 1999, N°11. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 96- Ramos Suárez Fernando. 1999. Eficacia Jurídica de una transacción Electrónica. La Figura del No Repudio. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio de 1999, N°12. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 97- Carrasco Blanc Humberto. 1999. Aspectos de la formación del Consentimiento Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio de 1999, N°12. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 98- Núñez Ponce Julio. 1999. Implicancias Jurídicas de la Notificación Enviada por Medios Informáticos y el Domicilio Virtual. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio de 1999, N°12. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 99- Maldonado Sergio. 1999. Contratos electrónicos Internacionales con el Consumidor: Jurisdicción Competente y Ley Aplicable. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio de 1999, N°12. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 100- De Paladella Carlos 1999. El Derecho en la Era Digital. Aspectos Jurídicos de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1999, N°13. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 101- Alamillo Domingo Ignacio 1999. Confianza Digital Basada en Certificados. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1999, N°13. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

- 102- Núñez Ponce Julio 1999. La Acción Constitucional de Habeas Data y la Comercialización de Información Judicial en Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1999, N°13. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 103- Brandt Graterol Leopoldo 1999. Auditoria de Páginas Web: “Puerta Segura al Comercio Electrónico”. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1999, N°13. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 104- Pupo Correia Miguel 1999. Problemas Jurídicos da Transferencia Electrónico de dados (EDI). Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto de 1999, N°13. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 105- Alvarez Calderón Alfonso 1999. El Cibertribunal Peruano. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1999, N°14. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 106- De Paladella Salord 1999. El Derecho en la era digital. Aspectos Jurídicos de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1999, N°14. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 107- Iriarte Ahon Erick 1999. Firma Digital y Certificado Digital. El Proyecto Peruano. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1999, N°14. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 108- Brandt Graterol Leopoldo 1999. Contratos ‘CLICK’. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1999, N°14. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 109- Martín Reyes Ma. De los Angeles 1999. El documento y la firma electrónica. Nuevas perspectivas en la contratación. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre de 1999, N°14. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 110- Carrasco Blanc Humberto 1999. Contratos informáticos y Ley del Consumidor Chilena. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre de 1999, N°15. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 111- Kaufman Ian Jay 1999. El Sistema de Nombres de dominio: Actuar Ahora o Lamentar Después. Revista Electrónica de Derecho Informático.

Octubre de 1999, N°15. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

112- Barrera María Elena & Montague Jason. 1999. Correspondencia Digital: Recreando Privacidad en el Ciberespacio. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre de 1999, N°15. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

113- Arce Alfonso José y Díaz Lannes Federico Santiago 1999. La Firma Digital. Aspectos Jurídicos. Su aplicación a las Comunicaciones Previstas por la Ley 22.172. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1999, N°16. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

114- Ruíz Fernando. 1999. El Documento electrónico Frente al Derecho Civil y Financiero. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1999, N°16. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

115- Motonto Guerreiro José Luis. 1999. Los Sistemas y Tecnologías de la Información a fines del Siglo XX y sus puntos de Contacto con el Orden Social Justo. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1999, N°16. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

116- Gamertsfelder Leif. 1999. Australian Business will pay for privacy. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre de 1999, N°16. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

117- Fígoli Pacheco Andrés 1999. El acceso No Autorizado a Sistemas Informáticos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1999, N°17. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

118- Chayer Héctor Mario 1999. Forma de los actos Jurídicos y Nuevas tecnologías en el Proyecto de Código Civil Argentino. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1999, N°17. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

119- Núñez Fernández Fernando 1999. La Firma Electrónica ya tiene respaldo y regulación legal en España. Comentario al REAL DECRETO-LEY 14/1999. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre de 1999, N°17. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

120- Rico Carrillo Mariliana 1999. Responsabilidad Civil de los Intermediarios derivada del Pago con Tarjetas: Comercio Electrónico a través de Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre

- de 1999, N°17. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 121- Sánchez Almeida Carlos 2000. Cimientos para el Comercio Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 122- Velarde Koechlin Carmen 2000. La Protección del Consumidor en el Comercio Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 123- Plaza Penadés Javier 2000. La protección de los nombres de dominio en Internet: El informe de la OMPI y la necesidad de una normativa adecuada. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 124- Ramos Suárez Fernando 2000. Como Aplicar la nueva Normativa sobre firma Electrónica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 125- Alamillo Domingo Ignacio 2000. La firma Electrónica y los registros. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 126- Lara Márquez Jaime 2000. Derecho y Tecnología. Una visión prospectiva del Derecho. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 127- Barzallo José Luis 2000. El Comercio Electrónico en el Ecuador, desafío frente al Nuevo Siglo. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 128- Núñez Ponce Julio 2000. Ejercicio de la Abogacía en Internet en la Especialidad de Derecho Informático. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 129- Rico Carrillo Mariliana 2000. Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

- 130- Carvajal Córdova Mauricio 2000. Ley de Comercio Electrónico en Colombia (Ley 527 de 1999). Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 131- Cantú Aguillén Ricardo 2000. Tendencias actuales de la Informática y el Derecho a Nivel Internacional. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero de 2000, N°18. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 132- Segura Loarte Alejandro 2000. Perú: Hacia el establecimiento del documento digital en el Perú. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 2000, N°20. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 133- Gutiérrez Godoy Alvaro 2000. Colombia: El Comercio Electrónico en el Comercio Comparado. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 2000, N°20. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 134- Calleja Gómez Isabel 2000. Novedades en la regulación del Comercio electrónico. Análisis desde una perspectiva fiscal. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 2000, N°20. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 135- Fernández Origgi Italo 2000. Perú: Comercio Electrónico, Aplicación del Principio de Neutralidad en Materia de Política Fiscal. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 2000, N°20. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 136- Pérez de Velasco José Ramón 2000. La aplicación de las condiciones generales en la contratación electrónica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 2000, N°20. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 137- Elvira Maldonado Sergio 2000. Bélgica: Copyright en la era digital: Hacia los contratos de adhesión y el derecho de acceso. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo de 2000, N°20. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)
- 138- Calderón Rodríguez Cristián 2000. Perú: El impacto de la Era Digital en el Derecho. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril de 2000, N°21. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 139- Núñez Fernández Fernando. 2000. Comentario al REAL DECRETO 1906/1999, de 17 de diciembre por el que se regula la contratación

telefónica o electrónica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril de 2000, N°21. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

140- Maestre Javier A. 2000. Comentarios a la nueva Legislación sobre protección de datos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril de 2000, N°21. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

141- Muiño Matienzo María Cecilia 2000. El Comercio Electrónico y el Vacío Normativo Argentino. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril de 2000, N°21. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

142- Velarde Koechlin Carmen. 2000. Perú: El Contrato de Publicidad en Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 2000, N°22. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

143- Iriarte Ahon Erick. 2000. Perú: Nombres de Dominio, una revisión de la situación actual. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 2000, N°22. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

144- Graham James A. 2000. Luxemburgo: Spamming and Law: The european Common Position on E-commerce. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 2000, N°22. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

145- Gamertsfelder Leif. 2000. Australia: Consumer Rights-One Clic and They're Gone. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo de 2000, N°22. <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

146- Sánchez Almeyda Carlos. 2000. España: La Criptografía como derecho. Revista Electrónica de Derecho Informático. junio 2000, N°23, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

147- Hess Araya Cristián. 2000. Costa Rica: Estructuras y esquemas de los sistemas de información jurídica. Revista Electrónica de Derecho Informático. junio 2000, N°23, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

148- Díaz Arias Rafael. 2000. España: Transferencia de Datos Personales. ¿Llegarán nuestros datos a buen puerto?. Revista Electrónica de Derecho Informático. junio 2000, N°23, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

149- Pérez Daudí Vicente. 2000. España: La Jurisdicción y las medidas cautelares en los conflictos entre las marcas y los nombres de dominio.

- Revista Electrónica de Derecho Informático. junio 2000, N°23, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 150- Sánchez Almeida Carlos. 2000. España: Intimidación: Un Derecho en Crisis. La Erosión de la Privacidad. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 151- Hess Araya Cristián. 2000. Costa Rica: Derecho a la Privacidad y Cookies. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 152- Gaete González Eugenio Alberto. 2000. Chile: Documento Electrónico e Instrumento Público. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 153- Martínez Medrano Javier. 2000. Argentina: Propiedad intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 154- Carrasco Blanc Humberto. 2000. Chile: Sistema de Nombres de Dominio en Chile. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 155- Fernández Origgi Italo. 2000. Perú: Economía Digital, Revolución Digital y Regulación Jurídica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 156- Sedoff Miguel. 2000. El Interés Legítimo de la Ley de Marcas Argentina y las Disputas de Dominios en Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 157- Del Castillo Manuel. 2000. Controversias en Materias de Nombre de Dominio. Reglas Arbitrales de Resolución; y Resolución OMPI. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 158- Sandoval López Ricardo. 2000. Chile: Comentario sobre el Proyecto de Ley relativo a documentos y firma electrónicos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 159- Villegas Tovar Ricardo. 2000. México: Los Contratos Informáticos y otros Aspectos de Propiedad Intelectual dentro de las Bibliotecas digitales.

- Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2000, N°24, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 160- Giraldo Quintero Argiro. 2000. Colombia: El secreto en la comunicación por correo electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2000, N°25, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 161- Borrego Claudia Silvina. 2000. Argentina: La Protección de los datos personales, un avance positivo. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2000, N°25, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 162- Iriarte Ahon Erick. 2000. Algunas reflexiones sobre el desarrollo del internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2000, N°25, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 163- Fernández Origgi Italo. 2000. El Gobierno en la Era Digital, E-government. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2000, N°25, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 164- Muñoz Ivonne Valeria. 2000. Efectos Reales mas no Legales de las reformas legislativas en materia de comercio electrónico en México. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2000, N°25, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 165- Barzallo José Luis. 2000. Peligros en las resoluciones a las controversias entre marcas y nombres de dominio. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2000, N°25, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 166- Calderón Rodríguez Cristián. 2000. El Comercio electrónico: Nueva Lex Mercatoria del comercio internacional. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre 2000, N°26, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 167- Borrego Claudia Silvina. 2000. El derecho a la comunicación y la invasión del comercio electrónico: una competencia desleal. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre 2000, N°26, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 168- Carrasco Blanc Humberto. 2000. Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de internet. El caso "ENTEL". Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre 2000, N°26, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

- 169- Pereira Ma. Paz. 2000. Establecimiento y Ley aplicable al prestador de servicios de certificación en España. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre 2000, N°26, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 170- Sánchez Almeida Carlos. 2000. Los ciberderechos no existen. Revista Electrónica de Derecho Informático. octubre 2000, N°27, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 171- Muñoz Torres Ivonne Valeria. 2000. Nuevas modalidades en el sistema registral. Revista Electrónica de Derecho Informático. octubre 2000, N°27, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 172- Pérez de Velasco José Ramón. 2000. Protección de Datos de carácter personal. Revista Electrónica de Derecho Informático. octubre 2000, N°27, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 173- Velarde Carmen Milagros. 2000. Hacia una democracia digital, propuestas de aplicación. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre. 2000, N°28, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 174- Borrego Claudia Silvina. 2000. La desaparición forzada de datos personales: su venta ilegal y la prevención en el derecho internacional. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre. 2000, N°28, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 175- Aguilar Marta Sofia. 2000. La prestación de servicios legales en línea. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre. 2000, N°28, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 176- Marikovich Claudio Paul Magliona. 2000. Breve análisis de la Ley número 19.628 sobre protección de la Vida Privada. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre. 2000, N°29, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 177- Martín Horna Pierre. 2000. Análisis exegético de la doctrina general del contrato. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre. 2000, N°29, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 178- Castillas Fernández Ramón. 2000. Consecuencias Jurídicas en el uso de internet (I). El comercio electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre. 2000, N°29, <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 179- Mendoza Luna Amílcar. 2001. Los Cookies: ¿amenaza a la privacidad de información en la internet?. Revista Electrónica de Derecho Informático.

Enero 2001, N°30 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

180- Troncazo Auld Fabio René. 2001. El Derecho a la intimidad y el Derecho a la información: ¿Garantías encontradas?. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero 2001, N°31 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

181- Villalba Díaz Federico Andrés. 2001. Algunos Aspectos sobre los derechos de autor en internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero 2001, N°31 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

182- Ocampo Fernando. 2001. Hacia una incorporación definitiva del comercio electrónico a nuestra realidad normativa. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero 2001, N°31 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

183- Elias Miguel S. 2001. Situación legal de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo 2001, N°32 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

184- Hebe Sánchez Fabiana. 2001. E- comerse: La nueva realidad comercial. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo 2001, N°32 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

185- Roberto Sobrino Waldo Augusto. 2001. Las nuevas responsabilidades legales derivadas de internet & E- Comerse y los nuevos seguros que amparan los riesgos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo 2001, N°32 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

186- Blanes Gironés Antonio. 2001. Reflexiones sobre el sistema arbitral en los conflictos generados por el uso de nombres de dominio en internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril 2001, N°33 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

187- Maita Azpiri César Antonio. 2001. El Derecho Peruano frente a los desafíos del nuevo milenio: Conciliación, tecnología e innovación. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril 2001, N°33 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

188- Escobar Rozas Freddy. 2001. La firma electrónica en la Ley Peruano. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril 2001, N°33 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).

- 189- Barzallo José Luis. 2001. Los Terceros de Confianza en el Comercio Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril 2001, N°33 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 190- Mendoza Luna Amílcar Adolfo. 2001. El Cibertribunal Peruano Como Medio Efectivo de Resolución de Conflictos. Mayo 2001, N°34 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 191- Magliona Markovitch Claudio Paul. 2001. Marco Jurídico de la Contratación Electrónica con especial referencia al Comercio Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo 2001, N°34 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 192- Peyrano Guillermo. 2001. “Bancos de Datos” y tratamiento de Datos Personales. Análisis de algunas problemáticas fundamentales. Mayo 2001, N°34 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 193- Cornejo López Valentino. 2001. Testigos Electrónicos ante la Dificultad de la Contratación Electrónica en el Derecho Mexicano. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo 2001, N°34 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 194- Herrera Bravo Rodolfo. 2001. La Legitimidad del Control Tecnológico del Empleador sobre el Trabajador. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 195- González Ogaz Cristóbal. 2001. Aspectos sobre el proyecto Chileno de ley sobre firma Electrónica y servicios de certificación de firma electrónica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 196- Pérez Benitez Germán. 2001. Sociedad de la Información: La revolución Digital. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 197- Maestre Javier A. 2001. Análisis de la Directiva sobre Comercio Electrónico (Servicios de la Sociedad de la Información). Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 198- Martín Reyes Ma. De los Ángeles. 2001. Las Entidades de Certificación. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 199- Muñoz Esquivel Oliver. 2001. Actividad de la Entidades de Certificación Frente a la Función Notarial. Revista Electrónica de Derecho

- Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 200- Barrios Osorio Omar Ricardo. 2001. Internet y Derecho. Fundamentos de una Relación. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 201- Jijena Leiva Renato. 2001. Firma Digital y Entidades Certificadoras. Regulación Legal en la Administración Pública Chilena. Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 202- Sobrino Waldo Augusto Roberto. 2001. Argentina: Las “Cookies” y el “Spam” (y la violación de la Privacidad y la intimidad). Revista Electrónica de Derecho Informático. Junio 2001, N°35 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 203- León Carlos Alfredo. 2001. Consideraciones Legales Relativas al envío de emails Comerciales no Solicitados. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2001, N°36 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 203- Ferreyros Soto Carlos. 2001. Apuntes para la sistematización y actualización Legislativa y Judicial: El caso Peruano. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2001, N° 36 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 205- Márquez González José Antonio. 2001. ¿Cuándo se perfecciona un contrato? Sobre Contratación Electrónica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2001, N°36 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 206- Ortega Díaz Juan Francisco. 2001. El Cumplimiento del Pago por medios Electrónicos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2001, N°36 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 207- Jijena Leiva Renato Javier. 2001. “Internet, Privacidad y Derecho”. Un Desafío de cara al siglo XXI en el Marco de la Globalización. Revista Electrónica de Derecho Informático. Julio 2001, N° 36 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 208- Rosemberg Holcblat Alexander. 2001. El Derecho a la Privacidad en Internet. Revista Electrónica de Derecho Informático. Agosto 2001, N° 37 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 209- Magliona Markovitch Claudio. 2001. Ciberocupación y Anticybersquatting Consumer Protection Act. Revista Electrónica de

- Derecho Informático. Agosto 2001, N° 37 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 210- Dubie Pedro. 2001. Argentina: El Habeas Data Financiero. Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre 2001, N° 38 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 211- Herrera Bravo Rodolfo. 2001. Chile: ¿Por qué la protección de Datos Personales es una Garantía Básica de los Derechos Fundamentales? Revista Electrónica de Derecho Informático. Septiembre 2001, N° 38 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 212- Casanova Feliciano. 2001. Comercio Electrónico: nuevos problemas y tensiones sobre el sistema fiscal. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre 2001, N° 39 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 213- Obando Juan José. 2001. Los Contratos Electrónicos y Digitales. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre 2001, N° 39 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 214- Graham J. A. 2001. La Convención de Viena sobre la compraventa Internacional de Mercaderías y el Comercio Electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre 2001, N° 39 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 215- Herrán Ortiz Ana Isabel. 2001. La Protección de Datos Personales en el Marco de la Unión Europea. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre 2001, N° 39 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 216- Jijena Leiva Renato. 2001. Sobre la no protección de la Intimidad en Chile. Análisis de la Ley 19.628, de Agosto de 1999. Revista Electrónica de Derecho Informático. Octubre 2001, N° 39 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 217- Ramírez Bonilla Álvaro. 2001. Colombia: Nombres de Dominio y Marcas: Conflictos y soluciones entre dos signos distintos. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre 2001, N° 40 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 218- Silva Boggiano Macarena. 2001. Chile: El Comercio Electrónico: LA Firma Electrónica. Revista Electrónica de Derecho Informático. Noviembre 2001, N° 40 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 219- Iasoni Marie. 2001. Perú: Política de un sitio de Comercio Electrónico frente a la protección de los Datos personales. Revista Electrónica de

- Derecho Informático. Noviembre 2001, N° 40 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 220- Díaz García Alexander. 2001. Colombia: La Ética en el Derecho Informático. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre 2001, N° 41 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 221- Fernández Antonio. 2001. España: Comercio Electrónico Internacional: ¿Cómo Atribuir rendimientos empresariales a una página web y un servidor? Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre 2001, N° 41 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 222- Lagos Ma. Soledad. 2001. Argentina: Sistemas Mundiales de Interceptación de las comunicaciones. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre 2001, N° 41 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 223- León Urrutia Rodrigo. 2001. Chile: Norma ISO: Una Garantía para el mercado de la certificación. Revista Electrónica de Derecho Informático. Diciembre 2001, N° 41 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 224- Bazuro Andrea. 2002. Italia: Internet, La Soberanía y las Jurisdicciones Nacionales: orientaciones después de la sentencia sobre el affaire. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero 2002, N° 42 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 225- Barbera Fraguas María. 2002. España: El Derecho a la Intimidad en una sociedad informatizada. Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero 2002, N° 42 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 226- Besga Basterra Talía. 2002. España: Spam ¿A favor o en contra? Revista Electrónica de Derecho Informático. Enero 2002, N° 42 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 227- Jijena Leiva Renato. 2002. Chile: Comercio Electrónico y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero. 2002, N° 43 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 228- Márquez González José Antonio. 2002. México: Las preguntas más comunes en la contratación electrónica. Febrero. 2002, N° 43 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 229- Iasoni Marie. 2002. Perú: El consumidor peruano en el marco de una venta en internet: Un consumidor vulnerable. Revista Electrónica de

- Derecho Informático. Febrero. 2002, N° 43 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 230- González Malabia Sergio. 2002. España: La tutela Extrajudicial ante las controversias en materia de Comercio electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Febrero. 2002, N° 43 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 231- León Urrutia Rodrigo. 2002. Chile: La Información de la información, ¿Hacia una gestión individual del derecho de autor como norma general? Revista Electrónica de Derecho Informático. Marzo. 2002, N° 44 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 232- Prenafeta Javier. 2002. España: Sobre el contrato de Escrow. Naturaleza jurídica y algunos problemas. Revista Electrónica de Derecho Informático. Abril. 2002, N° 45 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo).
- 233- Díaz Colina Mary Elba. 2002. Venezuela: La libre competencia en el comercio electrónico. Revista Electrónica de Derecho Informático. Mayo. 2002, N° 46 <http://www.vlex/redi.com>. (consulta realizada el 30 de mayo)

