

# XVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Por **Sara L. Feldstein de Cárdenas**

### Introducción

La Comisión N° 7 de Derecho Internacional Privado fue presidida por el doctor Eduardo Raimundo Hooft; la coordinación estuvo a cargo de la doctora Sara L. Feldstein de Cárdenas y fueron secretarios los doctores Juan José Cerdeira y Alfredo Mario Soto. Las discusiones se vieron enriquecidas con la presencia del consejero académico doctor Alberto Juan Pardo y del doctor Javier Toniollo.

La presentación de las ponencias se produjo en un marco de gran expectativa debido al tema a debatir, lo cual quedó evidenciado con la calidad de los trabajos presentados y la profundidad con que se los defendió.

Las ponencias presentadas fueron las siguientes:

Drs. **Gustavo Schötz; Pedro Wouterlood Sapag**: “Las cláusulas de prórroga a jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en la Internet”.

Dra. **Elsa Rosa Bianco**: “Internet: una revolución tecnológica que exige una revolución jurídica”.

Dra. **Patricia Roca de Estrada**: “Aspectos del comercio electrónico y la jurisdicción internacional”.

Dr. **Andrés Mariño López**: “Algunas reflexiones en torno a la firma digital”.

Dra. Amanda Estela Kees: “La jurisdicción internacional en el comercio electrónico”.

Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani: “Perspectivas trialistas de la jurisdicción internacional en el comercio electrónico”.

Dras. Flavia Andrea Medina; Vera Báez Peña Wirth: “El ciberarbitraje: ¿mito o realidad?”

Dr. Eduardo Hooft: “La jurisdicción internacional en el espacio virtual. Vigencia del fraude a la ley y el orden público en la extraterritorialización de las sentencias”.

Formado el quórum exigido para la iniciación de las deliberaciones, la Comisión comenzó a sesionar. De conformidad con el Reglamento, se decidió por consenso clasificar las ponencias para que fueran sostenidas desde lo general hacia lo particular, concediéndoles la palabra para su defensa y ampliación de fundamentación a los ponentes presentes. En tal sentido, fueron escuchadas y profundamente debatidas las ponencias de los doctores: Susana de Cardozo, en representación de Elsa Rosa Bianco, Flavia Andrea Medina y Vera Báez Peña Wirth, Gustavo Schötz, Alberto Juan Pardo y Javier Toniollo, ponente ad hoc, y Eduardo Hooft. Ello, por cierto, sin perjuicio de realizar previamente la mención y agradecimiento por su valiosa colaboración a los ponentes que se encontraban ausentes o que debieron ausentarse para defender sus ponencias en otras comisiones y que no habían designado representantes para sostenerlas.

El trabajo de la Comisión se desarrolló en un clima de gran cordialidad y franca camaradería. Luego de oídas y debatidas las ponencias por la Comisión, los presentes hicieron acotaciones, observaciones, derivaciones, que enriquecieron los resultados obtenidos. Es necesario resaltar que las palabras claves, en torno de las que giraron los diversos aportes, fueron –además de las contenidas en el título de la convocatoria– internet, armonización, arbitraje, cláusulas de prórroga, consumidor, fraude, orden público internacional, entre las principales.

Las propuestas resultaron contestes en admitir que el comercio electrónico, además de permitir la profundización en la interacción entre las personas físicas y personas jurídicas a nivel global, posibilita la intensificación del flujo de bienes y servicios a través de las fronteras. Sin dudas, se dijo, este fenómeno abre el debate sobre la legalidad, entre otros aspectos, de los contratos celebrados y documentos en general enviados en el espacio virtual; sobre la seguridad requerida para la realización del comercio electrónico y la jurisdicción a la que serán sometidas las transacciones originadas.

Los trabajos presentados se centraron, fundamentalmente, en la importancia del advenimiento del comercio electrónico, así como en el impacto sobre las actividades económicas y, por ende, en el campo jurídico. En efecto, se señaló que esta modalidad, que utiliza primordialmente la tecnología como herramienta, precisa de la elaboración de un marco legal adecuado. Se advirtió que, en tanto una de las características del comercio tradicional es que funcio-

na generalmente durante ciertos períodos del año, en temporadas determinadas, por el contrario –y de allí su peculiaridad–, el comercio electrónico no tiene horarios y posee suficiente virtualidad como para operar de manera permanente. En efecto, mediante robots o agentes electrónicos abiertos a la comunicación durante las veinticuatro horas, se encuentran en condiciones de negociar y completar transacciones en las que quienes participan se comunican electrónicamente. Sin embargo, ante tales características, es imperativo preguntarse si los mecanismos de resolución de disputas tradicionales resultan satisfactorios para dar una respuesta en consonancia con las necesidades de los operadores de los negocios internacionales. Cabe señalar que se produjeron interesantes discusiones respecto de la implementación del arbitraje como mecanismo de solución de las disputas.

Al realizar un análisis más profundo de lo debatido resulta necesario destacar, entre algunas de las consideraciones, las palabras del ponente Eduardo Hooft cuando sostuvo que: “Las relaciones jurídicas en el espacio virtual requieren una respuesta normativa que atienda las particularidades del ciberespacio (universal y desnacionalizado). Esta normativa deberá contemplar tanto el problema de la ley aplicable como el de la jurisdicción competente, como asimismo la ejecución de sentencias arbitrales y judiciales (...) El cuerpo normativo se integrará con normas conflictuales unificadas, con normas materiales específicas y con los usos y costumbres generados por los sujetos actores del mundo internético (...) Debe propenderse a la creación de tribunales arbitrales (...) integrados por especialistas, que operarán dentro de la red...”

A su turno se expresó, como lo hicieron los ponentes Dres. Schötz y Sapag, “la posibilidad de establecer reglas uniformes para el derecho de consumo dentro de la Internet, lo cual elimina las incertidumbres sobre la jurisdicción aplicable, por cuanto el problema no es tanto qué juez entiende en el caso, sino qué normas aplicará ese juez y qué eficacia tendrá esa sentencia. Si todos los conflictos, no importa quién los resuelva, se atenderán a las mismas reglas, se soslaya en gran parte el problema de la jurisdicción, quedando limitada al diminuto problema de la ejecución de la sentencia, la que ha sido dictada por un tribunal ya declarado competente de antemano y que ha resuelto el problema bajo reglas uniformes. Uniformando las normas materiales protectivas de los consumidores para operaciones en la red, será sencillo proceder a someter esos casos a tribunales arbitrales *on line*, lo que agilizará la solución de controversias a bajo costo, incrementándose el flujo del comercio...”

También las doctoras Medina y Vera Báez Peña Wirth mantuvieron su propuesta acerca de que “el arbitraje es el mejor método para resolver las controversias en el comercio internacional; consideramos necesario regularlo de acuerdo con los avances tecnológicos, adaptándolo a las nuevas formas de negociación. La regulación de los medios de solución de diptutas *on line* debe asegurar los derechos constitucionales fundamentales, tales como el debido proceso y la defensa en juicio de modo de garantizar la seguridad jurídica sin que el derecho se convierta en obstáculo para el desarrollo del comercio internacional...”

Asimismo, la doctora Bianco sostuvo “...la necesidad de brindar seguridad

jurídica a todos los que intervienen en la red (...) Es el derecho, como regulador de las conductas humanas, y sus operadores quienes tienen el deber moral de conformar el necesario estado de seguridad jurídica generando un marco normativo acorde a la nueva realidad y desarrollo tecnológico, que requiere respuestas rápidas y adecuadas dentro de un marco axiológico que intente prevenir y limitar las eventuales consecuencias negativas que pueden generarse...”

## Conclusiones

Las ponencias presentadas, así como las participaciones tanto de los miembros presentes, dentro de los cuales se destacan integrantes del Consejo Académico de las Jornadas así como las autoridades de la Comisión, revelan el interés despertado por el tema debatido. Resulta necesario señalar, y ello no puede soslayarse, que las conclusiones, tal como luce en el propio texto, fueron tomadas por consenso de todos los integrantes de la Comisión N° 7, reunidos reglamentariamente. Así se decidió, también por consenso, recomendar al plenario, y así definitivamente fueron aceptadas, las siguientes conclusiones, a las que iremos haciéndoles algunos comentarios:

Primero: *Enfatizar la necesidad de una regulación adecuada para el tráfico jurídico dentro del ciberespacio, como asimismo la conveniencia de contemplar las relaciones jurídicas entre el espacio físico y el virtual.*

El advenimiento de Internet, un fenómeno que trasciende las fronteras estatales, ha abierto un amplio abanico de posibilidades dentro del campo jurídico, una extensa gama de aplicaciones, entre las que se destacan, la libertad de expresión, los derechos intelectuales, los derechos de autor, la responsabilidad por los daños ocasionados, la fiscalización tributaria e incluso lo relacionado con el comercio electrónico, es decir, la posibilidad de celebrar válidamente, mediante esa modalidad tecnológica, variadas transacciones internacionales. En efecto, el comercio electrónico en general e Internet en particular exigen un marco regulatorio específico, adecuado, destinado a ordenar e impedir se genere la anarquía, el caos en el espacio cibernético. Desde luego que el punto de partida, el núcleo de esta delicada cuestión, radica en saber, y así lo debatió la Comisión, si ese espacio debería o no estar sujeto a algún tipo de regulación jurídica. Se trata de tomar partido de cara a la dicotomía entre la posibilidad o no de reglar el ciberespacio y, en su caso, con qué extensión, con qué alcance, con qué leyes, ante qué jueces. Cabe observar que muchos Estados temen ver socavada su sacrosanta soberanía ante las dificultades que representa controlar el ambiente electrónico transnacional. Para nosotros, el espacio virtual, si bien con algunas peculiares características, merece ser jurídicamente reglado.

Segundo: *Aconsejar la armonización del Derecho Internacional Privado a través de normas materiales y de normas de conflicto, en función de las particulares características de la materia.*

Desde nuestra mirada y en apoyo de las conclusiones tomadas, diremos que el Derecho Internacional Privado puede contribuir a superar la temida anarquía que podría producirse ante la ausencia de regulación, brindando soluciones a través de la armonización legislativa. En efecto, por la propia natu-

raleza del fenómeno, por su intrínseca internacionalidad, el Derecho Internacional Privado es una de las ramas del derecho que se encuentra en condiciones de contribuir eficazmente para la integración jurídica, propender a la armonización legislativa a través de normas directas o indirectas.

Tercero: *Recomendar que las legislaciones que oportunamente se adopten tomen en cuenta la vigencia de los principios fundamentales del orden público internacional, como asimismo de las leyes nacionales imperativas aplicables a casos internacionales.*

El espacio cibernético, virtual, internético, no debería soslayar, por lo precedentemente señalado, la aplicación de las leyes ni evadir las jurisdicciones estatales o arbitrales. El orden público internacional, como las leyes imperativas aplicables a casos internacionales, son nociones que merecen ser cuidadosamente analizadas en este contexto.

Cuarto: *Asegurar que en las relaciones de consumo se garantice el acceso a una jurisdicción adecuada y eficaz, para proteger al consumidor en el mismo grado –mínimo– del que goza conforme a la ley local competente.*

El consumidor suele ser la persona más débil también en las relaciones jurídicas internacionales. Por tal motivo, para lograr un equilibrio deseable debe brindársele una debida y acabada protección en la esfera internacional.

Quinto: *Proponer que la prórroga de la jurisdicción a favor de cybertribunales arbitrales sea admisible sólo en la medida en que queden aseguradas las garantías básicas del debido proceso de las partes.* Se trata de una materia en la que se impone la cautela. En lo relacionado con la prórroga de jurisdicción, deben contemplarse y resguardarse las reglas del debido proceso y la defensa en juicio en la resolución de las disputas. Tanto los tribunales estatales como los arbitrales deberán afinar su actuación garantizando a las partes el ejercicio y respeto de sus derechos fundamentales.

Sexto: *Sugerir la adecuación de las convenciones vigentes elaboradas en el marco de las organizaciones internacionales para alcanzar en su contenido y aplicabilidad a las relaciones jurídicas del ciberespacio, incluidas las referentes al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales.*

Se propicia, a nuestro criterio acertadamente, la adaptación de los instrumentos jurídicos internacionales a las exigencias del objeto regulado. Tal como se advirtió en el trabajo de Comisión, las tendencias contemporáneas se inclinan por una asimilación, por una interpretación amplia de lo que significa el vocablo escrito, si bien se propició que en el futuro sería conveniente una calificación autárquica. Este tipo de calificación ha demostrado ser de gran utilidad a la hora de las interpretaciones.

Séptimo: *Advertir sobre la vigencia del fraude a la ley y a la jurisdicción como principio general del derecho, inclusive en las relaciones vinculadas al ciberespacio, condenando las maniobras tendientes a perjudicar los derechos de terceros o a eludir las leyes imperativas aplicables.*

Entendemos, acompañando a Yanguas Messia, que "...la noción de fraude no podría mantenerse si la autonomía de la voluntad fuese absoluta. Ha de moverse, compartiendo lo que señala la doctrina más prestigiosa, dentro de

los límites imperativos y prohibitivos fijados por la ley, y el fraude consiste, precisamente, en la deliberada aunque sinuosa trasgresión de esos límites, más allá de los cuales el acto humano deja de ser lícito y deja de tener validez legal, por lo que el fraude aparece allí donde la autonomía termina y la obligatoriedad de la ley comienza; no hay contradicción sino delimitación que el fraude no respeta, de los conceptos de libertad de las partes y autoridad de la ley”. El ciberespacio no es un lugar abierto a la anarquía, por ende, no queda fuera del control encaminado a prevenir acciones fraudulentas, ilícitas.

Octavo: *Señalar la necesidad de abordar el estudio de una noción de orden público internacional abarcativa del fenómeno de Internet.*

La doctrina en la que francamente me inscribo, y parece que no estoy sola, ha comenzado a desarrollar la idea fuerza que propicia la existencia de lo que he dado en llamar el “orden público cibernético”. De alguna manera le he puesto un nombre, una designación, una denominación a una idea latente en la doctrina. En efecto, ante esta delicada cuestión, resulta válido diseñar una noción distinta, específica, el mentado “orden público cibernético”, especialmente aplicable en el ciberespacio. Para contribuir en esa dirección cabe observar, en este sentido, que INTERNET –en sus aspectos ciertamente perniciosos– es un vehículo que ha servido para la difusión de toda una gama de documentos, de información relacionada con la droga, la pedofilia y la prostitución. Por tal motivo, en Francia los contratos en línea deben respetar un cierto número de reglas que han sido sancionadas por el artículo 222-7 del Código Penal. En tal entendimiento, no puede ser soslayada la ya célebre decisión Yahoo!, de la justicia francesa, que así se coloca dentro de un movimiento cuyo sustrato está dado por el reconocimiento de un orden público ineludible en el espacio virtual. Cabe recordar que en la sentencia se han enfrentado dos posiciones: la primera admite que resulta normal que la comunicación electrónica tenga los mismos límites legales que cualquier otra comunicación, mientras que la segunda, por el contrario, entiende que la naturaleza de espacio público de INTERNET no habilita a los derechos estatales a controlar tal comportamiento social. Así, pues, la defensa del orden público internacional francés, abarcativo del orden público cibernético, confirma la legitimidad de los derechos estatales por reglar, por controlar el espacio virtual. El Estado francés, entre otros derechos estatales, parece emplear el recurso del orden público internacional tradicional para evitar que en su territorio se difundan vía INTERNET informaciones que, entiende, lo agreden gravemente en sus principios más caros. Precisamente, el remedio, la vía, el recurso con que cuentan los Estados para impedirlo, llegado el caso, es el “orden público internacional”.

Terminadas las sesiones en que se arribó a las conclusiones precedentemente analizadas, con posterioridad se agregaron algunas pocas conclusiones adicionales, de las que no participamos quienes sesionamos con anterioridad, de modo que ello me exime de realizar mayores comentarios. En el plenario, el relator y presidente de la Comisión N° 7, doctor Eduardo Hoofft, explicó y fundamentó, con solvencia y claridad, cada una de las conclusiones tomadas en las deliberaciones de la citada Comisión.