

# **DeCITA** 03.2005

**derecho del comercio internacional**  
temas y actualidades

## **Inversiones extranjeras**

directores:

**Adriana Dreyzin de Klor | Diego P. Fernández Arroyo**

**ZAVALLIA**

## La *lex electronica*: ¿un *common law* de la Internet?

| Mario J.A. Oyarzábal\*

Algunos autores han señalado a la *lex mercatoria* que se desarrolló en las ferias europeas de la Edad Media como un posible modelo de ley para el ciberespacio<sup>1</sup>. Dado que el ciberespacio está tan desconectado de la geografía física, se ha dicho, resulta necesario abandonar completamente el enfoque del conflicto de leyes tradicional y tratar al ciberespacio como un "lugar" distinto, con sus propias leyes y costumbres y no vinculadas a un país en particular<sup>2</sup>.

Se han propuesto incluso diversas terminologías para denominar a esta normativa material especialmente diseñada para Internet. Se la ha llamado *lex electronica*, *lex informatica*, *lex networkia*, *lex cyberspace*, *cyber-lex*. Aunque la alocución más po-

pular parece ser la de *CyberLaw*, y su traducción literal a los diversos idiomas: *cyberdroit*, *ciberdiritto*, *Cyberrecht*, *ciberdireito*, *ciberderecho*.

La regulación podría tener una doble fuente nacional e internacional, y adoptar modelos diferentes: autorregulaciones de los proveedores de acceso a Internet por medio de estipulaciones contractuales entre el abonado y el proveedor de servicios y entre el editor y el proveedor de alojamiento; adopción de códigos de buena conducta de los internautas que garanticen una comunicación comercial responsable sobre la Internet; compilación de las costumbres y prácticas desarrolladas por los tribunales nacionales con el asesoramiento de los usuarios, los gobiernos y la industria de la Internet; definición de

\* Profesor ordinario de Derecho Internacional privado de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa. Miembro del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York.  
<sup>1</sup> M. BURNSTEIN, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", en: K. BOELE-WOELKI / C. KESSEDIAN (eds.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* (Proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelichet organized by the Molengraaff Institute of Private Law, University of Utrecht and The Hague Conference on Private International Law), The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 27-30; D. POST, "Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace", *Journal of online Law*, 1995, art. 3; D. JOHNSON / D. POST, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, pp. 1367-1402; L. COSTES, "Les contours encore incertains de la future 'société de l'information'", *RDAl / IBLJ*, n° 4, 1996; P. SIRINELLI, "L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l'Etat?", en: K. Boele-Woelki / C. Kessedjian citado *ut supra*, pp. 5-20; F. MAYER, "Recht und Cyberspace", *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 49, 1996, pp. 1782-91; T. BALLARNO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998, pp. 51-55; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", *Revista Contratación Electrónica*, n° 4, 2000, pp. 25-67.

<sup>2</sup> D. JOHNSON / D. POST (nota 1), p. 1375.

los principios comunes de aplicación al comercio electrónico identificados por profesionales u organismos internacionales; etcétera<sup>3</sup>.

La unificación de un nuevo Derecho común del ciberespacio –se ha dicho– tendría la ventaja de suprimir las graves dificultades que traen aparejados para el comercio electrónico los conflictos de leyes entre los diversos países. Y la razón es simple: disposiciones directas y sustanciales universalmente uniformes establecerían las soluciones definitivas de las cybercontroversias. Ello aumentaría la certeza y predictibilidad de las actividades *on-line*, lo que podría contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas más armoniosas. Pero sobre todo Matthew Burnstein defendió esta solución con argumentos oriundos de la Internet. Burnstein sostiene que esta *law cyberspace*, al ser una legislación en constante formación, tendría una mayor capacidad para responder y adaptarse a los desarrollos tecnológicos y jurídicos. A diferencia del lento proceso legislativo convencional, esta *law cyberspace* podría adecuarse mejor a la cultura y la tecnología siempre cambiantes de la Internet<sup>4</sup>.

Hay quienes van aún más lejos y proponen dotar a este Derecho (u ordenamiento) de la "comunidad de los internautas" de instancias propias competentes para la aplicación del Derecho, ajenas a la justicia estatal y al arbitraje tradicional del comercio internacional. Se conformaría una "justicia virtual" que tendría a su cargo la determinación de las normas aplicables y la solución de las controversias entre los actores de la Internet. E incluso una cierta capacidad de hacer respetar coactivamente el "Derecho", es decir, de adoptar medidas con la fi-

nalidad de exigir el cumplimiento de la obligación no observada por los internautas y de expulsar de la red a los infractores<sup>5</sup>.

Otros autores rechazan, en cambio, que el ciberespacio requiera un enfoque especial para la solución de los problemas de conflicto de leyes. En los Estados Unidos, la crítica científica proviene de los defensores de los métodos unilaterales de conflicto de leyes, como el profesor Jack Landman Goldsmith III de la Universidad de Harvard, que sostiene que los métodos unilaterales de conflicto de leyes reducen significativamente la complejidad de los conflictos del ciberespacio y los problemas de *situs*<sup>6</sup>. Para los métodos unilaterales de conflicto de leyes, lo que importa no es la identificación del lugar donde los hechos litigiosos ocurrieron o la determinación de cuál de las leyes en contacto se aplica, sino si la actividad produce efectos suficientes en el foro que justifiquen la aplicación de la legislación local.

En Australia, en un caso relativamente reciente, la Corte Suprema rechazó explícitamente el argumento de que es necesario desarrollar normas de conflicto de leyes especiales para la Internet. La Corte aplicó la regla *lex loci delicti* tradicional y sostuvo que Australia era el lugar donde la reputación del demandante había sido dañada. El demandante, residente en Australia, había iniciado juicio por difamación contra una empresa estadounidense por información contenida en el sitio web de la empresa en los Estados Unidos<sup>7</sup>. Otros países han recurrido también a los criterios localizadores tradicionales para asumir jurisdicción y decidir casos de ilícitos penales y civiles y de contratos a través de la Internet<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> P. SIRINELLI (nota 1), pp. 14-20.

<sup>4</sup> M. BURNSTEIN (nota 1), pp. 28-29.

<sup>5</sup> Véase en general M. OYARZÁBAL, "Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho internacional privado", *JA*, t. 2002-IV, pp. 9-11, *DeCITA*, n° 1, 2004, pp. 297-299 y la bibliografía citada; M. OYARZÁBAL, "Jurisdiction over Electronic Contracts: A View on Inter-American, Mercosur and Argentine Rules", a aparecer en *Temple International and Comparative Law Journal*, abril de 2005; I. WEINBERG DE ROCA, "La jurisdicción internacional en el comercio electrónico", en: O. Ameal (dir.) / S. Tanzi (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI – Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 971.

<sup>6</sup> J. GOLDSMITH, "Against Cyberanarchy", *University of Chicago Law Review*, vol. 65, 1998, pp. 1199-1250.

<sup>7</sup> "Dow Jones & Co., Inc. v. Gutnick", 2002, HCA 56 (10 December 2002). (High Court of Australia).

<sup>8</sup> Véase R. AUGUST, "International Cyber-Jurisdiction: A Comparative Analysis", *American Business Law Journal*, vol. 39, 2002, pp. 531-573.

En mi opinión, resulta posible identificar un cuerpo de reglas como integrantes de una incipiente *lex electronica*. Comprende en primer lugar una serie de principios generales aplicables en el mundo virtual, que pueden o no ser universales, como la libertad de expresión y de comunicación en la red y de no discriminación del medio digital<sup>9</sup>. En segundo lugar incluye las reglas desarrolladas en convenciones internacionales y en otros documentos elaborados por expertos de organizaciones internacionales, como las leyes modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y sobre las firmas electrónicas; la directiva europea sobre el comercio electrónico<sup>10</sup>; y los *e-terms* (publicados en los *E-Terms Repository Guidebook*, 1996) y *GUIDECs I & II (General Usage for International Digitally Ensured Commerce*, 1997 y 2001 respectivamente) desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional<sup>11</sup>. Por último, cabría agregar las reglas derivadas de modernas legislaciones nacionales donde el comercio electrónico ha alcanzado gran desarrollo y que se adecuan bien a las transacciones internacionales, como el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos<sup>12</sup>, o el *Statement of Policy Regarding Offers of Franchise on the Internet* adoptado por la *North American Securities Administrators Association (NASAA)* el 3 de mayo de 1998<sup>13</sup>. Pero es menester advertir que estas reglas están todavía en proceso de formación y sus contenidos no son siempre precisos y constantes.

Ahora bien, ¿pueden las partes elegir como derecho aplicable a un contrato internacional "los usos y costumbres del comercio internacional elec-

trónico" o el "derecho transnacional de la Internet" o la "*lex electronica*", sin hacer referencia a instrumentos específicos como la Ley Modelo o el *Uniform Commercial Code*? Y aún, ¿es posible considerar a la *lex electronica* como un ordenamiento jurídico autónomo con validez normativa, aun sin que las partes la hubieran elegido? ¿Es dable pensar que el contrato electrónico pertenece por su naturaleza, está localizado, en el ciberespacio, prescindiendo de todo el sistema de normas de conflicto que indican un derecho aplicable del cual desprender su regulación?<sup>14</sup>

A mi juicio la *lex electronica*, como la *lex mercatoria*, es aplicable en principio sólo si las partes convinieron expresa o implícitamente aplicarla. Por lo que los jueces nacionales o los árbitros no pueden referirse a ella equiparándola a un Derecho estatal sin fundamento en la autonomía de la voluntad, por la sola razón de que el contrato fue concluido por Internet y es de ejecución enteramente virtual.

Además las partes deben indicar reglas precisas y constantes de la *lex electronica* que desean incorporar al contrato, ya que la referencia a la *lex electronica* sin más no autoriza a los jueces a aplicar principios generales de gran vaguedad, prescindiendo de sus normas de conflicto que les indican un Derecho estatal del cual desprender una regulación concreta.

Por otra parte, la *lex electronica* no es supranacional y, como cualquier otro sistema jurídico que es extranjero al foro, puede ser derogado por las

<sup>9</sup> Sobre este tema véase R. LORENZETTI, *Comercio Electrónico*, Buenos Aires, Zavalla, 2001, pp. 46-52.

<sup>10</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la informatización, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, Diario Oficial nº L178 de 17/07/00, P.0001-0016; [http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/lif/reg/en\\_register\\_132060.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/lif/reg/en_register_132060.html)

<sup>11</sup> Disponibles en [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/menu\\_rules.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/menu_rules.asp)

<sup>12</sup> Uniform Commercial Code-UCC, 2002 Official Text with Comments, Article 1 (General Provisions) and Article 2 (Sales), prepared under the joint sponsorship of The American Law Institute (ALI) and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL).

<sup>13</sup> Disponible en [http://www.nasaa.org/nasaa/scripts/fu\\_display\\_list.asp?ptid=132](http://www.nasaa.org/nasaa/scripts/fu_display_list.asp?ptid=132)

<sup>14</sup> Véase en general S. FELDSTEIN DE CARDENAS, "Contrato cibernético internacional ¿Una realidad o un enigma?", en: O. Ámeal / S. Tanzi (nota 5), pp. 667-68, donde presenta algunas cuestiones interesantes sobre las características y el reconocimiento de lo que da en llamar "*cyberlexmercatoria*"; M. OVARZABAL, "International Electronic Contracts: A Note on Argentine Choice of Law Rules", *Univ. Miami Inter-Am. L. Rev.*, vol. 35, nº 3, pp. 499-526.

normas de policía del juez y posiblemente de algún otro derecho vinculado al caso, y por el orden público.

Se trata, ni más ni menos, que de algunas consideraciones de los autores sobre la interrelación

entre la *lex mercatoria* y los derechos estatales en los contratos internacionales que me parecen aplicables *mutatis mutandi* a las reglas de la *nueva lex mercatoria* que pueden haberse desarrollado en la contratación internacional en Internet<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Véase P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 177 ss., especialmente pp. 197-198 y A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, t. II, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 310-14 y la bibliografía citada en ambas obras.