LOS CONTRATOS ELECTRONICOS Y DIGITALES

AUTOR: LIC. JUAN JOSE OBANDO P
Abogado litigante costarricense. Especialista
en Derecho Internacional Privado de la
Universidad de Salamanca, España.
Conferencista en materia de Derecho de Internet.
Y Presidente del Centro de Comercio Electrónico de Costa Rica
Lugar de creación de documento: Costa Rica.
Fecha: Noviembre del 2000
e-mail:juanjoseobando@justice.com

ASPECTOS INTRODUCTORIOS:

Dentro del ámbito de los contratos, el ser humano ha creado una nueva posibilidad para realizar estos negocios jurídicos. Nos estamos refiriendo a la utilización de medios electrónicos y digitales para la conformación de actos con carácter de contratos, lo cual produce un cambio radical a las percepciones y doctrinas que han regido siempre para los contratos realizados en el mundo atómico. Ha surgido un nuevo paradigma basado en la revolución digital que permite la desaparición del espacio y el tiempo, y crea una incertidumbre para el derecho. 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.

LA ECONOMIA DIGITAL

Resulta necesario para la comprensión del tema, ofrecer un panorama acerca del fundamento de la necesidad de aplicación de nuevas concepciones jurídicas a los contratos. Esto se logra al analizar la base de todo el cambio que surge en nuestra época. Este cambio está basado en una revolución digital que cambia el modelo económico industrial que rige a la humanidad y que crea una nueva Economía Digital.

Es saber de todos, que la primera revolución que transforma la economía y la subsistencia humana, se produce en la Prehistoria en los períodos neolítico y paleolítico, y es llamada la Revolución Agrícola, la cual consiste en la dependencia del hombre en la utilización de la agricultura para su subsistencia. Esto cambia mucho tiempo después, en los siglos XIX y XX a.c., cuando se produce la Revolución Industrial, iniciada en Inglaterra, y en donde la utilización de la mecánica en sustitución de la fuerza bruta que se produce con la invención de las máquinas, crea un paradigma mecanicista de los procesos de trabajo regido por la filosofía de Frederick Taylor[1]. Esto implicaba una estructuración

[1] El taylorismo, se basa en la filosofía de su creador, Frederick W. Taylor, en la cual, entre otras cosas, se propone maximizar la producción de las empresas, con la especialización de los trabajadores, la separación del trabajo "pensante" del trabajo "material" y se centran las decisiones fundamentales en una autoridad de un departamento central. El taylorismo, establece una jerarquización obligatoria en los centros de trabajo, en la cual el proceso de producción debe ser controlado y monitoreado por parte de la autoridad central. Se inhibe cualquier movimiento solidarista o de unión entre los trabajadores al evitar la comunicación entre estos, designando trabajos que no permitan dicha comunicación.

jerarquizada en las empresas, en donde se dividió el trabajo pensante (patronos) del trabajo no pensante (empleados).

Sin embargo, todo esto cambia con la nueva revolución digital, iniciada con la creación de las computadoras y la comercialización de Internet. La primera computadora programable ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Computer) en 1946, representa el inicio de una nueva era, cuya evolución es mucho más rápida y constante que la de su antecesora industrial. Esta nueva era, obtiene su mayor impulso, cuando en 1969, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos crea un sistema de redes de computadoras interconectadas con fines militares, la cual llamó ARPANET y que posteriormente se convertiría en Internet. Internet se comercializa en beneficio del público a incicios de la década de los noventa, lo cual termina de crear un nuevo mundo digital en donde las actividades humanas parecen para muchos encontrarse fuera de toda posibilidad de regulación para los Estados.

Deben desaparecer entonces, las concepciones de una economía de escala, basada en grandes territorios, consumo masivo, producción en masa y maquinarias costosas, en beneficio de la llegada de una economía de enfoque definida por la creación de nuevos productos, por una individualización de servicios, con participación activa del cliente en la producción empresarial y con una valorización mayor de la creatividad y el conocimiento.

EL COMERCIO ELECTRONICO

El principal motor de esta Economía Digital es el Comercio Electrónico, el cual ha sido definido por varios organismos internacionales de tal forma que crea un marco que nos facilita comprender cuales serán entonces los contratos electrónicos.

La Organización Mundial de Comercio (OMC), define al comercio electrónico como “la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: a- teléfono, b- fax, c- televisión, d- pagos electrónicos, e- transferencia electrónica de fondos, f- EDI (Electronic Data Interchange), g- Internet.”

Por su parte, las Organización de las Naciones Unidas, propone varios conceptos relevantes en la “Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de Comercio Electrónico” de1996, preparada por la CNUDMI. Si bien es cierto que en la Ley en sí, no se propone una definición del comercio electrónico, en la guía mencionada, se explica que “entre los medios de comunicación recogidos en el concepto de “comercio electrónico” cabe citar las siguientes vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas: la comunicación por medio del EDI definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y la transmisión por vía telefónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de la Internet. La noción de comercio electrónico también puede ser utilizada para referirse al empleo de técnicas como el télex y la telecopia o fax.”

Como podemos analizar, ambas concepciones del comercio electrónico nos ofrecen un panorama en el cual para que se le otorgue el carácter de electrónica a una actividad comercial, dicha actividad puede ser realizada por varios medios, dentro de los cuales

Internet no es el único. Es por ello que un contrato realizado vía fax, es un contrato electrónico, al igual que un contrato vía télex, por teléfono o por televisión entre otros. Pero no es sino con los contratos digitales, que surge una nueva problemática para el derecho y es por ello que resulta necesario realizar un análisis más a fondo acerca de éste tipo de contratos electrónicos específicos.

LOS CONTRATOS DIGITALES Y EL CIBERESPACIO

El ciberespacio, es el espacio electrónico creado por un sistema de redes computacionales, el cual puede ser utilizado por los individuos para su exploración. [2] Este término, tiene su origen en una novela de ciencia-ficción del autor William Gibson llamada "Neuromancer", la cual define al ciberespacio de una futura red computacional, como una "alucinación colectiva".

Como podemos notar, la noción del ciberespacio surge, en referencia a un mundo utópico e irreal, el cual el autor probablemente no imaginó que llegara a existir. Nos encontramos ante un mundo basado en redes de computadoras, por las cuales fluye constantemente información, textos, sonidos y en sí, datos que se transmiten en pocos segundos y que eliminan las barreras geográficas y jurídicas existentes en el mundo atómico.

Resulta indispensable determinar la importancia del ciberespacio en relación con la evolución del comercio electrónico. No es sino, por medio de las redes computacionales, que el comercio electrónico ha logrado surgir hasta alcanzar niveles considerables en la economía mundial. Más aún, las facilidades que se crean en una era digital en la cual todo se convierte en 1's y 0's, permiten que la información fluya de una manera veloz, lo cual no podría presentarse sin la existencia del ciberespacio. Es por ello que las redes privadas y las públicas, son de esencial consideración en nuestros días. El ciberespacio comprende todo sistema de redes computacionales, ya sean propietarias o públicas. En el ciberespacio se presentan los dos medios más importantes en los que el comercio electrónico se desarrolla, el primero son las comunicaciones vía EDI y el segundo Internet.

Algunos autores han delimitado cuales son las características del comercio electrónico[3], y aquí podemos observar la importancia que se le otorga a las operaciones realizadas digitalmente:

a- **Que las operaciones se realizan por vía electrónica o digital**: En una economía digital, el comercio electrónico renace, y adquiere importancia vital para el desarrollo del comercio mundial. Aunque no podemos limitar la utilización del concepto del comercio electrónico a Internet, es definitivamente la llegada de la "red" la que nos hace profundizar en la importancia del éste tipo de comercio. El fax y los otros medios electrónicos, no proporcionan la facilidad que el mundo virtual de Internet ofrece. Sin

[2] Ver, Pfaffenberger, Bryan, Internet in plain english, Editorial MIS Press, New York, Estados Unidos, 1994, pag. 112.
[3] Palazzi, Pablo y Peña, Julián, Comercio electrónico y Mercosur, ver en Internet, www.derecho.org/redi.

embargo ninguna legislación del tema debe obviar la utilización de estos otros medios, pues también muchas operaciones comerciales se realizan de esta manera, sin que exista una clara regulación al respecto. Pero sí es necesario, que por cada distinto medio de comunicación, se tomen en cuenta sus características técnicas individuales, y así podrá ofrecerse un panorama más seguro para la evolución del comercio electrónico.

b- **Que se prescinde del lugar donde se encuentran las partes**: La utilización de medios electrónicos en las comunicaciones con fines comerciales, se realiza con los sujetos en lugares distintos, tanto a nivel nacional como internacional. El comercio electrónico no puede desarrollar su potencial sino hasta la revolución digital, pues con ello se facilita el transporte de las comunicaciones y la inmediatez que de ello se deriva crea en los individuos un ambiente propicio para intercambiar información. Al encontrarnos con sujetos en distintas localizaciones geográficas, surge el problema de cuál jurisdicción será la apropiada para regular la transacción comercial, lo que debe resolverse por las reglas del derecho internacional privado.

c- **Que no quedan registros en papel** (p.e. facturas): Depende del sistema que se utilice, el soporte en papel no existirá. En los envíos de faxes, es muy obvio que al menos se cuenta con la prueba impresa de que se envió el documento, y la otra parte recibe directamente la comunicación en papel, por lo que no se aplicaría esta característica. Sin embargo, como ya se ha explicado, en la era digital el papel pierde importancia aunque esto no significa que su utilización haya desaparecido. Estamos cambiando de una economía de papel a una digital, en donde los documentos serán seguros aún que no se encuentren impresos (seguridad documental informática). Nos encontramos en un período en el que los contratos digitales reemplazan a los contratos en papel, con la consiguiente consecuencia de reducciones de costos y mayor eficiencia en las empresas. Una vez digitalizada la información, ésta puede ser reproducida ilimitadamente y enviada simultáneamente a grandes distancias y diferentes destinatarios. La desaparición de las facturas de papel, lleva a la necesidad de creación de nuevos mecanismos adaptados a su entorno tecnológico, que brinden seguridad y soporte a la transacción electrónica.

d- **Que la importación del bien no pasa por las aduanas (en el comercio electrónico directo):** Para comprender esto, es necesario saber que el comercio electrónico directo es en el cual se envían los productos directamente por Internet. Es clara la referencia a un envío de software directo, o a venta de información, la cual no debe pasar por ninguna frontera geográfica, sino que se realiza dentro del ciberespacio. No es siempre que esto se produce, pues los productos muchas veces deben ser enviados "materialmente", por sus características individuales, por lo que no podemos decir que esta característica sea generalizada en el comercio electrónico. Sin embargo si representa un nuevo e importante medio transnacional, el cual genera enormes conflictos a los Estados, los cuales se ven imposibilitados para ejercer un control efectivo y lícito a estas operaciones, que a nuestro criterio, se encuentran fuera de toda jurisdicción y posibilidad de control de los Estados individualmente.

e- **Que se reducen drásticamente los intermediarios:** Es importante notar, que las empresas productoras de bienes o de ofrecimiento de servicios, pueden excluir la

utilización de los intermediarios que anteriormente eran necesarios para la distribución del producto. Esto solamente se produce en el ámbito de Internet, pues se produce un análisis del comercio electrónico más enfocado a lo que es un mercado abierto de oferta y demanda, aunque en las relaciones comerciales vía EDI entre empresas también puede decirse que al existir un contacto directo de sus comunicaciones, se prescinde de la necesidad de los intermediarios. Sin embargo, es Internet, el ámbito en el cual cambia la perspectiva tradicional en cuanto a la necesidad de los intermediarios. Las empresas pueden ofrecer directamente sus productos o servicios, y los tradicionales distribuidores desaparecen. Pero, no debemos obviar que nacen nuevos intermediarios (**reintermediación**), que ofrecen seguridad y confianza en las transacciones (como las Autoridades Certificadoras), o que permiten difundir el ofrecimiento del producto a un mercado general (las empresas con máquinas de búsqueda). Se fortalecen las VANS (Value Added Networks) que son una tercera parte, que ofrece servicios de seguridad, en el envío de comunicaciones electrónicas

f- **Que se efectivizan más rápidamente las transacciones (compresión del ciclo transaccional):** La distancia entre las partes, no influye en la velocidad en la cual las comunicaciones son enviadas y recibidas. Se crea un entorno en que el tiempo se reduce drásticamente y el comercio encuentra un nuevo espacio para expanderse. En muchos casos, ya no existe diferencia entre el comercio nacional y el internacional. Los Estados ven un nuevo mundo en el cual se les dificulta aplicar su normativa. Una transacción, se realiza igual entre sujetos de un mismo país, que entre individuos en distintas regiones mundiales. El tiempo y el espacio de la transacción se disminuyen radicalmente o incluso desaparecen, llevando a la necesidad de la búsqueda de seguridad ante el riesgo de la existencia de una anarquía total.

LOS NUEVOS CONTRATOS ELECTRONICOS

Hemos analizado la importancia del ciberespacio y la dificultad que ofrece para los Estados el regular las actividades que en él se realicen. Es aquí en donde debemos estudiar entonces cuales son algunos de los contratos electrónicos más importantes que se presentan como operaciones de comercio electrónico, y que representan nuevas complicaciones para las potestades jurisdiccionales de los Estados, en donde muchas veces se confunden con tradicionales contratos de compraventa.

a- EDI (Electronic Data Interchange):

Desde la década de los 70, las transacciones vía EDI, han sido utilizadas como una forma ágil y automatizada para las relaciones comerciales entre las empresas que favorece la producción “just in time”. Puede definirse a las comunicaciones vía EDI, como el intercambio entre computadoras de información negocial, en formatos estandarizados. Mediante el EDI las interacciones entre las partes tienen lugar por medio de aplicaciones informáticas que actúan a modo de interfaz con los datos locales y pueden intercambiar información comercial estructurada Con su utilización, se permite a las compañías desarrollar un procesamiento automatizado de datos, el cual genera, transmite, recibe y procesa información electrónicamente, en substitución de los tradicionales documentos en papel.

Las computadoras son programadas para contactarse entre sí y negociar acuerdos comerciales, lo cual genera un cambio en la forma de realizar las actividades de

naturaleza mercantil. EDI permite un cambio en el enfoque de las empresas, se automatizan las operaciones y se reduce la utilización de materiales. El EDI sustituye el soporte papel de los documentos comerciales más habituales (órdenes de compra, remito, factura, lista de precios, etc.) por transacciones electrónicas con formato normalizados y acordados previamente entre los usuarios del servicio. Este servicio, a diferencia del correo electrónico, relaciona aplicaciones informáticas que residen en las computadoras de las distintas empresas. Por lo tanto, el intercambio de información se realiza entre aplicaciones informáticas y no entre personas.

La versatilidad generada por EDI, ha determinado que los gobiernos y las corporaciones utilicen el intercambio electrónico de datos entre sí. Los beneficios concretos que se adquieren con la utilización de EDI, son el aumento en la velocidad de las comunicaciones, se reducen los errores en el intercambio comercial de datos, se reduce la necesidad de documentos de papel, y se eliminan los procedimientos repetitivos en la administración de los negocios. Es por ello que EDI visto a escala internacional, es un facilitador de la economía global, pues al transmitirse la información electrónicamente en símbolos y códigos estandarizados, se crea un lenguaje universal para el comercio. Se reducen entonces las distancias y el tiempo, además de que caen las barreras territoriales y de lenguaje.

Sin embargo, ante la ausencia de normas y legislación referente a las transacciones electrónicas, las compañías se vieron en la necesidad de crear sus propios acuerdos o convenios para la utilización de EDI en sus relaciones comerciales. Estos acuerdos de intercambio de información o “trading partner agreements”, son contratos privados entre “socios comerciales”, que definen una estructura tecnológica y legal de reglas, que aseguran la legitimidad y validez de las operaciones electrónicas que entre ellas realizan. Esto nos demuestra, que las transacciones vía EDI, son hoy en día una de las más avanzadas formas de ciber-contratación.

Un factor importante para el uso de EDI en el comercio electrónico ciberespacial, es la estandarización de los formatos y la estructura de los datos. En las telecomunicaciones, los estándares permiten la interoperabilidad entre los diferentes equipos de cómputo de las empresas. Son en sí protocolos referidos a la forma en la cual deberá ser enviada la información. En la actualidad EDI utiliza tres tipos de estándares, los propietarios, los industriales y los públicos. Los estándares propietarios, fueron desarrollados por cada compañía para sus comunicaciones; los estándares industriales, son utilizados por las empresas de una rama específica de la industria, para el envío de información y solicitudes comerciales. Algunos de estos son UCS, VICS, TDCC y ODETTE.[4] Por último están los estándares públicos, los más importantes a nivel internacional. Durante los últimos 20 años, la tarea de encontrar uniformidad en la visión de cada rama industrial y cada país con relación a la estandarización de los documentos electrónicos comerciales de EDI, ha sido compleja. Sin embargo, las Naciones Unidas, han formulado, lo que quizás sea la más importante estandarización pública EDI, la cual es denominada UN/EDIFACT (United Nations Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport).

---

[4] Ver, Boss, Amelia y Ritter, Jeffrey, Electronic Data Interchange, a Guide and Sourcebook, Publicaciones de la Cámara Internacional de Comercio, París, Francia, 1993, pags. 10-13.

El UN/EDIFACT, fue desarrollado por las organizaciones internacionales y Estados miembros de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UN/ECE) conocida como WP.4, la cual pospuso la aprobación del estándar TDI propuesto a la Organización de Estandarización Internacional (ISO), a fin de investigar la viabilidad de combinar los estándares europeos y americanos que se estaban desarrollando. La coordinación intercontinental se inicio en 1986 y se llegó a la creación de UN/EDIFACT. La implementación y las guías para el diseño de mensajes fueron endosadas por ISO en un periodo récord de 18 meses, en 1987, normas hoy contenidas en la Resolución ISO 9755. Un Directorio de Intercambio de Datos de las Naciones Unidas también fue aprobado como ISO 7372[5]. Básicamente, las normas EDI proporcionan las reglas de sintaxis que definen los documentos electrónicos estructurados, pero si bien por razones históricas, en diferentes dominios regionales o sectoriales se utilizan otras reglas de sintaxis (no normalizadas), EDIFACT es la única sintaxis normalizada.[6]

Cabe resaltar la importancia de los sets de transacciones, los cuales son las actividades de órdenes de pago o compra entre las computadoras. Los sets de transacciones definen los tipos de datos que las específicas transmisiones deber tener además del formato en el que los datos aparecen. Estos sets de transacción funcionan como los documentos de papel convencional mediante los cuales se realizan operaciones comerciales (órdenes de compra por ejemplo).

Debe destacarse que el EDI respeta la autonomía de las partes involucradas, no impone restricción alguna en el procesamiento interno de la información intercambiada o en los mecanismos de transmisión."[7] EDI es un contrato, que podríamos llamar "de naturaleza electrónica". Nace y se desarrolla en un medio electrónico, y solamente con una infraestructura computacional, tecnológica y de telecomunicaciones puede realizarse. Es cierto que las partes contratantes, deciden realizar transacciones de compras y ventas de mercancías y/o servicios, pero por sus características individuales, EDI es distinto a un contrato de compraventa. El contrato entre los "trade partners" en el cual se deciden a utilizar EDI, cubre además de los puntos referentes a la tecnología a utilizar entre las partes, también los criterios legales, que ayudarán eventualmente a un juez para determinar la validez jurídica de las cláusulas y de la relación. Debe existir un respeto a la autonomía de las partes.

b- Shrinkwrap y Webwrap:

De acuerdo con la doctrina internacional, la cual resulta consulta necesaria para el análisis del tema, el término Shrinkwrap hace referencia a un acuerdo de licencia de uso, sin firmar, el cual estipula que la aceptación por parte del usuario de los términos, se presenta en el momento de abrir el empaque "shrinkwrap", u otro empaque del software, por el uso del software, o por otro mecanismo especificado.[8] En palabras más sencillas, un

---

[5] Ven en Internet, Asociación Costarricense de Codificación Comercial, Introducción al Intercambio Electrónico de Documentos, EDI, http://accc.racsa.co.cr/edi.html

[6] Ver en Internet, www.lagazeta.com.ar/EDI.htm.

[7] Id.

[8] Hayes, David, The enforceability of shrinkwrap license agreements on-line and off-line, 1997, ver en Internet www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.htm.

acuerdo shrinkwrap, son aquellos acuerdos de licencia de uso, que traen consigo los productos de software que se adquieren. Tradicionalmente éste acuerdo expresa que “al romper éste empaque “shrinkwrap”, se aceptan los términos aquí contenidos”. Hay otras maneras de acordar la aceptación de la licencia de uso, entre las cuales se puede mencionar la aceptación de las condiciones que aparecen en el monitor de la computadora a la hora de instalar el software, o el acuerdo que viene adjunto al soporte físico del software, en donde se establecen las cláusulas.

Las compañías dedicadas al mercado de la computación, han elegido como norma común entre ellas, el otorgar estas de licencia de uso, en vez de realizar simples contratos de compraventa, por varias razones. Al ser la compraventa un contrato traslativo de dominio, el dueño puede disponer libremente del bien, por lo que se posibilitaría una reproducción ilimitada del producto, el cual podría ser vendido, o incluso regalado a terceros, lo cual perjudica al vendedor del software, el cual vería como su producto es traficado de manera constante, sin recibir beneficios económicos por estas operaciones. Para algunos autores, resulta por lo tanto, ilógico visualizar la adquisición de software, como una compraventa, pues por sus características intrínsecas, este contrato requiere de una regulación independiente, que proteja el desarrollo de la industria creadora de software. Lo contrario, implicaría desestimular a las empresas e individuos a la invención de software, pues, no dispondrían libremente de su propio producto. Además, debido a lo complejo de la adquisición de un programa de software, es necesario que la empresa establezca los términos específicos bajo los cuales se regulará la tenencia o uso del software, al comprador, para su entendimiento.

Sin embargo, a pesar de lo contundentes que parecieran ser los anteriores comentarios, no es ésta la única posición, con respecto a los contratos shrinkwrap. Debido a la ausencia total de jurisprudencia y doctrina, a nivel nacional debemos remitirnos a lo que los tribunales y autores estadounidenses han determinado acerca de las licencias mencionadas. Al ser estos acuerdos de licencia de uso, la fuente principal, por la cual el dueño del software limita los riesgos y la responsabilidad que puedan derivar luego del otorgamiento de la licencia, entonces genera enorme importancia la validez que los gobiernos le den. Al menos en Estados Unidos, han surgido dos posiciones diversas en cuanto a la validez y relevancia de las licencias shrinkwrap.

Las decisiones de las cortes han sido contradictorias entre sí, e incluso si se realiza un análisis de cada una de estas, se puede observar una mayor cantidad de sentencias desfavorables para la validez del shrinkwrap. Aunque desde el caso ProCD vs. Zeidenberg, las cortes han tendido a aceptar el carácter jurídico de licencia de uso al shrinkwrap, el tema no es claro aún. En cuatro instancias, las cortes determinaron inaplicables las licencias (*Vault v. Quaid*, la decisión del Tercer Circuito en *Step-Saber vs. Wyse Technology*, la decisión en cuanto a la copia de prueba en *Arizona Retail vs. Software Link*, y la decisión de la Corte de Distrito en *ProCD*), y en tres instancias se ha determinado la validez y aplicabilidad de los contratos shrinkwrap (la decisión de la Corte

de Distrito en *Step-Saver,* la decisión en cuanto a la copia de uso en *Arizona Retail*, y la más importante, la decisión del Séptimo Circuito en *ProCD*).[9]

Pero el problema no se refleja solamente en los Estados Unidos. Alrededor del mundo, existe una política confusa en torno a la regulación de los contratos shrinkwrap. Puede decirse que no se ha llegado a determinar la existencia de criterios legales idénticos en los distintos países, sino que cada cultura ha establecido diferentes propuestas con respecto a las licencias de uso de software. Algunos países, expresamente prohiben la utilización de las licencias shrinkwrap, otros las permiten sin limitaciones, y otros caen en una posición ecléctica, en donde los aceptan pero los limitan.[10]Además se encuentran los países, en los cuales no existe ni legislación, ni jurisprudencia o doctrina al respecto, dentro de los cuales se encuentra Costa Rica.

La autora Andrea Migdal, explica en su estudio "Shrinkwrap Licences Abroad", que dentro de los países que han aceptado la validez de las licencias shrinkwrap, se encuentran Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Argentina, Bélgica, Egipto (en donde no existe ningún tipo de limitación), Hong Kong (las licencias shrinkwrap, son consideradas dependiendo de su razonable operación en cada transacción), y Malasia (en donde, aunque se acepta la validez de las licencias shrinkwrap, los jueces toman como base las sentencias de Estados Unidos e Inglaterra).[11]

Por el otro lado, otros varios países como Finlandia, Noruega, Polonia, Singapur, Sudáfrica, Taiwán y Venezuela, aunque se llevan a cabo diariamente transacciones con utilización de shrinkwraps, las cortes probablemente no le otorguen validez a dichos contratos ante la ausencia de legislación, o aplicación de normas de otros contratos similares.

Varios otros países, aunque otorgan validez a las licencias shrinkwrap, imponen limitaciones a su uso. Por ejemplo Colombia, Dinamarca, Francia, Alemania y Japón, e Italia, obligan a que el acuerdo shrinkwrap se encuentre en el idioma natal del país en donde se realice la transacción. En Francia, Italia, Alemania, Dinamarca, Japón, el Reino Unido y la República Dominicana, se exige la visibilidad de los términos de la licencia en el exterior del empaque. Muchos países prohiben expresamente, los términos de las licencias shrinkwrap, que puedan afectar la legislación interna, o ser considerados ilegales. Entre estos están Austria (en donde la Ley Austríaca de Protección al Consumidor imponen restricciones), Brasil (los shrinkwraps no deben violentar normas de orden público), Colombia (en donde se limita la validez de los shrinkwraps al pago de regalías), Francia, Alemania (en donde los consumidores no siempre pierden el derecho a disponer libremente del producto, aunque la licencia lo prohiba), Italia (declara inválidas ciertas limitaciones a la prohibición de las licencias de libre disposición del producto para el consumidor), Israel (los shrinkwraps estás sujetos la Ley de Estándares Contractuales de

---

[9] Para mayor claridad acerca de los casos, ver Obando Peralta, Juan José, El régimen jurídico de la compraventa nacional e internacional en Internet, pgs. 102-112. Tesis de Grado para optar por Licenciatura en Derecho, Biblioteca de Universidad De La Salle, San José, Costa Rica, 2000.

[10] Ver en Internet, Migdal, Andrea, Shrinkwrap Licences Abroad?, en http://www.gcwf.com/articles/journal/jil_june99_1.html.

[11] Id.

1982, en donde se invalidan las condiciones restrictivas para los consumidores) Japón y Gran Bretaña.

Definitivamente, aunque el uso de las licencias shrinkwrap, se ha propagado en el mundo entero como una práctica comercial, no podemos decir que su entorno legal sea claro hasta el momento. Debe crearse prontamente un instrumento internacional, que reúna los criterios de las diferentes naciones en un cuerpo único, para así lograr un panorama más claro para los contratos shrinkwrap. Se tiene que considerar, el respeto a los derechos de los consumidores, en cuanto a que en el empaque del software se explique la existencia de las cláusulas de la licencia dentro de éste. Además resulta necesario, que se aclare la posibilidad de devolución del producto.

Vemos, que no es sólo nuestro país, el que se encuentra ante un dilema, en cuanto a la regulación de este nuevo contrato. Naciones desarrolladas como los Estados Unidos, no han podido considerar un único criterio legal para los contratos shrinkwrap, lo cual demuestra la dificultad para el Derecho de controlar las transacciones de la era digital.

Consideramos que en Costa Rica, se debe analizar este contrato innominado bajo las normas aplicables a los contratos de adhesión, pero resulta indispensable realizar una explicación de lo anterior, pues incluso pueden observarse ciertas complicaciones para el desarrollo de los shrinkwraps. Tenemos que analizar punto por punto, las posibilidades para que esta figura jurídica sea valida en nuestro país, por lo que se propone una tesis que considere los nuevos principios de una economía globalizada.

El primer punto, que puede generar confusión es si podemos afirmar o no que el shrinkwrap tenga la condición o calificación de contrato. El profesor Diego Baudrit[12], hace referencia a la definición de Pothier recogida en el Código Civil francés, modelo del nacional, el cual expresa que "un contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan a dar, hacer o no hacer algo, a favor de otro u otros". "Es un acuerdo de dos o más voluntades, para crear una relación jurídica, o modificar o extinguir una relación jurídica preexistente".[13] Ante esto, el shrinkwrap, puede verse como un contrato, sólo, si existiera un verdadero acuerdo entre las partes, y según las características de los diferentes modelos existentes, no podría considerarse como contrato un shrinkwrap en el cual se estipula que el consumidor aceptará las cláusulas de la licencia con el sólo hecho de abrir el empaque del producto, pues nunca se presentaría el acuerdo, ya que las cláusulas se encuentran precisamente dentro del empaque, por lo que resulta imposible que el individuo pueda hacer una análisis de los términos de la licencia, y no se presenta por lo tanto un verdadero acuerdo. Sin embargo una licencia shrinkwrap en la que se estipulara en el paquete que al abrirlo se encontrarán las cláusulas, y que luego de su lectura se pueda decidir o no la aceptación, si respeta la definición anteriormente mencionada, por lo que se debería considerar como un contrato, ya que si se presenta el acuerdo entre las voluntades de las partes.

---

[12] Ver Baudrit Carrillo, Diego, Teoría General del Contrato, 2 edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, pag 25.
[13] Id, pag. 29.

El segundo punto relevante, es si éste contrato es posible dentro de la legislación costarricense. Los contratos tienen por objeto la producción de efectos jurídicos. El objeto del contrato, debe ser lícito y posible. Manifiesta el profesor Baudrit, que "al decir que el objeto debe ser lícito y posible, estamos haciendo referencia genérica a que el contrato y los efectos jurídicos que produce, deben tener causa legítima". [14] La ausencia de legitimidad en alguno de estos, produce nulidad absoluta del contrato. Menciona el autor Baudrit que:

"En la legitimidad del objeto y la causa situamos la equidad que debe presidir toda contratación. Si uno de los contratantes utiliza su posición de superioridad económica o aún jurídica para obtener resultados contractuales nocivos a la otra parte, el sistema jurídico remedia la falta de equidad con la aplicación de la teoría del abuso del derecho. En ese sentido los jueces pueden tomar medidas administrativas para el cese del abuso, y aún descartar la aplicación de las cláusulas abusivas por ser contrarias a derecho, en presencia de un interés público que cualquiera podría llamar en su defensa."[15]

De las anteriores consideraciones, podemos concluir que la validez jurídica de las licencias shrinkwrap en Costa Rica dependerá, de que se evite la utilización de cláusulas abusivas por parte de las empresas para el otorgamiento de las licencias. Es claro que nos encontramos ante un típico caso de contrato de adhesión, pues el contenido de éste es obra exclusiva del propietario del software. Estos contratos requieren una intervención o control de parte del legislador y los jueces, por lo que el artículo 1023 del Código Civil, dispone la invalidez de las cláusulas abusivas en estos contratos, por lo que dependiendo de un análisis de cada shrinkwrap individual, puede determinarse la invalidez de algunas cláusulas o la nulidad total del contrato. El facultar al consumidor a estudiar las cláusulas del contrato, y ofrecer la posibilidad de un reembolso ante la insatisfacción con los términos de la licencia, puede evitar que se interprete la existencia de un abuso del derecho por parte de las empresas, lo que beneficia a la validez de los shrinkwrap en nuestro país.

Tenemos entonces, que los contratos shrinkwrap, sí pueden ser considerados como tales en Costa Rica, y además pueden ser válidos si no existieran cláusulas abusivas en contra de la libre elección y derechos del consumidor. A pesar de esto surge otro grave problema referente a la clasificación dentro de los contratos del shrinkwrap. La regulación nacional, del contrato shrinkwrap, se hace necesaria de una manera específica, creando la figura contractual en el Código de Comercio, lo cual resulta la mejor forma para comprender sus implicaciones. Sin embargo, ante la ausencia de normas, debemos proponer medidas jurídicas que protejan la existencia de éste contrato, para evitar así teorías que imposibiliten su utilización en el país.

En principio, existe la duda de si nos encontramos realmente ante una licencia de uso, o (según la teoría de la Corte de Distrito en el caso ProCD) ante una compraventa. Muchos litigantes, dependiendo de la parte a la que representen, se valdrán de interpretaciones convenientes, para analizar los shrinkwrap, por lo que resulta necesario proponer una clasificación precisa de este contrato.

---

[14] Id, pag. 29.
[15] Id, pag. 30.

El hecho relevante del cual nace la confusión, es la existencia de tres sujetos posibles en la relación jurídica, sean estos la compañía propietaria del software, la tienda vendedora y el consumidor final. Debemos entonces analizar por separado cada relación jurídica que se presenta.

En primer lugar, en las transacciones directas entre los propietarios del software y los revendedores de las tiendas de cómputo, parece que nos encontramos ante un contrato de compraventa del producto, pues en ningún momento la tienda realiza aceptación de las cláusulas de la licencia shrinkwrap.

Aunque la compraventa sea un contrato traslativo de dominio, los derechos de autor de la compañía propietaria sobre el software crean un marco jurídico de protección para dichas empresas, para así evitar la reproducción de su producto por parte de la tienda. La compraventa se realiza sobre el soporte material del software, lo que es llamado en el ámbito de la propiedad intelectual como el *corpus mechanicum.* El *corpus misticum* o parte inherente a la propiedad intelectual del autor del software, seguirá siendo de éste. Esto se fundamenta en nuestra Ley de derechos de autor y derechos conexos, en los artículos 1, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, de donde podemos concluir que se otorga o confiere a los autores de producciones intelectuales (programas de cómputo en nuestro caso[16]) un derecho moral, personalísimo, inalienable, irrenunciable y perpetuo, y un derecho patrimonial que sí es transferible, renunciable y temporal.

El derecho moral siempre lo mantendrá el creador de la obra. Este derecho se subdivide en los derechos de divulgación (sacar a luz pública la obra), paternidad (posibilidad de utilizar nombre seudónimo o anonimato en la obra), respeto e integridad de la obra (imposibilidad para terceros de modificar la obra) y derecho de retracto (retiro de obra de circulación). Con esto vemos que la disposición por parte de terceros sobre la obra siempre será limitada.

Por otro lado, el derecho patrimonial si es transferible. Existen varios derechos que surgen de éste derecho patrimonial, dentro de los cuales los más importantes para nuestra Tesis, son el de reproducción [17]y la distribución[18]. El autor de la obra está facultado para autoriza a terceros ya sea para reproducir o distribuir la obra. En el caso del software, el autor realiza una compraventa con el revendedor de la tienda para que éste a su vez distribuya el producto hacia los consumidores finales. No se le otorga un derecho de

---

[16] El artículo 4 de la Ley de derechos de Autor y derechos conexos, en su inciso "n", expresa que un programa de cómputo es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, gráficos, diseño o en cualquier otra forma que, al ser incorporados en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que una computadora –un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones- ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. También forman parte del programa su documentación técnica y sus manuales de uso.

[17] Según al artículo 4, inciso "l" de la Ley 6683 de derechos de autor y derechos conexos, la reproducción consiste en la copia de obra literaria o artística o de una fijación visual o sonora, en forma parcial o total, en cualquier forma tangible, incluso cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

[18] Según el inciso "ñ" del mismo artículo, la distribución "consiste en poner a disposición del público por venta, alquiler, importación, préstamo o por cualquier otra forma similar, el original o las copias de la obra o fonograma."

reproducción, a menos que expresamente se le permita, por lo que la única posibilidad para el revendedor es la de disponer del software para su venta.

Entre los propietarios del software y el consumidor final, no existe un grave problema, pues al presentarse un acuerdo de voluntades sin vicios, el contrato es perfecto, y sus disposiciones (de la licencia shrinkwrap) son las que regirán la relación entre las partes. Por lo tanto, en esta transacción nos encontramos ante un contrato de licencia de uso shrinkwrap, cuyas cláusulas ha creado la compañía propietaria.

La relación entre el consumidor final y la tienda se presenta como un contrato de compraventa, regido bajo los mismos criterios que anteriormente se expuso en el caso de la relación compañía propietaria-tienda. El comprador final deberá respetar los derechos del autor, y sólo podría disponer del soporte material del software, pero nunca reproduciéndolo. Además no podría disponer del bien libremente, ya que al abrirlo se encontraría con la licencia de la compañía propietaria, la cual sería la que regiría el uso del software. El comprador no podría utilizar el producto sin antes aceptar las cláusulas del shrinkwrap, bajo riesgo de violentar los derechos de autor de la compañía y el contrato en sí. Nos encontramos ante una nueva relación jurídica entre el comprador y la empresa propietaria del software, en donde al existir un acuerdo de voluntades entre ambos, se perfecciona el contrato de licencia de uso, y allí se delimitan las responsabilidades de las partes y las garantías del producto.

Los términos de las licencias no podrán establecerse por parte de las empresas, de tal forma que pudiere presentarse un perjuicio para el consumidor y un abuso del derecho. Nos encontramos ante un contrato de adhesión, en el cual el consumidor es protegido por el legislador, pero también tiene conocimiento éste último de la existencia de la licencia y por lo tanto de la relación directa que se genera del contrato, con la empresa propietaria.

La importancia de la regulación a las licencias shrinkwrap, es tal que de la correcta apreciación de éste contrato depende la existencia y validez de un nuevo contrato electrónico; el webwrap. Si pretendemos definir y entender las compraventas en Internet, es indispensable comprender los webwrap, lo cual no se lograría sin haber estudiado anteriormente el contrato shrinkwrap.

Los contratos webwrap, incluyen varios tipos de transacciones en línea. Una de estas son las transacciones de venta de software, que requieren que el usuario o consumidor final, acepte los términos de una licencia de uso, previo al envío del software en línea.[19] Esta forma de utilizar el contrato webwrap es muy común, y se asemeja a las características del shrinkwrap. Algunos sitios utilizan acuerdos webwrap para prevenir que los usuarios de la Web puedan navegar en sus páginas, sin antes aceptar varios términos que los dueños del sitio establecen (como restringir el uso de la información de la página a uso personal, prohibir la reproducción del contenido del sitio, etc.). Las transacciones webwrap, también llamadas clickwrap, son las convenciones electrónicas que más se utilizan en Internet.[20]

---

[19] Ver en Internet, Electronic Contracts, en http://www.virtulaw.com/e-law.htm#other e-law topics.
[20] Ver en Internet, E-Commerce Issues, en http://www.gcase.org/gcase.org-ECommerce.htm,

En el curso de la transacción, el consumidor debe indicar si ha leído y aceptado las cláusulas que allí se establecen, para perfeccionar la relación contractual, y someterse a los términos que en la página se establecen. Esto es comúnmente realizado, cuando se requiere o solicita al consumidor que haga “click” en el botón de aceptar que aparece en su pantalla, antes de que la transacción pueda ser completada. Por estas facilidades que en Internet se presentan, en las transacciones en línea, la oportunidad para las empresas de solicitar el consentimiento de los consumidores antes de realizar el contrato, crece, de tal forma que se crea un mercado potencial ilimitado, en el cual los acuerdos webwrap regirán las relaciones comerciales.

Mientras que en los contratos shrinkwrap, surge el problema, aún no resuelto, de definir la naturaleza del contrato como compraventa o licencia de uso, en su versión electrónica del webwrap, no existe ésta controversia. Como ya se ha dicho, la posibilidad para el consumidor de tener conocimiento de los términos de la licencia antes de realizar la transacción, permite la validez del contrato webwrap. El contrato tendrá fuerza de ley entre las partes, y estas quedarán obligadas a lo que se exprese en dicho negocio, por lo que las cláusulas serán las que regirán lícitamente la relación jurídica y comercial entre el consumidor final y la empresa propietaria. Además, al no existir una cosa corporal, al menos en Costa Rica, el contrato no sería una compraventa, aunque éste criterio no regiría en una consideración internacional del tema.

Aunque en Internet se facilitan muchas posibilidades para realizar transacciones, será necesario para las empresas el comprender la importancia de ofrecer sus productos de una manera en la cual se respeten los derechos de los consumidores a escala global, y esto sólo se podrá lograr si se ofrece a los sujetos los términos y condiciones de los contratos antes de concluir los mismos. La consideración general de los diferentes autores estudiosos del tema del webwrap, es que los propietarios de los sitios web tengan en cuenta lo siguiente:

a- Que se exprese claramente la existencia de términos y condiciones contractuales existentes en el sitio web, para realizar transacciones, ya sea de adquisición de software o de simple uso de la página.
b- Que se ofrezca una oportunidad razonable a los usuarios del sitio, para revisar los términos de la transacción antes de que ésta se realice.
c- Que se facilite mediante la existencia de un botón de aceptación, el entendimiento para el consumidor, de que ha aceptado los términos de la licencia.
d- Que se permita claramente al usuario, rechazar los términos de la licencia, pues de lo contrario, en muchas jurisdicciones los contratos webwrap podrían ser inválidos al no ofrecerse suficientes posibilidades al consumidor para analizar el contrato, por lo que podría considerarse viciada la aceptación de éste último y por lo tanto inejecutable el contrato.

Ante todo esto, creemos que se hace necesaria una regulación internacional del tema de los contratos shrinkwrap y webwrap. No puede existir seguridad jurídica en las transacciones que no encuentran una protección adecuada en la ley. Los problemas jurisdiccionales que pueden surgir de la existencia de estos contratos, aumenta con las facilidades que brinda Internet para realizar contrataciones internacionales. Por ello es impensable considerar una evolución mayor del comercio electrónico en países en vías de

desarrollo, sin la creación de una normativa clara que proteja los intereses de toda la comunidad de naciones. Si no se regula el tema a nivel internacional, pronto veremos como serán solamente los criterios de las naciones desarrolladas los que imperen en la regulación del comercio electrónico, lo cual, es lógico no favorece a nadie más que a esos mismos países. Al menos, hemos visto, como sí es posible la validación de los nuevos contratos en Costa Rica, lo que es un principio para que nuestro país se sumerja en un mundo de seguridad para el comercio electrónico, pilar básico para el desarrollo de las naciones en una economía digital global.

c- Contrato de Servicios por Internet:

Al menos en Costa Rica, las actividades comerciales que envuelven el ofrecimiento de servicios, no son consideradas como compraventas, sino como contratos independientes, en donde surgen obligaciones y derechos para las partes. Más aún, el término venta de servicios, puede ser considerado como erróneo, al existir un ofrecimiento de estos, y no un contrato traslativo de dominio. En el ámbito internacional, se ha respetado esta consideración de analizar éstos contratos como de prestación de servicios y no como una compraventa. En la mayor parte de las legislaciones del mundo, la compraventa se refiere al traspaso de un bien de un sujeto a otro, y en cuanto a los servicios no se produce en ningún momento un contrato traslativo, ya que se acuerda es la realización de una actividad, a cambio de un pago. Un ejemplo claro de la visión mundial hacia los contratos de servicios, lo vemos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. A pesar de que la Convención, regula solamente las compraventas internacionales de mercaderías, para determinar cual es el ámbito de aplicación de sus normas, realiza una delimitación de las posibles consideraciones a nivel internacional de contratos de compraventa.

Recordemos que la Convención, recoge las reglas de varias tradiciones jurídicas de los distintos países del mundo. En el artículo 2, se crea una lista, no taxativa, de compraventas internacionales que no son reguladas por la Convención, pero que son figuras que probablemente deberán ser reguladas posteriormente por un instrumento internacional. Se habla de las compraventas para consumo personal, de compraventas en subasta o por venta judicial, venta de dinero o valores, venta de buques y aeronaves y ventas de electricidad. Los países han acordado otorgarle la condición de compraventas internacionales a estos contratos, lo cual no sucede con las prestaciones de servicios. El artículo 3 de la Convención, establece una exclusión sin reservas: la Convención no se aplica a contratos en que “la parte principal de las obligaciones” del vendedor consista en “suministrar mano de obra o prestar servicios”. Vemos que se realiza una consideración a parte de los contratos de suministro de servicios, por lo que desde ya, se aclara que no nos encontramos ante una compraventa, sino un contrato distinto susceptible de ser regulado por otras convenciones.

La Organización Mundial del Comercio en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), define la forma en la cual puede presentarse las prestación de servicios internacionalmente, lo cual crea una perspectiva independiente del tema, y lo diferencia del comercio de bienes, y esto confirma el diferente tratamiento que debe darse al tema de los servicios con respecto a las compraventas de bienes. En la parte I artículo 2 del acuerdo base, se define el alcance del GATS para regular, a- los servicios suministrados del territorio de una parte al territorio de la otra; b- los servicios suministrados en el

territorio de una parte a los consumidores de otra (por ejemplo turismo); c- los servicios suministrados por conducto de la presencia de entidades proveedoras de servicios de una parte en el territorio de otra (un ejemplo serían los servicios bancarios) y; d- los servicios suministrados por nacionales de una parte en el territorio de otra (por ejemplo, proyectos de construcción o servicios de consultoría).[21]

Por todo esto, es que los contratos de suministro de servicios que se realicen por medio de Internet, no pueden ser considerados contratos de compraventa, y surge entonces la necesidad de que los Estados establezcan normativa aparte para regular éstos contratos. Es importante, notar, que entonces, ningún contrato en línea, podrá ser considerado como compraventa, pero igualmente creará derechos y obligaciones para las partes. En Costa Rica no es excepción esta regla, por lo que al existir un acuerdo válido entre los sujetos, el contrato es perfecto y ambas partes deben cumplir sus prestaciones. Ya fueren contratos de servicios que se realicen y cumplan directamente por Internet (telemedicina, abogacía, banca, servicios comerciales en línea[22], etc.) o que se cumplan las prestaciones indirectamente en el mundo atómico (reparación de computadoras, mensajería, etc.), los acuerdos que se tomen, serán obligatorios para las partes.

d- Compraventas nacionales e internacionales por Internet:

El régimen jurídico de la compraventa en Internet, no es nada claro. Nos encontramos ante un panorama en el cual la seguridad transaccional, es para muchos inapropiada, y para otros desconocida. Existe total incertidumbre en cuanto al derecho y jurisdicción aplicable a estos contratos. Se percibe un temor global de los empresarios, abogados e individuos en general, acerca de la validez de los mensajes electrónicos. Muchos otros temas, como privacidad y criptografía, firmas digitales, autoridades certificadoras, protección a los derechos del consumidor y medios de pago electrónico, son totalmente desconocidos por la mayor parte de los abogados, lo que produce angustia e inseguridad en las personas, y reduce el desarrollo de actividades que permitan una evolución aún mayor del comercio electrónico. Billones o trillones de dólares que fluyen cada día, justifican la necesidad de crear normas que procuren evitar conflictos, por las actividades realizadas en Internet.

* **Perspectiva internacional del fenómeno**

Sin duda alguna, es en el ámbito del derecho comparado, en donde debemos realizar un estudio para comprender las perspectivas de las diferentes naciones, con respecto al régimen legal que debe tener Internet. Es claro que varios países han desarrollado mecanismos jurídicos para regular el comercio electrónico, pero se crea con esto un problema: la aplicación de criterios nacionales, a los actos realizados en Internet, un medio de naturaleza internacional. Al parecer, la mayor parte de los autores en el "globo", consideran que las reglas de sus países deben aplicarse a las compraventas en Internet, y

---

[21] Ver, Organización Mundial de Comercio, Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los textos legales, Ginebra, Suiza, 1995, pag. 344.

[22] Los servicios comerciales en línea, como CompuServe, America On Line, Genie, Prodigy, Microsoft Network, etc, ofrecen acceso entre otras cosas, acceso irrestricto a Internet, a través de sus software especializados, y además mediante conexiones reales. Al ser un servicio en línea, resulta un poco más lento que las conexiones que se obtienen por medio de las Proveedores de Servicios de Internet (ISP's), como RACSA en Costa Rica.

aunque en muchas transacciones esto será cierto, dependiendo de la localización de los sujetos al momento de perfeccionar el contrato, también veremos posteriormente que la naturaleza globalizada de Internet impide que la aplicación de normas nacionales se pueda producir en todos los casos.

Estados Unidos y Canadá

Países desarrollados como Canadá y Estados Unidos, ha creado desde hace varios años políticas legales en cuanto a la regulación de los contratos de compraventa Internet. Algunos autores han expresado que las reglas generales para la contratación en Internet, no cambian en su mayoría, en relación con las reglas normales de los contratos. Sin embargo, existen varios campos en los cuales no existen reglas claras.[23]

Para los autores de la obra Cyberlaw, Johnston, Handa y Morgan, al existir poca experiencia en cuanto a la cibercontratación, se deben aplicar analógicamente las reglas comunes. En cuanto a la oferta, expresan que se debe considerar como tales, sólo a las ofertas que razonablemente pueda inferirse que lo sean. Muestran varios ejemplos: Si un sujeto envía un correo electrónico a otros 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.

La aceptación de la oferta en estos sistemas de Common Law, es considerada si se puede razonablemente inferir que efectivamente se presentó. 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

[23] Ver, Johnston David, Handa Sunny y Morgan Charles, Cyberlaw, what you need to know about doing business on line, Editorial Stoddart Publishing Co. Limite, Toronto, Canadá, 1997, pag. 179.

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.

En Estados Unidos, Canadá y probablemente todos los países seguidores del sistema de Common Law, la ley que gobierna la formación de los contratos de compraventa en Internet, es la misma que se aplica a las transacciones realizadas telefónicamente. En el cibercomercio, las comunicaciones que se realicen, con un servidor que utiliza un programa que realiza ofertas y aceptaciones inmediatas, debe ser considerada como las operaciones "cara a cara" o entre presentes. Este es el estándar para las relaciones comerciales de comercio electrónico. Muchos sitios Web emplean formas para recibir comentarios y órdenes comerciales desde las computadoras de los consumidores y otras empresas. Estos mensajes al ser instantáneos no pueden verse como comunicaciones entre ausentes por lo que no se aplica la regla "mailbox".

España

En España, varios autores han realizado sus consideraciones de cómo deberán ser reguladas las compraventas en Internet. El criterio general es que, en cuanto a las compraventas por Internet, nos encontramos ante un contrato entre ausentes. Dice el autor Luis Capote, 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". [24]

Por su parte, el licenciado Xavier Ribas, en su documento "Comercio electrónico en Internet, aspectos jurídicos"[25], 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,

[24] Capote Pérez, Luis Javier, La aceptación de la oferta realizada a través de Internet en los ámbitos civil y mercantil, ver en Internet en http://derecho.org/redi.

[25] Ver, Ribas, Xavier, Comercio Electrónico en Internet. Aspectos Jurídicos, ver en Internet en www.onnet.es.

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".

Luxemburgo

En Luxemburgo, el proyecto de Ley para el comercio electrónico, preparado desde abril de 1998 por el Laboratorio de Derecho Económico, establece en el Título III de los contratos electrónicos, que "en lo que concierne al momento de la celebración del contrato, la teoría de la doble recepción es recibida: el consumidor tiene que confirmar por correo electrónico la recepción del acuse de recibo del vendedor. Siguiendo la tendencia comunitaria, el proyecto prevé el sistema opt-out por las comunicaciones comerciales: el vendedor potencial no tiene el derecho de continuar mandando mensajes si hay una oposición manifiesta por parte del consumidor."[26] El consumidor no puede renunciar a sus derechos, reconocidos por la ley, si el acceso a los servicios se hicieron desde Luxemburgo o si el contrato concluido tiene lazos estrechos con Luxemburgo.

Chile

En el marco del derecho en Chile, se ha considerado que en cuanto a los contratos de compraventa en Internet, se deben aplicar también, las normas de contratación entre ausentes. "Cabe retomar la discusión jurídica relacionada con la formación del consentimiento tratándose de contratos celebrados entre ausentes o a distancia, en particular el tema de las diversas teorías susceptibles de aplicarse (...de la aceptación, de la expedición o remisión, de la información o del conocimiento y de la recepción). Porque lo realmente novedoso es el medio –digital- de contratar y, consiguientemente, lo será la forma de probar los hechos del contrato."[27] El autor Jijena,[28] expresa que el Código Civil chileno establece que el consentimiento se forma cuando el destinatario –receptor- de una oferta la acepta sin modificaciones, independientemente de que el oferente – o emisor- se entere o no. Sin embargo, esta norma no siempre se aplica, pues para el autor, en el comercio electrónico, los intervinientes pueden encontrarse regidos por leyes que optan por soluciones distintas.

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.

---

[26] Grahaml-Alcántara, James, El proyecto de Ley luxemburgués sobre el comercio electrónico, ver en Internet, **http://www.crpcu.lu/lde/.(CRP-CU Luxembourg**).Luxemburgo.

[27] Jijena Leiva, Renato Javier, Comercio electrónico y derecho. La problemática jurídica del Comercio electrónico, ver en Internet http://derecho.org/redi.

[28] Id.

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.

Naciones Unidas

Los países firmantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, tienen en esta convención, un marco regulatorio posible para algunas compraventas realizadas vía Internet. La Convención, fue realizada en una época, en la cual Internet no ese presentaba como una arma para el desarrollo del comercio, por lo que no toma en cuenta, las nuevas realidades que Internet trae consigo. Sin embargo crea importantes normas para los países firmantes, para la regulación de los contratos de compraventa internacional en Internet, vía correo electrónico.

Como ya hemos dicho en el capítulo primero, la Convención al analizar al contrato de compraventa internacional, como entre ausentes, utiliza en su mayor parte, el principio de recepción, para las comunicaciones, por ello estas surten efectos hasta el momento en que se reciben. Lo importante de esta Convención, es que crea normas y principios para analizar cuando llegan las comunicaciones en una compraventa internacional, y además establece un criterio para definir cual es el momento y el lugar de perfeccionamiento del contrato.

El contrato de compraventa internacional de mercaderías, según la Convención, "se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, esto pude suceder o cuando la aceptación llega al oferente (art. 18-2) – y así será en la mayoría de los casos- o cuando el aceptante ejecuta el acto que indica la aceptación (art. 18-3), lo cual sólo ocurrirá en los casos en que pueda darse este tipo de aceptación por virtud de los usos aplicables o de prácticas establecidas por las partes."[29]

En cuanto al lugar de perfeccionamiento del contrato, el grupo de trabajo de la UNCITRAL que preparó el proyecto, procuró crear normas que definieran este lugar, pero las propuestas se desecharon pues fue imposible llegar a un acuerdo. Dice el autor Adame, que "sin embargo esta cuestión es importante pues el lugar de perfeccionamiento del contrato suele ser tomado en consideración por las reglas del derecho internacional privado para definir cuál es la ley aplicable al mismo, la cual resuelve los aspectos del contrato no regulado en la Convención"[30]. Por ello, el autor propone analizar que si de acuerdo con el artículo 23, el contrato se perfecciona en el momento en que surte efecto la aceptación, puede pensarse que se perfecciona en el lugar donde surte efecto la misma. "Esto lleva, siguiendo los criterios del artículo 18, a proponer que el lugar de perfeccionamiento del contrato puede ser: a) el lugar a donde llega una aceptación verbal o escrita (art. 18-2), que ordinariamente será el lugar donde el oferente tenga su establecimiento; b) el lugar donde el aceptante realiza el acto que indica la aceptación (art. 18-3), que por lo general será donde el aceptante tenga su establecimiento."[31] La primera opción es la común, por lo que la norma general será que el contrato se perfecciona en el establecimiento del vendedor. En una compraventa internacional por Internet, será importante la utilización de éste criterio, para determinar cual será la ley aplicable al contrato.

La Convención crea además una regla importante, que podría utilizarse en las ofertas realizadas en Internet, ya fuera por correo electrónico, en un cuarto de "chat" o en un grupo de discusión informativos. El segundo párrafo del artículo 14, establece que la oferta que no va dirigida a personas determinadas, u oferta al público, es sólo una invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que la hace indique claramente lo contrario. Se puede considerar, que quien ofrece al público debe tener una responsabilidad por ello, de suerte que si rechaza una oferta, debe indemnizar los gastos y daños causados, lo cual se vendría a determinar, según las leyes de protección al consumidor del derecho interno aplicable y no según las normas de la Convención. El autor Adame expresa que "la oferta al público puede resultar vinculante para el oferente, si claramente indica la intención de obligarse".[32] La oferta al público debe ser suficientemente precisa, como lo exige el párrafo 1 del artículo 14, pues de lo contrario no sería vinculante. Es por ello que una compraventa en Internet, mediante los medios dichos, encontraría regulación en cuanto a la oferta del vendedor, en el artículo 14 de la Convención.

* **<u>La compraventa vía Internet en Costa Rica</u>**

---

[29] Ver, Adame Goddard, Jorge, <u>El contrato de compraventa internacional,</u> Editorial McGraw-Hill, México D.F., 1994 pag. 114.
[30] Id, pag. 115.
[31] Id.
[32] Id. Pag. 97.

En nuestro país, no existe hasta hoy, ningún criterio que podamos utilizar como base para analizar la regulación de la compraventa en Internet. Por ello, es necesario realizar una propuesta, que podrá ser importante para la evolución del comercio electrónico en Costa Rica.

En Costa Rica, pueden analizarse dos distintas operaciones. El Código de Comercio en su artículo 2 faculta la utilización de usos y costumbres del comercio internacional, si no existieran leyes o costumbres nacionales que regulen un acto jurídico. Creemos, que la compraventa en Internet, realizada en una página Web, se adapta a tal criterio del artículo 2, por lo que puede utilizarse la costumbre internacional ante la inexistencia de legislación o usos nacionales. En cuanto a la compraventa en Internet vía correo electrónico, pareciera que sí le es aplicable la legislación nacional que regula los contratos entre ausentes.

1- La compraventa vía Internet en sitio Web: Hemos visto las características que ésta operación representa. Cuando se realiza un contrato de compraventa en un sitio Web, desaparece el tiempo y la distancia en las comunicaciones. No es importante el hecho de que las partes se encuentren en distintos lugares. Nos encontramos ante un contrato en el ciberespacio, en el cual lo esencial es el hecho de la desaparición de las fronteras. Debemos entonces, tomar en cuenta el tiempo real en el cual se realiza una operación en Internet. En un sitio Web, hemos dicho, que se puede aplicar analógicamente a una operación en una tienda o supermercado no virtual. Por ejemplo, el consumidor elige un libro en Amazon.com, y lo pone en su “carrito” de compras. Luego decide comprarlo y lo paga mediante su tarjeta de crédito. ¿Dónde está el tiempo? Es nuestra consideración de que no existe diferencia entre una operación de esta magnitud a una realizada en el mundo atómico. Por ello, ante la inexistencia de reglas nacionales para una compraventa en un sitio Web, debemos remitirnos a la costumbre y usos internacionales modernos.

Dentro de estos usos o costumbre internacional, se deben analizar las diferentes perspectivas. Por un lado, Estados Unidos y Canadá, han considerado la inoperancia de las reglas para los contratos entre ausentes (mailbox rule) en las compraventas en sitios Web. Por otro lado, en Chile, España, Luxemburgo y muchos otros países, ni los autores ni las legislaciones han percibido la diferencia que se presenta entre los contratos en un sitio Web y los realizados vía correo electrónico. Esto nos hace pensar que los únicos criterios específicos que se han presentado hasta hoy, son los de los países norteamericanos. Debido a esto, podemos utilizar éste criterio en nuestro país, y así definir que las reglas que se aplicarán a compraventas por Internet en sitios Web, serán las mismas de las compraventas entre presentes, por lo que deben tomarse en cuenta los artículo 480, 1007 y 1049 del Código Civil, y 442 siguientes y concordantes del Código de Comercio. Este criterio puede utilizarse también en compraventas en “chat rooms” o en grupos de discusión informativos, si las comunicaciones fueran inmediatas. Si la empresa es la que dispone las reglas que regirán la compraventa, nos encontraremos ante un contrato de adhesión. Si existiera respeto a la voluntad de las partes, entonces nos encontraríamos ante un contrato de libre discusión.

2- La compraventa vía Internet mediante correo electrónico: Un ejemplo de éste contrato, sería que dos sujetos acordaran utilizar el correo electrónico para la negociación, y que el

contrato se perfeccionara de esta manera. En este caso, sí podemos afirmar que se aplican las normas de contratos entre ausentes. La utilización de correo electrónico en los mensajes o comunicaciones implica un cierto retaso, y falta de inmediatez. Aunque se diminuye el tiempo en relación con los envíos de mensajes por carta, no podemos considerar que se elimine este lapso temporal de tal forma que la operación se asimile a una compraventa entre presentes. Por ello, son aplicables las normas de contratación a distancia, del Código de Comercio, del artículo 435, siguientes y concordantes. En Costa Rica, en cuanto a los contratos de compraventa en Internet por correo electrónico, se aplica la teoría de la recepción, por lo que las comunicaciones se consideran realizadas cuando llegan al destinatario y no cuando éste las lee. Dependiendo de las características de cada compraventa individual, nos encontraremos ante un caso de contrato de adhesión o de libre discusión.

*** La jurisdicción y ley aplicable a los contratos de compraventa internacional en Internet**

Es imposible en la época actual definir inequívocamente cuales son las reglas que se deben aplicar a la contratación internacional por Internet, con respecto a la jurisdicción y ley aplicable a esta. Sin embargo, ya varios juristas de diversas tradiciones legales han determinado su posición al respecto, lo cual lógicamente vendrá poco a poco a aclarar el panorama legal. Como ha sucedido siempre, existen posiciones encontradas al respecto, por lo que debe considerarse necesario brindar ahora los diferentes criterios emitidos por abogados estudiosos del tema para así poder descifrar al menos, que elementos deben ser considerados a la hora de forjarse una posición dentro de este complejo tema.

Ahora bien, cabe explicar que a inicios de la década de los noventa ya en Estados Unidos varios juristas alzaron su voz de preocupación en cuanto al tema de la jurisdicción y ley aplicable a los contratos realizados vía redes informáticas. Sin embargo no es hasta hoy en día, cuando el acceso a Internet es posible para más de 500 millones de personas, cuando el mundo percibe la necesidad de encontrar una solución al problema. Es ahora, cuando surgen al menos tres diferentes perspectivas en torno al tema de la jurisdicción y ley aplicable a los contratos de compraventa vía Internet, las cuales nos presentan posibilidades disímiles entre sí para analizar esta materia.

- **Tesis de la no intromisión:**

La primera posición que debemos analizar, es la de quienes consideran a Internet como un espacio virtual, sin fronteras geográficas, que debe ser regulado por los distintos gobiernos de la menor forma posible, ya que por su naturaleza intrínseca no pertenece a nadie y por lo tanto ningún Estado tiene la potestad de arrogarse facultades de dominio ni control sobre los acontecimientos que se suscitan en un mundo de “bits”.

Para David Johnson y David Post, abogados estadounidenses[33], el tema de la jurisdicción y ley aplicable a la contratación “en línea” no debe complicarse asumiendo

[33] David Johnson y David G. Post, son abogados norteamericanos de la Universidad de Stanford, Illinois, autores de la obra “Law and Borders- The Rise of Law in Cyberspace” de 1996 en la cual expresan su

posiciones en las cuales los Estados deben regular y controlar este floreciente mundo virtual. .Los límites físicos, dicen ellos, “no son simples creaciones arbitrarias”. Aunque estos límites pueden ser basados en espacios geográficos y otras consideraciones, debe también tomarse en cuenta aspectos lógicos para determinar las bases legales bajo las cuales se definen los diferentes ámbitos divisorios o espacios dentro de los cuales un gobierno podrá emitir normas vinculantes para un conglomerado de ciudadanos que conviven en un espacio físico delimitado. Estas reglas son:

➔*Poder:*

Este implica un control sobre el espacio físico, las personas y las cosas que se encuentran en ese espacio, lo cual es un atributo definitivo de soberanía y poder Estatal. La creación de leyes, requiere mecanismos para su aplicación, los cuales dependen de la habilidad de ejercer un control físico para imponer sanciones coercitivas a quienes violentan las leyes.

➔ *Manifestación de Efectos:*

La interrelación entre los límites físicos y las fronteras del espacio legal, reflejan un enraizada relación entre proximidad física y los efectos de una actividad de los sujetos. Esto implica que la legislación de un país, solo manifiesta sus efectos en los sujetos que se encuentren bajo una proximidad física suficiente o bajo sus límites estatales, lo cual obliga a los sujetos a someterse a dicho sistema legal, ya que en nada afecta a un sujeto las determinaciones legales que se tomen en un alejado Continente.

➔ *Legitimación:*

Generalmente se aceptan las nociones de que las personas dentro de un ámbito territorial definido son sujetas a las imposiciones de las autoridades de su región basadas en la ley. “El consentimiento de los gobernados” implica que quienes están sujetos a un conjunto de normas jurídicas, deben tener un rol importante en la formulación de dichas normas. Para que esto suceda, quienes sean obligados a actuar bajo ciertos parámetros legales, deben encontrarse en un límite físico-geográfico delimitado.

➔ *Posibilidad de Información:*

Los límites físicos, son apropiados para delimitar el ámbito legal de la zona a que este se aplique. Así, se puede efectivamente informar a quienes se encuentren en ese territorio, los cambios en la legislación que puedan llegar a ocurrir.

La opinión de ambos juristas, es que el Ciberespacio que surge de Internet y cualquier otro sistema de comunicación entre computadoras, ya sea público o privado, presenta una ausencia de límites territoriales, lo cual define el porqué los Estados no pueden pretender un control sobre los actos que se realicen dentro de ese ámbito. El surgimiento de una red global de enlace de computadoras destruye el vínculo entre la localización geográfica y: 1-

---

posición, considerando la necesidad de la mayor desregulación posible, por parte de los Estados sobre los actos que se realizan en Internet.

el poder de los gobiernos locales para ejercer un control sobre el comportamiento "en línea" de los sujetos; 2- **los efectos** de las leyes en los actos realizados en Internet; 3-**la legitimación** de los esfuerzos de un gobierno local para aplicar normas jurídicas, en un complejo fenómeno global; y 4- la habilidad para **informar** los cambios en la legislación aplicable.

Afirman ambos autores, que el ciberespacio no posee límites geográficos ni territoriales, pues el costo y la velocidad de la transmisión de mensajes en la Red, es independiente de la localización física. Los mensajes pueden ser transmitidos de una localización a otra, sin retraso y ningún tipo de participación de límites o fronteras geográficas. La red, permite la existencia de transacciones entre sujetos que no conocen, y en muchos caso, no pueden conocer la localización geográfica del otro individuo. La localización, sigue siendo importante, pero de un punto de vista virtual, considerando la "dirección" de las máquinas, entre las que se traspasa la información.

Este sistema no toma en cuenta la localización física de las computadoras, ya no existe conexión real entre la dirección en Internet y su localización geográfica en el mundo atómico. Otro autor norteamericano, Dan Burk, reafirma esta posición, al expresar que las reglas para las transacciones en línea son diferentes a las hechas en el mundo real.[34]El manifiesta que, es frecuentemente imposible determinar la localización física de un usuario de Internet. Para el autor, los protocolos de Internet, no fueron diseñados para facilitar la dirección geográfica de los usuarios. En Internet, las máquinas sí poseen direcciones, pero estas localizan a la máquina en el ciberespacio, y no en el espacio real. Aunque muchas direcciones de Internet incluyen también identificadores geográficos (ej.: minegocio.co.cr, para Costa Rica, o mybusiness.co.uk para Inglaterra), esto no siempre demuestra la realidad de la localización física de la computadora, la cual puede cambiarse de lugar, y mantener la designación. Además, muchos indicadores, no contienen referencia a ningún país, como los son las direcciones con .com, .net., .org, etc. No existe por lo tanto una coherencia entre las direcciones en el ciberespacio y el mundo real.

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 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

[34] Burk, Dan L, Jurisdiction in a world without borders, ver en Internet en www.findlaw.com.

"And how should the Internet be governed"[35], 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.

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.

Podemos notar que la posición de los autores mencionados, a los que se unen muchos otros, va encaminada a la no-intromisión de los Estados en el ámbito del ciberespacio. Para ellos, los Estados no pueden controlar actividades que se realizan fuera de un marco territorial. El poder de "Leviatán" desaparece, y se crea una dependencia en la regulación que los propios usuarios de la red determinen en cada campo. Es lógico que ésta posición ha sido muy atacada, y no podemos considerar que realmente sea válida en todos sus sentidos. Esto lo explicaremos posteriormente. Lo importante es determinar, que con esta posición liberal, se 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.

- **Tesis de la intervención Estatal:**

En el otro extremo, tenemos la posición radical, de que el ciberespacio no es más que un nuevo medio de comunicación, y al igual que los demás, debe y puede ser regulado por los Estados y las diferentes jurisdicciones mundiales. En Estados Unidos, el fiscal de

[35] Johnson, David R, y Post, David G, And how should the Internet be governed?, ver en Internet en http://www.cli.org/emdraft.html

Minnesota, es quizás, la figura que mayor aplicación ha dado a esta teoría, llegando a tales extremos que las críticas a su actuación han sido constantes por parte de abogados, fiscales y jueces de todo el resto de ese país. Su posición, aunque sustentada en la ley estadounidense, es símbolo de preocupación a nivel mundial, pues el tomar como válidos los criterios del fiscal, llegaría a perjudicar en mucho, al comercio electrónico y las actividades realizadas en el ciberespacio.

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.[36] 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 interese 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. [37] 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.[38] 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 intencionadamente

[36] Ver en Internet en http://www.state.mn.us/ebranch/ag/.
[37] Introduction to jurisdiction –fast facts-, ver en Internet en www.findlaw.com.
[38] Ver, Vartanian, Thomas, The confluence of international, federal and state jurisdiction over e-commerce (part II), ver en Internet en www.findlaw.com.

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 "WagnerNet", localizado en Belice, violentaba las leyes de apuestas de Minnesota.[39] Aunque la empresa alegó que la Corte del Estado de Minnesota carecía de jurisdicción parar resolver el caso, la Corte decidió que debido a la naturaleza de Internet, cualquier usuario podía en cualquier momento accesar al sitio WagnerNet, por lo que cuando algunos residentes de Minnesota, accesaron 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.

- **Las teorías intermedias:**

Contrario a las dos anteriores tesis extremistas, muchos otros autores han determinado sus propias consideraciones de lo que representa el tema de la jurisdicción de los actos realizados en Internet. Podemos decir que ésta posición se compone de todas las manifestaciones de muchos autores que simplemente, no han ido a los extremos, y definen características importantes para la regulación de Internet, las cuales se muestran dependiendo de cada acto en específico. Por ello debemos remitirnos a distintas posiciones de varios autores, para comprender estas teorías intermedias.

Una de las posiciones más interesantes, es la que asumen dos autores estadounidenses Wilske y Schiller, en su obra "International Jurisdiction in Cyberspace,

[39] Ver, Cooper, Henry M, Jurisdictional trends in cyberspace, en Internet en www.justice.com

which states may regulate the Internet"[40], 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. Conviene detallar sus explicaciones del tema.

Jurisdicción Legislativa: Como ya hemos visto, la jurisdicción legislativa implica la posibilidad de los Estados de realizar leyes sustantivas y procesales aplicables a individuos, y circunstancias particulares. Internet, resalta nuevas características de los principios que se derivan de este tipo de jurisdicción.

• *Principio de territorialidad:* En el ámbito del ciberespacio, este principio permite a un Estado el 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 ilegales. Los Estados tienen la potestad de controlar actividades que se realicen en su territorio, aunque estas actividades no se limiten al territorio nacional, y aún que el control sea poco efectivo. [41] 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[42].

Recordemos que en el Derecho Internacional los Estados podrían incurrir en responsabilidad internacional, si permiten la utilización de su territorio para actividades dirigidas en contra de otros Estados, por lo que se fundamenta el prohibir el acceso a sitios web basado en criterios de territorialidad.

Otro caso importante que se presentó en Francia, cuando bajo el principio de territorialidad, se permite al gobierno francés, el 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.

Para los autores, el principio de territorialidad, no permite la aplicación extraterritorial de las normas nacionales, y es por eso que, por ejemplo, un país Islámico puede obligar a un proveedor de servicios de Internet a bloquear el acceso de los usuarios al páginas que tengan información del libro "Los versos satánicos" de Salman Rushdie, pero no puede

---

[40] Ver, Wilske Stephan y Schiller Teresa. International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?, ver en Internet http://www.jmls.edu/cyber/index/juris1.html.

[41] Ver, Hiawatha Bray, UMass Shuts Down Web Site Containing Neo-Nazi Material, periódico Boston Globe, del 2 de febrero de 1996, pag. 28, en donde se explica que varios estudiantes de la universidad de Stanford y de Carnegie-Mello, han obtenido el material neo-nazi de Internet, no bloqueado por Deutsche Telkom, y han propuesto a otros el ponerlo en varios sitios web para que se imposibilite al gobierno alemán el prohibir los sitios nazis.

[42] Ver, Nathaniel C. Nash, Germans Again Bar Internet Access, This Time to Neo-Nazism, Periódico New York Times, del 29 de enero 29 de 1996, en sección D6.

remover estos sitios de la red en general. Bajo esta perspectiva, se facultaría a los Estados a limitar el acceso a toda información que resulte ilegal o nociva según consideraciones de cada país, lo cual es técnicamente muy complicado, es más casi imposible. Pero aunque no resulta práctico, es una potestad de los Estados, bajo el principio de territorialidad del derecho internacional, el realizar dichas actividades prohibitivas.

• *Principio de nacionalidad:* El derecho de los Estados de regular las conductas de sus ciudadanos o nacionales en el mundo, es poco controversial. El principio de nacionalidad es aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, por lo que muchas veces los proveedores de servicios de Internet y los mismos usuarios, se verán obligados bajo las leyes de su Estado nacional, el cual posee jurisdicción para ciertos actos. Los Estados deben respetar el orden internacional a la hora de aplicar criterios jurisdiccionales, evitando violentar la soberanía jurídica y territorialidad de las otras naciones, pero como ya se ha explicado, si además de la nacionalidad, se presentan otros elementos que definan que un Estado es el foro apropiado para juzgar un caso y aplicar su normativa, no existiría una violación internacional si algún Estado se adjudicara jurisdicción sobre actividades realizadas por sus ciudadanos en el exterior.

• *Principio de efectos del acto:* El primer caso, que contiene un elemento internacional, se presentó en Estados Unidos, y es conocido como *Playboy Enterprises contra Chuckleberry Publishing Inc.* Aunque, es un caso de derechos de marcas, y no de contratación internacional, representa una importante referencia para notar la aplicación del principio de efectos del acto en las actividades internacionales realizadas en el ciberespacio. En éste caso, un individuo publicó y distribuyó desde su servidor en Italia, gráficos de mujeres desnudas y escenas de sexo explícito a los "netizens"[43], 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 accesar 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.

Para Wilske y Schiller, esto demuestra que si un Estado limita los efectos de actividades de sujetos en otro país vía Internet, que puedan afectar a los ciudadanos nacionales y las leyes internas, entonces está respetando el derecho internacional, por lo que su decisión debe ser respetada. Es vital, tomar en cuenta la intención de un individuo en enviar información directamente a una jurisdicción, para que éste pueda ser llevado

[43] Término usualmente utilizado para referirse a los "ciudadanos" o usuarios del ciberespacio.

ante los tribunales del país en donde generó efectos esa actividad. Bajo el principio de los efectos del acto, se posibilita a los Estados el 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 efecto. Sin embargo, debido a que en Internet, muchas veces no existe la posibilidad de conocer hacia que jurisdicción se envía un mensaje, entonces se complica ésta posibilidad para los Estados. Esta es un área gris, que debe resolverse pronto, bajo el riesgo de impunidad en las actuaciones de sujetos que afectan el orden mundial.

• *Principio de seguridad estatal:* Bajo éste principio, se fundamenta la opción de los Estados de aplicar su legislación y juzgar a los crackers que se introduzcan desde otro país, en las bases de datos del gobierno y pongan en peligro la seguridad nacional con dichas actividades. Recordemos que crímenes como el espionaje, la falsificación de documentos oficiales y otros, son tales que permiten a los Estados ejercer potestades de jurisdicción ante los individuos que se encuentren en cualquier parte del mundo y que afecten a dicho Estado con estas actividades.

• *Principio de universalidad:* Definitivamente, crímenes como la incitación al genocidio, son considerados en todo el mundo, como delitos que atentan contra la naturaleza humana[44]. Se permite entonces a los Estados aplicar su jurisdicción a los individuos que realicen manifestaciones incitando el genocidio y otro tipo de crímenes contra la humanidad en Internet.

Jurisdicción Judicial: Para que un Estado pueda juzgar a un individuo, deben existir elementos suficientes que permitan ejercer jurisdicción. En los casos de actividades en Internet, el principio de universalidad es la excepción, pues aunque no existan elementos que relacionen al Estado con los hechos, cualquier país pueda aplicar su normativa y juzgar a quienes amenacen la dignidad humana con sus manifestaciones. Ya hemos visto que 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.

Jurisdicción Ejecutoria: 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

[44] Ver Estatuto del Tribunal Internacional para la persecución de los individuos responsables de serias violaciones al Derecho Humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia, en American Journal of International Law, pags. 639-640, Estado Unidos, 1993.

seguridad nacional, son importantes bajo el ámbito de la jurisdicción ejecutoria, en las actividades realizadas por los individuos en Internet.

Otro autor norteamericano, Satterlee Stephens, hace referencia en su obra "What jurisdiction controls", [45] 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 accesados 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 Tennesse 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 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. Patterson envió repetidamente copias de su software a Ohio y mantuvo contactos constantes con ese Estado, por lo que existía jurisdicción allí para juzgarlo.

Otra gran cantidad de casos en Estados Unidos, referentes al tema de la jurisdicción y ley aplicable a las actividades en Internet han sido resueltos utilizando estos criterios. Se ha determinado que lo importante en casos de ofensas, delitos y quebrantamientos de la ley vía Internet, es que el demandado tenga contactos directos con el Estados en donde se le pretende juzgar. No se llega al extremo del fiscal de Minnesota, quien considera que el sólo hecho de la existencia de la red de material que fuera ilícito en ese Estado, otorgaba jurisdicción a los juzgados de Minnesota. Para que una corte pueda tener jurisdicción, la actividad del sujeto que pretenderse juzgarse, debió dirigirse directamente al Estado en donde la ley ha sido violada.

Todo esto anterior, si bien no determina un criterio único y no es aplicable en materia internacional, demuestra, que también existen posiciones de muchos jueces y abogados que consideran necesaria y posible cierta regulación en Internet. En cuanto al ámbito internacional, una consideración personal, es que el panorama es complejo y debe analizarse cada caso para determinar cual es el camino a seguir.

---

[45] Ver, Stephens, Satterlee, What jurisdiction controls?, ver en Internet en http://www.ssbb.com/what.html.

El estudio de la jurisdicción a nivel internacional, nos muestra un camino a seguir al analizar como se resolverá un conflicto en un caso de compraventa en Internet. Será importante para cada compraventa que se presente, el análisis en primer lugar de si las partes han elegido un foro para la aplicación de las leyes y resolución de posibles conflictos. Ante la ausencia de dicho acuerdo, las reglas que hemos visto de derecho internacional público y privado, crean una posibilidad para regular por lo menos las compraventas en Internet. Un error de las posiciones liberales o de no intromisión, es que no toman en cuenta que muchas veces, no importa para el derecho en donde se hayan ejecutado los actos, sino en donde surten estos efectos. Dependiendo de esto el foro de un Estado u otro será el competente para aplicar su legislación y juzgar el caso. El hecho de que un acto se presente en el ciberespacio de Internet, no implica que nos encontremos ante hechos de otro mundo o algo similar. En el caso de compraventas de inmuebles, podemos ver que la aplicación de criterios de territorialidad, demuestran que la ley aplicable será la del lugar en donde se encuentre el inmueble. Por más que la operación se realice en el ciberespacio, o en dos distintos países, lo esencial es que los efectos se producirán en un Estado. En caso de compraventas de bienes inmuebles, será determinante analizar todos lo aspectos que rodeen la transacción, como nacionalidad de las partes, aspectos territoriales, localización del bien y otros, para definir cual será el foro más apropiado. Aunque algunos consideren que las actuaciones de los individuos, respecto a la compraventa, no se presentan en una localización física, sino virtual, y por ello ningún Estado puede regularlo, esto es un grave error. Si bien, Internet no es un espacio territorial, en cuanto a las compras realizadas por esa vía si se posibilita la aplicación de normativa de derecho internacional e incluso si las partes se encuentran en un mismo territorio, por respeto a los principios de territorialidad o incluso de nacionalidad de las partes, la aplicación de la ley será por parte del foro nacional.

Podemos ver un ejemplo, en el cual un individuo realice desde su computadora en El Salvador, una compra de un disco compacto, a una tienda virtual cuyo servidor se encuentre también en ese país. Se aplica un criterio de territorialidad, y por ende a la compraventa se le aplica la legislación de El Salvador y un eventual conflicto se resuelve ante los tribunales del mismo país. Si las partes fueran salvadoreñas, un criterio de nacionalidad refuerza este concepto.

Si nos encontramos ante un caso, en el que un individuo de Brasil, realiza una compraventa de 120 camisas a una tienda virtual cuyo servidor se localiza en Estados Unidos, los principios de derecho internacional privado serán importantes para decidir cual foro es el conveniente para analizar el caso. Como ya vimos, el principio de “actor sequitur forum rei”, es un principio importante en la contratación internacional, por lo que si surge un conflicto, es probable que el demandante vaya al foro del demandado a plantear el caso. Es claro que esto representa una complicación por la inversión de tiempo que representa el trasladarse a otro país para plantear demandas. Sin embargo es parte de las complicaciones que nacen por las facilidades para el comercio internacional que se presentan en Internet. Por ello, la creación de tribunales en el mismo ciberespacio es una alternativa factible, que podrían utilizar las partes de un conflicto para procurar resolverlo lo más eficientemente posible. Esto depende, eso sí, de que las partes elijan la utilización de las reglas de este tipo de tribunal virtual.

Por ello, una alternativa para los Estados, es la creación de convenciones internacionales, que decidan la creación de tribunales en el ciberespacio, ya que con esto no pueden desacreditar la validez jurídica de éstos nuevos foros. Es claro, que Internet es más que un simple medio de comunicación, y es por ello que no podemos limitarnos a aplicar leyes comunes en todos los casos. La WWW crea un espacio en el cual casi todos los sentidos se estimulan. La única diferencia con el "mundo real" es el tacto, por lo demás la realidad del ciberespacio es similar a la material. Por ello, no podemos compartir las posiciones de intervención del fiscal de Minnesota y otros individuos, que consideran que cualquier acto en Internet puede eventualmente ser sujeto de aplicación de la legislación de su foro. Internet no pertenece a ningún Estado, y la única alternativa para aplicar normas es analizar cada caso. La posición del fiscal de Minnesota violenta el derecho internacional, pues pretende regula en todos los casos un espacio internacional. Las normas del derecho internacional privado, surgen como una alternativa momentánea para resolver conflictos, pero debido a la cantidad de transacciones internacionales, y el pequeño monto económico de algunas de ellas, se ve necesaria la creación de nuevos mecanismos que representen la realidad actual. Por ello organismos con función de tribunales, en Internet, no son una mala opción para resolver el problema.

Según lo dicho por los autores Post y Johnson, para que un ente esté facultado para regular las actividades de los humanos, éste debe observar las reglas poder, manifestación de efectos, legitimación y posibilidad de información. Aunque ellos no lo consideren así, un tribunal en el ciberespacio, puede efectivamente, resolver el problema de jurisdicción y ley aplicable a los contratos e incluso a otros actos jurídicos. Los Estados son, al fin y al cabo, los representantes de varias colectividades de individuos, que en conjunto representan la población mundial. Internet, es un mundo virtual en donde interactúan estos mismo individuos, es un espacio global, por lo que una Convención Internacional sí puede regular las actividades en Internet. Por ellos la comunidad de naciones debe comprender la necesidad de crear, mediante un instrumento internacional, una nueva posibilidad para resolver los conflictos que se presenten en Internet. En el caso de las compraventas internacionales (no las nacionales, que ya vimos deben respetar criterios de territorialidad) un tribunal virtual puede ayudar a solventar el problema de la jurisdicción y ley aplicables a estos contratos por Internet. La Convención, en donde el tribunal se creara, indicaría las normas aplicables, y el tribunal resolvería los conflictos. Los Estados, tendrían el deber de ejecutar las medidas que el tribunal determinara. Es una acción, conjunta y compleja, pero viable Con una convención internacional, la manifestación de los efectos de las normas, se producen en todo el mundo, existe legitimación al presentarse un consentimiento de los Estados (representante de ciudadanos del planeta), y los medios tecnológicos y los comunes servirían para informar los cambios que se presentaran. Un objetivo importante, es otorgar la adecuada protección al consumidor, quien es la parte más débil de la relación contractual en Internet. Si todo esto se presenta, será factible que el régimen jurídico de las compraventas en Internet, sea tal que beneficie el desarrollo del comercio mundial.

* **Jurisdicción en Costa Rica**

Nuestro país, se ve inmerso en un mundo globalizado, en el que las transacciones por Internet han creado un complejo panorama legal. Sin embargo, por el momento el derecho internacional evita el caos y la anarquía. Ningún Estado puede violentar el

derecho internacional y adjudicarse la potestad de regular las actividades de Internet, por ellos deben limitarse a estudiar cada caso para determinar si se permite o no, la aplicación de normas nacionales. En el caso de las compraventas en Costa Rica, si las partes se encuentran en nuestro territorio, la ley aplicable será la costarricense. No importa que los actos de oferta y aceptación se presenten en Internet, pues la localización de las partes y de los bienes de la transacción determinará que los tribunales nacionales tienen jurisdicción para resolver el caso y aplicar nuestras leyes. Los artículos 31 al 43 del Código Civil crean las normas de derecho internacional privado necesarias para cada caso. Si el acto se ejecuta en Costa Rica, o las partes son nacionales, o el bien se encuentra en nuestro país, probablemente será nuestra ley la aplicable y el caso se verá ante nuestros tribunales. Si el caso presenta elementos internacionales, el foro más apropiado decidirá el caso.

* **Seguridad Transaccional y sus Elementos**

** LOS DESAFIOS DE LA ERA DIGITAL*

Más allá de los problemas jurídicos tradicionales del comercio mundial, las actividades mercantiles realizadas en Internet presentan otro tipo de dificultades que pueden impedir el crecimiento del comercio electrónico, y con ello se crea un difícil panorama para la existencia de compraventas en el ciberespacio. Según una investigación divulgada el 2 de agosto del 2000, realizada en el Reino Unido, la mayor parte de los entrevistados desconfían de la seguridad que Internet ofrece para las transacciones. [46] En un inicio, afirmamos que el comercio electrónico era multidisciplinario; ahora debemos tomar en cuenta dicho comentario, ya que parte del problema de la seguridad transaccional es tecnológico y parte jurídico. La correcta alianza entre los medios tecnológicos y el derecho, será la que beneficiará al comercio en Internet, lo cual hoy en día no se ha presentado y por ello debemos adentrarnos en este tema de manera que queden planteados los desafíos jurídicos que la Era Digital trae consigo. La seguridad jurídica transaccional en Internet, dependerá de la validez que se le otorgue a los documentos, y esto sólo se presentará si tecnológicamente esas transacciones ofrecen seguridad, lo cual se presentará en cinco aspectos; el tubo, origen, no repudio, encriptación y hora y fecha. En este documento no entraremos en detalles sobre estos aspectos, más detallaremos el porqué debe ofrecerse la posibilidad de equiparar los documentos electrónicos con los tradicionales documentos en papel.

1- La validez de los documentos electrónicos:

La mayor parte de legislaciones de los Estados, carecen actualmente de normas que regulen y ofrezcan validez jurídica a los documentos electrónicos. Esto genera un grave conflicto en el que muchos pretenderán negar los efectos que produzca un documento, por el sólo hecho de encontrarse el medio de expresión de la voluntad en un medio electrónico. Sin embargo, ya son varios los autores e incluso algunos Estados, los que se han manifestado al respecto, procurando en su mayoría se lo otorgue validez legal a los documentos electrónicos. Es claro que el régimen jurídico de las compraventas en

[46] Artículo Desconfianza en Internet, Periódico La Nación del 3 de agosto del 2000, pag. 31-A, San José, Costa Rica.

Internet, dependerá de la validez que se le otorgue a las manifestaciones realizadas digitalmente, ya sea la oferta, la aceptación u otras tratativas entre las partes del contrato.

El tratamiento por los medios informáticos, permite la sustitución del soporte en papel del contenido de los documentos. Nos encontramos en medio, de una transición entre la economía basada en papeles y una economía electrónica-digital. El resultado de esto, es la disminución de los costos para miles de empresas y sujetos alrededor del mundo, pero también la creación de un nuevo paradigma, que confunde las legislaciones mundiales, en las cuales los medios electrónicos no fueron analizados para la creación de normas.

Es nuestra consideración, que el documento puede serlo tanto si se encuentra en papel, como si se encuentra en medios electrónicos. Muchos autores han coincidido en que el documento como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ni con el papel como soporte, ni con la escritura como unidad de significación.[47] El documento electrónico, se debe concebir como un medio de expresión de la voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, informática o telemática.

En nuestro país, ya se han presentado varias normas que validan los documentos electrónicos, lo cual es un paso importante, aunque sin embargo en cuanto al los contratos sigue existiendo un vacío. La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 6 bis otorga validez y eficacia a los archivos de documentos y toda aplicación tecnológica almacenada por medios electrónicos, informáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial. Con esto los jueces y las partes pueden hacer uso de documentos digitales, mientras se garantice la autenticidad, integridad y seguridad del contenido del documento.

Por su parte, la Ley General de Aduanas en su artículo 7 permite el enlace electrónico entre oficinas públicas relacionadas con el Servicio Nacional de Aduanas, pero aún más importante es lo que se establece en el Capítulo VI de “Aplicación de sistemas informáticos”, en donde se posibilitan las declaraciones por medios electrónicos, y se otorga validez a los documentos que se presenten en formato electrónico. Otra ley que hace mención a la utilización de medios electrónicos es la Ley del Mercado de Valores, la cual posibilita a las entidades fiscalizadas a comunicarse por estos medios con las diversas superintendencias.

La autora venezolana, Mariliana Rico, dice en su obra “Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica”, que “si analizamos la noción tradicional de documento referida al instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, vemos como el documento electrónico cumple con los requisitos del documento en soporte papel en el sentido de que contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico) en lenguaje convencional (el de los bits) sobre soporte (cinta o disco), destinado a durar en el tiempo”. Por ello el documento electrónico no puede invalidarse, pues es comparable legítima y lógicamente con los documentos en papel.

---

[47] Ver, Rico Carillo, Mariliana, Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica, en Internet en http://derecho.org/redi.

Por su parte, algunos Estados como España, han regulado estos documentos electrónicos, lo cual implica, una tendencia a la aceptación de dichos documentos. La ley 30/1992 del 26 de noviembre, del "Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", otorga validez al documento electrónico, al disponer en su artículo 45.3, que "los documentos emitidos cualquiera que sea su soporte, por medio electrónicos, informáticos o telemáticos por la Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios gozarán de la validez y eficacia del documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes".[48]

La Ley Modelo de Comercio Electrónico, de la CNUDMI, establece el criterio de equivalencia funcional, con respecto a la validez del documento electrónico y su equiparación al documento en soporte papel. Aunque esta Ley, no representa más que una recomendación para los Estados, estos deben tomar en cuenta las modernas concepciones que allí se establecen, para fortalecer la economía mundial. En el título de "Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos", el artículo 5 de la Ley, expresa que "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos". El término "mensaje de datos" se aclara en el artículo 1 de la misma Ley, en el cual se expresa que es "... la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, óptico o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax". Según estos preceptos, el contenido de un documento electrónico, surtirá los mismos efectos que el contenido en papel, "la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto a todo acto jurídico, la cumple igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos".[49] El principio establecido en la Ley de "equivalencia funcional", determina entonces, que no se puede tratar en un plano de discriminación a los mensajes de datos, por el sólo hecho de no tener un soporte en papel, y que más bien, es equivalente a los documentos con dicho soporte.

Dice la autora Rico, que la Ley Modelo aborda cinco problemas de equivalencia funcional: el documento escrito, la firma electrónica, originales y copias, el problema de la prueba y la conservación de los mensajes de datos. Respecto al documento que deba constar por escrito, el artículo 6.1 de la Ley, enuncia el principio expresando que "cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta". Para la autora, lo importante a la hora de equiparar los efectos jurídicos de un documento contenido en soporte papel a un documento electrónico, es la posibilidad de recuperación del mensaje en el sentido que su contenido sea accesible posteriormente y reconocido por las partes o terceras personas, con esta exigencia se da cumplimiento al requisito solicitado para los documentos tradicionales de duración en el tiempo.

---

[48] Id.
[49] Id.

Otro aspecto importante, es la fuerza probatoria que la ley otorga en el artículo 9 a los documentos electrónicos. Dicho artículo expresa que "la información presentada en un mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria". Manifiesta la autora Rico, y concordamos en esto, que "con respecto a la validez de los documentos electrónicos originales se exige una garantía fidedigna de conservación en su integridad y para que las copias sean admisibles como medio de prueba, rige el mismo principio establecido para los documentos tradicionales, en tal sentido un documento electrónico no original puede servir como medio de prueba siempre que dicho documento cumpla con los requisitos que se exigen para que la copia del documento tradicional pueda servir como prueba". Con esto se le otorgaría validez no sólo al documento original, sino a las copias de éste, las cuales son básicas en el ámbito del comercio electrónico.

Otra autora, María de los Angeles Martín, considera con respecto a este punto, que " ha de atenderse, consecuentemente, a dos cuestiones fundamentales: a- la consideración como documento de los soportes informáticos, en general; y b- la asunción de obligaciones mediante estos medios, siempre que sean documentos auténticos. Este y no otro es el problema: la conservación de los mensajes electrónicos en su forma original sin que sea posible su manipulación ulterior, o su borrado ocasional o su extravío o pérdida y la constancia e identificación del emisor y receptor".[50] Un documento para tener relevancia jurídica, debe reunir los elementos necesarios que determinen su autenticidad, autoría y asunción del contenido. Consecuentemente, el documento electrónico, sólo podrá ser admisible como medio de prueba, si se asegura que cumpla con estos requisitos de autenticidad, integridad y verificación.

Expresa Martín, que "un documento en soporte de papel obliga a los firmantes en la medida que se considera la voluntad vertida en el mismo, como consecuencia directa de las firmas autógrafas que en él se recogen, atribuyéndose a las partes el contenido del clausulado, salvo que se demuestre vicio en el consentimiento. La firma de cada uno de los contratantes, determina el nacimiento de obligaciones, como manifestación de la voluntad expresada. En los documentos electrónicos, que generen obligaciones, deben cumplirse los mismos requisitos." La firma electrónica, es por lo tanto la solución al problema de la legitimidad de los documentos electrónicos, pero esto se verá un poco más adelante.

Por ahora es importante notar, que la consideración general es la de otorgar validez a dichos documentos electrónicos, por lo que en lo que respecta a las compraventas por Internet, todos los actos que determinen este contrato, poseerán validez jurídica, sin importar su condición digital. Un contrato electrónico es simplemente aquél que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico. Nos encontramos ante una nueva modalidad para la formación del consentimiento y por ello tanto a nivel mundial como en nuestro país se debe considerar válidos a dichos contratos.

Recordemos que con respecto a las compraventas nacionales, estas son un "contrato traslativo de dominio mediante el cual una persona, denominada vendedor, transmite o se obliga a transmitir a otra, llamada comprador, la propiedad de un bien corporal a cambio

---

[50] Martín Reyes, María de los Angeles, El documento y la firma electrónica. Nuevas perspectivas en la contratación, ver en Internet en http://derecho.org/redi.

del pago de un precio determinado. [51] Debe cumplir con los requisitos de corporalidad, comerciabilidad, existencia, y determinación o determinabilidad. Además al ser un contrato consensual que se perfecciona con el simple acuerdo en cosa y precio, lo que se establece la ley en los artículos 1007 y 1049 del Código Civil y 442 del Código de Comercio. Esto aunado al hecho que el artículo 1008 del Código Civil establece que "la manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca", nos hace concluir que en Costa Rica, los documentos electrónicos, referentes a manifestaciones en un contrato de compraventa, si presentan validez jurídica si cumplen con los requisitos mencionados. La expresión "por escrito" se cumple con los documentos electrónicos, pues nunca se determina una obligación para que se realice el contrato en papel.

Cabe la apreciación de que al ser Costa Rica un país, en donde el juez tiene libre apreciación de la prueba los documentos electrónicos son admisibles. Dice la autora Rico, que "el documento electrónico es admisible en los países de sistema de libre apreciación de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica para aquellos medios de prueba no excluidos en forma expresa en la ley, en ese sentido el juzgador le deberá atribuir los efectos y fuerza probatoria después de una adecuada valoración y comprobación de autenticidad". Lleva razón en este sentido esta autora, pues la libre apreciación que el juez tendría en un eventual caso de conflicto en una compraventa, determinará que los documentos electrónicos pueden ser considerados como prueba lícita y posible. No debe rechazarse la existencia del contrato o de sus manifestaciones, por el simple hecho de no estar firmados de puño y letra por los contratantes, pues la firma puede sustituirse por nuevos medios de identificación, como las claves secretas y la firma digital.

[51] Sala Primera de Casación de Costa Rica, sentencia No. 340 de las 14:50 horas del 5 de diciembre de 1990.