

LOS ACTOS JURÍDICOS ELECTRÓNICOS Y LA ERA DIGITAL

*Jorge José YAIPÉN TORRES**

RESUMEN

Los antecedentes de nuestro entorno digital nos adentran en un sistema de oportunidades contractuales a través de medios digitales, este entorno significó un cambio profundo en el derecho de la sociedad electrónica, cuya influencia se debió al desarrollo del comercio y de la economía de mercado. Los primeros intentos de una regulación en el comercio electrónico significaron una regulación en los actos jurídicos, desde el punto de vista del derecho civil, que bien puede ser adaptado al derecho empresarial.

Nuestro Código Civil en su libro segundo contempla al acto jurídico como una manifestación de voluntad que puede materializarse a través de medios electrónicos u otros análogos. Nuestro derecho no es ajeno a las innovaciones que la tecnología contribuye, porque analizar las perspectivas e implicancias de los actos electrónicos en la sociedad digital es de vital importancia, para vislumbrar una posible modificación a nuestro marco normativo.

PALABRAS CLAVE

Sociedad Electrónica / Comercio Electrónico / Acto Jurídico / Ciber-comercio / E-commerce / Sociedad de la información.

SUMARIO

Introducción. 1.- Los antecedentes. 2.- La sociedad de la información. 3.- El derecho en la sociedad electrónica. 4.- La economía en la evolución de redes informáticas. 4.1.- Fortalecimiento del ciber-comercio. 4.2.- Tendencia hacia la regulación del comercio electrónico. 4.3.- La economía digital. Avances y proyección del comercio electrónico 5.- Primeros intentos de regulación en el comercio electrónico. 5.1.- Los actos jurídicos electrónicos. 5.2.- La tecnología neutral en las relaciones humanas. 5.3.- La buena fe como pilar del contrato electrónico. 5.3.1.- Tipología de la buena fe. 5.3.2.- La buena fe contractual. 5.3.3.- El derecho de las obligaciones y fuentes del derecho electrónico. 5.3.4.- El papel de la autonomía privada y los principios de contratación electrónica. Conclusiones.

* Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema jurídico peruano tiene como base el derecho romano germano, teniendo enormes aportaciones de la revolución de los sistemas de comunicación y tecnológico, conocido como ERA DIGITAL; sobre la base del derecho informático, la comunidad jurídica reconoce al derecho una herramienta de control y gestión de obligaciones; la base del derecho informático y del progreso del comercio electrónico es que los actos jurídicos, los negocios jurídicos han llegado a tener ciertas modificaciones en la forma de representarse, propio de un sistema de negocios globales.

La sociedad electrónica o también llamada como comunidad digital, es aplicable al estudio de los actos jurídicos, enmarcado en la manifestación a través de medios electrónicos; cuyas implicancias repercuten en temas como el comercio electrónico, la seguridad jurídica, defensa al consumidor, incluso en la atención con el derecho administrativo; en donde las nuevas tecnologías vienen siendo aplicadas tanto para la administración privada como para la administración pública, amén a las experiencias de administraciones como la colombiana, chilena, mexicana y canadiense, en donde la actuación administrativa a través de medios electrónicos, documento electrónico, es una forma serie de masificación de la declaración de la voluntad responsable, con consecuencias jurídicas relevantes¹.

El crecimiento que ha experimentado la Internet en los últimos años es mucho más rápido que cualquier otra tecnología, convirtiéndose en una poderosa herramienta de trabajo, disminuyendo los costos de comunicación, decreciendo el periodo de tiempo necesario para ofrecer los productos y servicios, reduciendo los costos de transporte y distribución, y permitiendo alianzas comerciales más amplias, entre otras cosas. A medida que Internet avanza y supera quizá todas las expectativas, las empresas y organizaciones aprovechan para innovar y mejorar la calidad en sus servicios, como por ejemplo la realización de encuestas, promociones, y mucho más².

Cada día se innovan nuevos mecanismos electrónicos, en donde el derecho está inmerso en estos avances, por lo que una adaptación y/o regulación en las relaciones jurídicas de las empresas nacionales y privadas a través del empleo de medios electrónicos, en donde los actos jurídicos son la base de las relaciones jurídico-sociales dentro de un contexto de obligaciones sujetos al pacto

¹ En cuanto al derecho comercial y financiero, el derecho electrónico ha tenido una participación ejemplar, aprovechando los avances tecnológicos de las empresas digitales como Time Warner, las aseguradoras digitales en relación con el cumplimiento de las obligaciones y pactos internacionales.

² Considero que el éxito del derecho, como ciencia jurídica, no se manifiesta en impartir normas, sino dar a conocer la nueva gama de posibilidades para agilizar las relaciones jurídicas que en el campo físico adolecen de caracteres de tiempo y espacio, sin menguar las aplicación propias de los sistemas informáticos que nos permiten los bloques comerciales virtuales o foros empresariales comerciales.

sunt servanda, siempre que cumplan con los requisitos de validez, para el derecho común a través del Internet o medios electrónicos, en relación con las tecnologías siempre está un paso adelante del derecho, y es fundamental que el derecho se desarrolle en este esquema socio-empresarial para regular mejor las relaciones jurídicas jurídico-virtuales.

1.- LOS ANTECEDENTES

Sabiendo que la ciencia del Derecho está en un constante cambio y ajuste de los medios de manifestación masiva, e influencia en las relaciones jurídicas, el derecho se ha valido del avance digital para desarrollarse nuevamente y reinventar las regulaciones en materia contractual y comercial.

Aunado a esto, el fenómeno de la globalización y digitalización de masas ha alcanzado enormes avances en la tecnología y el sistema jurídico no está exento de regulación, con los beneficios de acortar distancias, comunicación inmediata, reducción de problemas al tiempo que produce otros nuevos en el campo de las relaciones jurídico-digitales.

Los alcances normativos de carácter comercial impulsado por las naciones de los cinco continentes y de organizaciones internacionales, así como los estudios de desarrollo de mercado, contribuyen al avance de un marco jurídico de un mercado común internacional, teniendo como horizonte la promoción del comercio electrónico, y la protección de los derecho comerciales para productores, vendedores y el resguardo de los intereses de los consumidores³.

La influencia con las telecomunicaciones unido a la Internet desarrolla nuevos software y sistemas informáticos internacionales que permiten la masificación de los contratos y el comercio electrónico, pero por cada contrato y por cada avance en las manifestaciones del comercio electrónico, el derecho solo puede aproximarse vagamente a las relaciones jurídicas de contratación y comercialización a través de medios electrónicos, los mecanismos alternativos de conflictos (arbitraje y conciliación electrónica), los mecanismos reguladores de contratación y comercialización electrónica (protección y defensa al consumidor y a la propiedad intelectual), los mecanismos de perfeccionamiento de la voluntad a través de medios digitalizados (la participación del notario electrónico en los actos jurídicos digitales), los dispositivos de pago y crédito a través de los servicios digitales (bancarización electrónica y derecho bursátil digital) y los beneficios de la tecnología aplicados a sistemas de gobierno y dirección para las empresas privadas y estatales.

³ Es debido a este avance que las naciones y organizaciones internacionales han mostrado su preocupación por estos nuevos problemas que surgen a raíz del avance digital.

Es por ello que las demás ramas de estudio del Derecho, como son: el Derecho Cartular (Títulos Valores), el Derecho Tributario, Notarial, Arbitral, Concursal, Protección al consumidores, así como el Derecho Administrativo (en aplicación con el gobierno electrónico), el Derecho Penal (no solo limitando los delitos informáticos, sino todas los tipos de delitos internacionales cometidos por ciber-delincuentes), todos ellos teniendo como punto de partida el desarrollo de la teoría del derecho electrónico, que es una extensión de la teoría del derecho común aplicable a los medios electrónicos o mecanismos digitalizados de concentración⁴.

De esta manera tenemos ante nosotros es posible presentarse una nueva rama del derecho, que si bien es cierto en un primer momento no parece modificar la realidad jurídica actual, la función del derecho para vincularse con la realidad social y su labor reguladora de conductas que permitan el normal desarrollo de las relaciones jurídicas, posee principios y una metodología propia del soporte digital en que se desarrolla y cuyo marco normativo vigente requiere de aplicaciones prácticas que superen los problemas y/o controversias en el desarrollo de cada institución jurídica.

2.- LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Visto en perspectiva, cuando se recuerda la forma en la que existía Internet en los primeros años, la sensación que queda es de algo ciertamente rudimentario. Por una parte, era un servicio que se utilizaba en puntos determinados ya que al depender de una conexión fija, la capilaridad de la red fija delimitaba completamente el lugar del acceso. También, era necesario disponer de un ordenador personal fijo lo que también limitaba la movilidad y las franjas horarias en las que se producía la conexión.

El desarrollo de la BAM⁵ es sin duda el elemento disruptivo que está permitiendo derribar estas limitaciones. De hecho, durante el año 2012 la BAM ha sido sin ninguna duda la tecnología con mayor ratio de crecimiento en el terreno de las telecomunicaciones. La tecnología del BAM es vista como una tecnología complementaria a la BAF⁶, de hecho la gran mayoría (87%) de los que tienen BAM poseen también BAF. Lo cual es lógico ya que son dos tecnologías con diferentes características, mientras la BAF permite unas mayores velocidades tanto de subida como de bajada y no suele tener limitaciones de consumo, la BAM tiene restricciones en esos aspectos ya que existe una limitación de recursos del espectro; sin embargo la BAM permite la conexión libre desde

⁴ Los mecanismos centralizados de concentración a los que hago alusión, hacen referencia a los sistemas interactivos, software y operadores digitales que concentran la información, la trasladan y sirven de enlaces en las relaciones social y comercial de las personas a través de la red.

⁵ Banda ancha móvil.

⁶ Banda ancha fija.

cualquier área en la que haya cobertura lo que favorece la ubicuidad y que el usuario pueda estar permanentemente conectado.

La disponibilidad de varias tecnologías de acceso, hace que los usuarios hagan un uso mayor de todos los servicios de la sociedad de la información que el resto de internautas⁷.

3.- EL DERECHO EN LA SOCIEDAD ELECTRÓNICA

La sociedad contemplada como el conjunto de seres racionales y de racionalidad, corporales e incorporales, forma un sistema armónico interrelacionado con los fines propios.⁸ La sociedad como sistema es una unidad globalizadas, integrada por distintos elementos interactivos⁹, que dan lugar a distintos subsistemas sociales¹⁰.

Cualquiera que sea el tipo de sociedad, todas ellas tendrán como punto común el capital humano, integrado por grupos pensantes, clases sociales, movimientos y agrupaciones que se integrarán en determinados sectores¹¹ dentro de una sociedad, en donde los sujetos se acuerdo a la posición que ocupen, tendrán un determinado STATUS¹², que con las manifestaciones sociales, desarrollan multitudes de relaciones.

⁷ Teniendo una comprensión amplia de los sistemas comerciales de masificación de información como los sistemas Facebook, wassap, entre otros. Por ejemplo, si nos centramos en el colectivo de personas que tienen acceso fijo y móvil (uno de cada 3 internautas), estos utilizan el Wi-Fi de forma más habitual (86,2% frente a 54,6%) que los usuarios que solo tienen BAF. Este grupo de personas se conectan desde un número importante de dispositivos (2,4 dispositivos de media) y utilizan el TABLET un 400% más que la media de internautas. También su comportamiento es mucho más activo en otros sentidos; mucho más ubicuo ya que se conectan desde casa y fuera de casa un 300% más que el resto de internautas; utilizan muchos más servicios, como acceder a contenidos mediante STREAMING. El STREAMING (también denominado transmisión, lectura en continuo, difusión en flujo, lectura en tránsito, difusión en continuo, descarga continua o media-flujo) es la distribución digital de multimedia a través de una red de computadoras, de manera que el usuario consume el producto (generalmente archivo de video o audio) en paralelo mientras se descarga. La palabra streaming se refiere a una corriente continuada, que fluye sin interrupción.), con un incremento de 30 puntos porcentuales, o a redes sociales con un incremento de 20 puntos porcentuales; y los utilizan mucho más asiduamente, por ejemplo entre los que se descargan música, el grupo de los que lo hacen semanalmente es 8 puntos porcentuales superior entre los internautas de este perfil.

⁸ La idea de Bien Común se basa en el estado de Bienestar General de la persona o personas, destinadas a satisfacer cada una de sus necesidades y en el que el Estado es un participante más de ese proceso.

⁹ Catalogo como elementos interactivos porque ninguno de ellos permanece estático en el desarrollo de las sociedades. Basada en la concepción de debitud del Derecho extraída de GARCÍA GARRIDO Manuel, *Derecho Privado Romano. Casos-Acciones-Instituciones*, 7ma Edición, Ed. DYKINSON, Madrid, 1998, pp. 153-157.

¹⁰ El subsistema Económico, que comprende las leyes de la oferta y demanda; el Subsistema de la política, que abarca los lineamientos políticos en la historia de los tipos de gobierno, pasando desde la autocracia hasta la democracia; el subsistema Religioso; y el subsistema jurídico, que trata sobre las instituciones jurídicas y su influencia en la sociedad, razón por la cual el Derecho es una ciencia útil y la producción de normas jurídicas son el resultado de un estudio de la realidad social vigente; entre otros.

¹¹ Los sectores al que hago referencia es el conjunto de agrupaciones que se desarrollan dentro la comunidad digital, como son los sectores empresariales, los sectores o foros informativos e incluso sectores masivos para acciones de ocio como el intercambio de información coloquial, fotos, música y demás mecanismos interactivos en la red.

¹² Palabra latina que denomina posición o lugar en que se ubica una persona dentro de la sociedad.

Esta vida en sociedad en la que se desenvuelve diversas relaciones personales entre particulares o entre éstos y un grupo social, es el escenario para la participación del derecho dentro de las relaciones jurídicas.

Frente a este impacto, las TIC¹³ han impactado violentamente en el Derecho y las Leyes, no solo a nivel institucional, sino a nivel específicamente legal y económico. El sistema bancario, la moneda, las comunicaciones y los derechos intelectuales son las primeras atribuciones afectadas con este impacto. En el tema de derechos del consumidor, derecho laboral y el derecho a la privacidad; así como todo se ve integrado dentro de la web, así se integran también los distintos ámbitos del Derecho, relacionándose e interactuando como nunca antes se ha visto¹⁴.

Las innovaciones tecnológicas de la información comenzarían a alterar la forma de hacer negocios y de crear valores como el dinero, tres años después, como un presagio que se hacía realidad empezando por la sociedad argentina, que adoptaba la influencia de Europa, las transacciones realizadas a través de Internet y de correo electrónico.

En la exposición de motivos, el Dr. Carlos de Paladella lo explica de la siguiente manera: “Si bien el valor de las transacciones realizadas a través del comercio electrónico todavía es pequeño en relación a la economía en general, lo cierto es que este comercio está creciendo en un porcentaje enorme. Lo más importante que podemos destacar de este desarrollo es el cambio que se está produciendo en cuanto a los procesos de negocio. Tanto las empresas tradicionales como las empresas basadas en tecnologías de la información están introduciendo nuevos conceptos de procesos de negocio orientados hacia comercio electrónico, en un esfuerzo por bajar los costos, mejorar la relación con el cliente e incrementar la productividad¹⁵.”

En el foro de Derecho de la Universidad del Rosario (Argentina) cada vez se ven más abogados abocados al Derecho Informático. Pero, ¿qué es el Derecho Informático? Por un lado se lo puede definir como un conjunto de principios y normas que regulan los hechos jurídicos que nacen entra la relación del derecho con la informática. Sin embargo, también se especializa en el tema de la

¹³ Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

¹⁴ http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie12/aplicacion_sie/ParteA/datos.html

¹⁵ PALADELLA SALORD, C., “El derecho en la era digital: aspectos jurídicos de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (II Parte)”, en *Revista Electrónica de Derecho Informático*, No. 14, 1999, pp. 13-29.

informática, sus usos, sus aplicaciones y las implicaciones legales de la misma. Uno de los temas más controvertidos hoy en día con respecto al Derecho Informático son los derechos de autor¹⁶.

El problema es hasta dónde, y con respecto a qué esos derechos tienen efecto; si esto ya de por sí es un tema de debate actualmente, la era digital no sólo no ayuda, sino que agrava la situación gravemente. La reproducción masiva de las obras se hace increíblemente posible gracias a Internet y a las nuevas tecnologías digitales y de redes informáticas. Las personas descentralizan esta reproducción y copia, ya que cada persona tiene su ordenador personal, el cual se convierte en una especie de imprenta o centro de copiado, reproducción y hasta venta. Los magnates de la edición, de la música y del cine dejaron fuera de la ley a las fotocopiadoras, las grabadoras de cintas de audio, los video-cassettes y ahora, también a los internautas y tecnologías de piratería del S. XXI.

Sin embargo, el gran problema que se plantea hoy es hasta dónde llega la regulación industrial y hasta dónde se restringen las libertades de los individuos¹⁷. Por otro lado, la ley se ve muy desafiada, ya que es realmente muy difícil luchar contra la copia ilegal de obras a nivel informático. Localizar y castigar a quines cometen violaciones sobre los derechos de autor es una tarea ardua y extremadamente difícil de satisfacer, por la masividad que caracteriza a estas acciones. Si una de tus obras intelectuales se ve violada al igual que tus derechos de autor, no dudes en consultar en el Foro de abogados de Rosario, seguramente podrás encontrar un abogado que pueda ayudarte y asesorarte con respecto a este tema.

Pero no solo la era digital ha agregado una nueva rama en el Derecho Argentino, sino que además está permitiendo agilizar las tareas legales que todo abogado o Juez debe realizar en sus tareas diarias. La Procuración General de la Nación, en su resolución PGN 71/11 firmada por el Procurador General Esteban Righi, ha resuelto que todas las notificaciones que se dirijan a los fiscales de Rosario y de todo el país, se puedan realizar por correo electrónico, bastando una simple confirmación de recepción y lectura para que se los de por notificados. Así pues de forma similar las resoluciones del Ministerio Público seguirán notificándose vía oficio judicial en papel. Las resoluciones a abogados fiscales de Rosario y de todo el país, unidades especializadas y áreas de la

¹⁶ Los derechos de autor son los derechos que tiene el propietario de una obra para controlar el uso que se hace de la misma.

¹⁷ Razón por la cual la mayoría de trabajos de comercio internacional, solo se centran en la contratación y comercio electrónico, limitándose a una aplicación del derecho común a través de su manifestación en medios electrónicos, o bien, en un traslado de los principios consagrados en el derecho de obligaciones y derecho comercial a través del soporte electrónico, sin mediar principios propios, produciendo nuevos problemas en su desarrollo y aplicación práctica.

procuración general deberán estar firmadas digitalmente por la Oficina de Protocolización, Digitalización y Notificaciones¹⁸.

Esta resolución tiene su antecedente en una prueba piloto realizada en el año 2006, por 15 fiscalías generales y otros, utilizando el correo institucional con firma electrónica. Esta resolución, por otro lado, va acompañada por la resolución N° 83/08 donde se obliga a los magistrados, funcionarios y empleados el deber de verificar al menos una vez al día el correo electrónico de sus cuentas oficiales: ...“El desarrollo de la sociedad es el resultado de un trabajo en la búsqueda de la regulación de la conducta humana dentro de la sociedad”... Frente a este nuevo panorama en donde la tecnología desarrolla gran parte de los actos jurídicos e influye en las decisiones finales, es necesario plantearse la influencia del derecho en la sociedad de la información, para llevar a una sociedad electrónica.

4.- LA ECONOMÍA EN LA EVOLUCIÓN DE REDES INFORMÁTICAS

Nacida como un sistema de comunicación estrictamente diseñada para los sectores militares de las fuerzas armadas americanas durante los años 60, la Internet ha tenido gran acogida por los sectores privados y familiares, quienes lo han colocado en la nueva forma de navegación masiva de información (lo que en su momento fue el telégrafo, el correo y el teléfono), cuya influencia con la tecnología, nos ha llevado a un nuevo tipo de especialización económica: la economía de la información.

La economía de la información es la forma de tratamiento de la Información, aprovechando la rapidez con que esta llega para predecir el rumbo económico de una determinada empresa.¹⁹

Las empresas de esta nueva economía se dedican esencialmente a la explotación de los negocios de computación, alta tecnología, adquisición de software y transmisión de agregados²⁰.

4.1.- FORTALECIMIENTO DEL CIBER-COMERCIO

El crecimiento de la promoción del comercio mediante las transacciones electrónicas trae consigo la oportunidad de la transferencia de productos y servicios, es decir la venta de productos y la

¹⁸ RINCON CÁRDENAS, Erick. *Contratación Electrónica*, Ed. Universidad Del Rosario, Bogotá, 2001, p. 17.

¹⁹ No olvidemos que la Información es el elemento vital al momento de tomar una decisión, por lo que la asimetría de la información, siempre será un problema que resolver al momento de contratar y cumplir las obligaciones emanadas del contrato.

²⁰ En un momento, las compañías como “punto-com” lograron un crecimiento mayor al del índice tradicional de la bolsa de Nueva York (hecho que llevo a convertir a los inversionistas del Internet en los nuevos millonarios, tan solo por un corto tiempo). El rápido crecimiento que tuvo en la bolsa electrónica de Nueva York, permitió la cotización de 5.000 títulos dentro de las cuales destacaron las tres más grandes empresas por capitalización del mercado, como son la extinta Cisco System, y las poderosas Intel y Microsoft.

promoción de servicios internacionales en el mercado mundial de forma ágil, rápida, abriendo todo un abanico de oportunidades a empresarios que no conseguían una ocasión favorable de inversión en el mercado tradicional²¹. Su objetivo es impulsar el desarrollo del comercio electrónico, prestando servicios de aceleración comercial a través de actividades académicas y asistencia a empresas con alto potencial de crecimiento a nivel nacional, impulsando el emprendimiento tecnológico, la adecuada apropiación de las TIC y las buenas prácticas en Internet, que junto a instituciones líderes del sector, ayudará al fortalecimiento de la competitividad del país²².

4.2.- TENDENCIA HACIA LA REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

La regulación en el derecho es una tendencia del derecho positivo regulado en su manifestación de las relaciones jurídicas.²³

No olvidemos que la Internet es una red de alcance mundial, en la cual convergen millones de computadoras de diversos países, organizaciones, entidades, empresas y personas en general, que se encuentran unidas entre sí a través de este sistema.

Diversos tratados se les ha atribuido al termino Internet, desde los buscadores clásicos como google, yahoo, entre otros hasta los diccionarios de las más diversas tipologías contienen distintas definiciones de la Internet, todo esto con el fin de mostrar las distintas concepciones que de este sistema existen:

- Desde un punto de vista meramente técnico, la Internet es un “sistema de redes de computadoras enlazadas, con alcance mundial y de continuo crecimiento, que facilita los servicios de transmisión de datos como el inicio de sesión remoto, transferencia de archivos, correo electrónico, World Wide Web, y grupos de noticias. Internet, la cual descansa sobre un protocolo de comunicación TCP/IP, asigna a cada computadora conectada una dirección Internet única, conocida también como dirección IP, con el fin que dos computadoras conectadas puedan localizarse entre sí en la red para intercambiar datos”²⁴

²¹ El Ciber-comercio es conocido como el proceso de promoción del comercio mediante transacciones electrónicas.

²² Véase al respecto el portal en LinkedIn de la Cámara Peruana de Comercio Electrónico, disponible en <https://pe.linkedin.com/company/camara-peruana-de-comercio-electronico>

²³ Una rama de la filosofía del derecho que considera al derecho como un conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico (tendencia al orden) vigente en una determinada sociedad. Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Introducción al Derecho*, Tercera Edición Reimpresa; Editorial IDEMSA, Lima, 2006, p. 101.

²⁴ Definición extraída de la página web de la ucm.es que abarca sobre conceptos básicos de Internet., disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/multidoc/multidoc/revista/cuadern5/elena.htm>

- De otro lado tenemos que Internet en sentido estricto, “Es en realidad una suma de redes que se han puesto de acuerdo para comunicarse entre sí. La lengua franca que permite que todas las redes se entiendan es un protocolo de comunicación entre computadoras llamado TCP/IP... la suma de redes que utilizan este y otros protocolos de comunicación que permite hablar en una Inter-Red, una red de redes. Esto es a lo que comúnmente se llama Internet”

La Red Científica Peruana esboza la siguiente definición de Internet: ...“La relación con sus protocolos comunes, como una colección de circuitos y rutinas, como un conjunto de recursos compartidos o incluso como una disposición a intercomunicarse; es decir, como una mega red, una red de redes de computadoras”...²⁵. Es importante para entender los textos precedentes, explicar un poco que es esto de TCP/IP, que se señala en las definiciones antes referidas.

El TCP/IP (Transmission Control Protocol) es un protocolo de transmisión, que tiene como función explicarle (por decirlo de algún modo) a todas las computadoras y redes involucradas en la transmisión, a donde debe llegar cada paquete de datos²⁶.

El TCP/IP se encarga de recibir los paquetes, reunirlos en el orden indicado, y pedir, en caso necesario, que sean reenviados los paquetes que se hubiesen perdido en el camino. De esta forma el TCP/IP permite hacer viajar los mensajes sin necesidad de tener que preocuparnos de mandar las partes en orden, ni de tener que enviarlos por una ruta específica²⁷.

De basarnos en la funcionalidad para dar una definición, debemos recordar que existen tres servicios básicos que se encuentran relacionados, como son: el obtener información, entregar información y consultar información. Podemos así, realizar a través de Internet, el intercambio de información²⁸.

Debiendo entender como “información”, al resultado en formato de computadora que puede ser almacenado o conservado en una computadora propia, desde donde se inicia el proceso de consulta a Internet.

²⁵ www.rcp.net.pe

²⁶ www.rcp.net.pe

²⁷ www.rcp.net.pe

²⁸ Si partimos de su organización, podríamos decir que la mayoría de oficinas actuales trabajan con computadoras interconectadas o híper vinculadas por la red, comparten archivos programas y periféricos. En estos casos, se dedica siempre una computadora (servidor) a almacenar la información y a manejar los periféricos. El resto de las computadoras (clientes) se conectan a ella. De esta manera, con una red que permite compartir los recursos, se ahorra material y tiempo. Entendido desde esta perspectiva el concepto de red, cabe imaginar muchas redes independientes, cada una con sus respectivos servicios, diseminadas por todos los rincones del planeta. Si se conectan entre sí (habitualmente a través de líneas telefónicas), se obtiene la red Internet.

Por otra parte, otro enfoque, es pensar en las redes, como el medio a través del cual se envía y acumula información. Desde este punto de vista, Internet puede ser interpretado como la información y los servicios que circulan por esta red. En pocas palabras, un sistema distribuido de información²⁹.

4.3.- LA ECONOMÍA DIGITAL. AVANCES Y PROYECCIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El Comercio Internacional aumenta el mercado potencial de los bienes que produce determinada economía, y caracteriza las relaciones entre países, permitiendo medir la fortaleza de sus respectivas economías.

Como parte de este sistema económico mundial, el Comercio Internacional está basado en tres aspectos básicos:

Primero: Las diferencias y ventajas que tienen los países para producir determinados bienes y servicios, ya sean por la disposición de materias primas, eficiencia productiva, dominio tecnológico o estacionalidad. Siguiendo la teoría de Adam Smith, un país que comercia a escala internacional debe especializarse en producir los bienes en los que tiene ventaja absoluta, es decir, los que produce con menores costos que el resto de los países. El país exportaría parte de estos bienes para financiar las importaciones de otros que los demás producen con menores costos.

Segundo: La interdependencia (vinculaciones multilaterales). A partir de esta interdependencia, se deduce que un país puede lograr ganancias si comercia con el resto de los países, aunque todos los demás competidores produzcan con menores costos

Tercero: El afán de los países en establecer un fluido intercambio que mantenga en equilibrio su balanza de pagos. Desde que surgió el Comercio Internacional moderno, los países han intentado mantener una balanza comercial favorable, es decir, exportar más de lo que importan.

²⁹ Sin ánimo de dar una nueva definición, que Internet “*es tanto un conjunto de comunidades, redes y computadoras así como un conjunto de tecnologías, cuyo auge se debe a que se le puede atribuir certeramente la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad de manera eficiente y a bajo costo; y que partiendo de sus servicios de obtener información, entregar información, y consultar información, ha permitido que todos puedan encontrar algo relevante para sus intereses profesionales, académicos, comerciales o recreativos; y en la medida que su utilización se haga de manera efectiva se logrará una mejor infraestructura*”. Por lo tanto, Internet es considerada un “puerta grande a la globalización”, y es el marco de esta Globalización las relaciones jurídicas patrimoniales (contratos, comercio y economía pueden fluir en un terreno mega-sofisticado)

En el Comercio Internacional son las normas legales y políticas que se establecen en cada Estado, así como las reglas internacionales, las que promueven el intercambio de bienes y servicios. Sin embargo, existen otras circunstancias tales como la competencia externa, los aranceles o medidas para-arancelarias, la protección a la propiedad intelectual, el transporte, distribución, moneda, etc., que terminan definiendo de cierta forma este intercambio.

LIMITACIONES

Existen ciertas limitaciones que sufre el Comercio Internacional debido a que este se lleva a cabo dentro de regímenes y sistemas jurídicos diversos, y además, con culturas también distintas.

Entre las más frecuentes tenemos:

a) **Limitación de los Regímenes y Sistemas Políticos:**

Esta limitación está entendida, a que es el Estado el que impone las reglas para realizar las distintas actividades económicas que se desarrollan dentro de su territorio.

El Estado en el ejercicio de su soberanía territorial, regula las operaciones comerciales que se celebran y ejecutan en su territorio, adoptando políticas referentes al Comercio Internacional, que cree convenientes³⁰.

Esta intervención del Estado puede darse como una reacción ante políticas comerciales emprendidas por otros países, o se puede deber a cierto tipo de interés por proteger un sector industrial nacional poco desarrollado.

Es en consecuencia, que los bienes y servicios que ingresan a los territorios de estos Estados, quedan automáticamente sometidos a dicha soberanía.

b) **Limitaciones impuestas por la Comunidad Jurídica Internacional:**

Las limitaciones impuestas por la Comunidad Jurídica Internacional están referidas a restringir la soberanía de los Estados, que hemos tocado en el punto anterior.

Estas limitaciones se traducen a través de:

³⁰ Debido a la importancia que acarrea el Comercio Internacional para cada economía en concreto, los Estados muchas veces restringen y hasta podríamos decir obstaculizan la entrada de bienes foráneos para proteger los intereses nacionales.

- Convenios Internacionales libremente aceptados por los Estados.
- Usos y Costumbres del Comercio Internacional libremente admitidos por las partes.
- Las que voluntariamente aceptan en convenios específicos, concertados mediante negociaciones bilaterales o multilaterales.

Estas limitaciones voluntariamente aceptadas por los Estados, a las que hemos hecho alusión, son normas externas consensuales que limitan la acción de un Estado. Son además resoluciones y disposiciones que surgen de Organismos Internacionales, como por ejemplo, del Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial, entre otros, que afectan las relaciones comerciales de los Estados.

5.- PRIMEROS INTENTOS DE REGULACIÓN EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

El aumento en el uso de la Internet a nivel mundial ha propiciado el surgimiento de una nueva dimensión en las comunicaciones y el comercio. Uno de las principales causas de este desarrollo se debe al Comercio Electrónico.

Por ende el propio Comercio Electrónico está provocando serias transformaciones en el mercado, en los procesos, en las empresas y sobre todo en los consumidores.

El Comercio Electrónico o “E-commerce” (llamado así en inglés), al ser un término relativamente nuevo, es definido como cualquier transacción o intercambio de bienes y servicios sobre redes de comunicación y que también incluye todos los aspectos de los procesos de mercadeo que utilizan la World Wide Web

Para la Organización Mundial del Comercio se entiende por la expresión "Comercio Electrónico" la producción, distribución, comercialización, venta y entrega de bienes y servicios por medios electrónicos"

En esta parte del tratado, es importante determinar la posibilidad de no confundir el Comercio Electrónico o E-commerce con el E-business, el cual no solo abarca al Comercio Electrónico (entendido este como las operaciones comerciales de la organización), sino que además a toda la

organización del negocio, vista desde el punto de aplicación de las nuevas tecnologías de la informática³¹.

5.1.- LOS ACTOS JURÍDICOS ELECTRÓNICOS

Debido al avance acelerado de la Tecnología y la denominada Revolución Informática en la que las personas se ven inmersa, en una era de profundos y acelerados cambios tanto es el entorno personal, social, económico y cultural. En efecto, los vigentes modelos económicos, sociales, culturales y políticos están siendo sustituidos por nuevos paradigmas. Dichos paradigmas sustentan la denominada Revolución Informática, considerada como la mejor característica de las nuevas tecnologías digitales y electrónicas en el campo de la contratación entre los sujetos de derecho.

Como toda tecnología, su aplicación temprana, al igual que su uso y dominio es de carácter limitado, es por esta razón que el Derecho debe adecuar los medios necesarios para que las relaciones jurídicas que se produzcan de la celebración de actos a través de estos medios tecnológicos digitales, brinden a los usuarios la seguridad necesaria para la producción de sus efectos. Aunque estos fenómenos digitales se han venido desarrollando desde buena parte del siglo anterior³².

La vida del hombre se ha vuelto cada vez más simplificada por acción de estos medios informativos, ya sea a por medio de la celebración de los contratos, su formación, más que una necesidad para satisfacer las necesidades humanas, se considera una práctica de vitalidad total para la vida humana.

En torno a este marco de posibilidades; una de las interrogantes puntuales sobre la naturaleza de los contratos celebrados a través de medios electrónicos (la Internet), de la firma digital, el acuse recibo, es determinar a estos actos jurídicos celebrados a través de estos medios como auténticos contratos, siendo éstos contemplados en el Código Civil, subsumida en el Art. 141 del mismo cuerpo jurídico.

³¹ Como uno de los aportes a esta investigación, el comercio electrónico puede ser definido como transacción de naturaleza comercial realizada de forma interactiva, a través de medios electrónicos (la Internet, es decir, la red) en tiempo real y cuyo fin es el intercambio de bienes y servicios facilitando el carácter sinalagmático de la relación jurídica patrimonial. Pero una definición completa del comercio electrónico es el considerar toda transacción o intercambio comercial, a través de medios electrónicos o digitales, con el fin de producir, distribuir y comercializar bienes y/o servicios entre los sujetos intervinientes de la relación jurídica patrimonial.

³² La Internet es el último medio o recurso de la libertad, para la manifestación, sin reservas, la libertad del propio hombre, en sus distintas relaciones con su entorno, todo ello desde una óptica jurídica y realizable a través de medios electrónicos.

Una parte de la doctrina considera que estos contratos carecen de los medios suficientes que permitan la concreción y el buen nacimiento como verdaderas manifestaciones de voluntad, de cómo mínimo 02 personas, destinada a crear modificar, regular y extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Buena parte de la doctrina, de la que comparte el Dr. SOTO COAGUILA C. considera que los contratos celebrados a través de medios electrónicos son auténticos contratos, posibles de perfeccionamiento y de cumplimiento de obligación, difiriendo solo en el soporte en que le representa el acto jurídico de tipo patrimonial³³.

El término Internet es una considerado como una parte de la tecnología sin fronteras, los servidores de este servicio de información fácilmente pueden comunicarse, ubicándose en cualquier lugar, siendo esta ubicación por lo general desconocida, sin importancia alguna para la transacción comercial por realizarse³⁴.

Dentro de este marco visual, los Actos Jurídicos celebrados a través de medios electrónicos³⁵, sirvió de alcance para sistemas jurídicos extranjeros que desarrollaron este tema en aplicación con la intervención del notario o funcionario privado de fe pública.

Es así que en la normativa mexicana, y en términos del código civil federal, es posible realizar determinados actos jurídicos por medios electrónicos con la intervención de un fedatario público, lo cual permite dar por cumplido el requisito de que el acto conste en instrumento público. Por ejemplo, cuando el notario interviene en la elaboración de un instrumento notarial, cualquiera que sea su naturaleza, previamente sostiene una entrevista con las partes, en la que el notario los conoce en forma personal y directa y los interesados le hacen saber su intención de celebrar un determinado acto jurídico³⁶.

Si las partes aceptan los servicios del notario, se generan una serie de actos preparatorios para la elaboración del Instrumento, que una vez asentado en el protocolo del notario, debe ser firmado por las partes y autorizado por el fedatario³⁷. El trámite concluye cuando el notario, después de haber

³³ SOTO COAGUILA Carlos, *La Celebración de los Contratos Electrónicos*, Editorial Jurídica Grijley; Lima, 2005, pp. 68-79.

³⁴ Estas características hacen al comercio electrónico tan atractivo a las empresas y a los consumidores finales, llegando incluso a cuestionar ciertos principios de la contratación típica entre sujetos individuales.

³⁵ Contemplados en nuestro Código Civil de 1984, en su artículo 141-A, que contempla la manifestación de voluntad celebrada a través de medios electrónico.

³⁶ Cumpliendo con su función, el notario asesora a las partes y les aconseja sobre la forma más adecuada para obtener los fines que se proponen alcanzar, explicando el valor y las consecuencias jurídicas del acto que van a celebrar, además de proporcionarles el costo del instrumento, por lo que se refiere a los gastos e impuestos que deben cubrir y los honorarios que causa ese otorgamiento.

³⁷ Esta anotación es importante, porque no es común, salvo en algunos actos, que los interesados se presenten ante el notario y en ese mismo momento el notario elabore el instrumento notarial y se firme en forma inmediata.

realizado el pago de los impuestos y obtenido los documentos requeridos, elabora un testimonio de la escritura, lo envía para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad. Una vez inscrito, hace entrega de él a los interesados.

También existen casos en que el notario hace varios instrumentos o escrituras para un mismo cliente que solicita con regularidad sus servicios para la formalización de actos similares, como la enajenación de los lotes de un fraccionamiento, la formalización de contratos de crédito, o la adjudicación de bienes inmuebles. En este caso, el notario recibe instrucciones de ese cliente y actúa en consecuencia, de acuerdo a lo que previamente han pactado. Lo mismo sucederá si el contrato se realiza por medios electrónicos. En este caso, el proceso de elaboración del instrumento notarial será el mismo, con las modalidades que adelante apuntamos. Si acaso, algunos de los actos preparatorios antes mencionados podrán celebrarse a través de la comunicación por medios electrónicos.

5.2.- LA TECNOLOGÍA NEUTRAL EN LAS RELACIONES HUMANAS

Siguiendo el contenido de las distintas definiciones, conceptos y aportes sobre el comercio electrónico, puedo determinar los distintos caracteres:

1. Es de naturaleza comercial: En función de las personas que realizan el acto jurídico (elemento subjetivo), es decir, las personas que lo llevan a cabo pueden ser ambas comerciantes o puede darse entre un comerciante y un consumidor, con lo cual estaríamos frente a una actividad de carácter comercial.

Por otro lado, el carácter comercial estaría dado por el acto en sí mismo (elemento objetivo) siendo el acto un acto propiamente comercial. Por ende la definición de comercial es una tarea sino es engorrosa, es siempre complicada por sus variantes; sin embargo, para tener una aproximación podemos citar el concepto que maneja la CNUDMI respecto de los actos comerciales³⁸.

Para la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el término comercial deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de

³⁸ RINCON CÁRDENAS Erick, ob. cit., p. 61.

facturaje ("factoring"); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera³⁹.

2. Transacción de bienes y servicios: siendo el objeto del Comercio Electrónico es precisamente el intercambio de bienes y servicios sean estos, informáticos o no, tomando como principal atractivo, el canal de interacción.

3. Utilización de Medios Electrónicos: Esta es a nuestro parecer la característica fundamental, porque este tipo de comercio tiene su base en la utilización de medios electrónicos o telemáticos y análogos, los cuales podemos definir de manera simple como métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan soporte papel. En el caso que se lleve a cabo el Comercio Electrónico a través de Internet, hay que recordar que existen en la actualidad tres tipos de conexión que podemos utilizar para acceder⁴⁰.

Es de merecer recordar que la Conexión Dedicada es aquella diseñada para operar permanentemente, sin interrupciones, a través de una línea de comunicación exclusiva. La Conexión Cuasi-dedicada consiste en convertir una línea telefónica convencional en una línea de datos⁴¹.

La Emulación de Terminal es un servicio que utiliza una línea telefónica convencional, mediante la cual se llama al proveedor de acceso y se logra que una computadora local sea uno de los terminales remotos de la computadora remota. Es decir, es un servicio por el cual una computadora establece comunicación con otra convirtiéndose en terminal de ella.

4. Tiempo real: entendido técnicamente, el Tiempo Real, como el procesamiento inmediato de las entradas, como una transacción de punto de ventas o una mediación realizada por un dispositivo analógico de laboratorio⁴².

³⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁰ Están son: Conexión Dedicada, Conexión Cuasi dedicada y Emulación de Terminal.

⁴¹ Esto se logra utilizando un módem convencional, a través del cual se hace una llamada a un proveedor de acceso y usando los protocolos SLIP, o PPP, se crea un TCP/IP temporal.

⁴² Siendo el tiempo real, la característica fundamental de este tipo de comercio, que se encuentra íntimamente relacionada con la característica anterior, referida a la utilización de medios electrónicos, ya que es mediante estos medios que podemos realizar las transacciones en tiempo real o inmediato.

5. Transacción interactiva, no física ni directa: para poder entender esta característica, debemos decir que respecto de las transacciones comerciales, podemos englobar estas en dos categorías:

- a) Cara a Cara: ocurre en un local comercial, donde el cliente prueba, revisa y selecciona el artículo deseado.
- b) No físicas o no directas: pueden ser de dos clases:

Por correo, teléfono, fax, televisión, radio, o medios análogos, por el cual el cliente escoge el producto o servicio.

Por medios electrónicos, siendo el Comercio Electrónico es una transacción no física o no directa, la que se realiza mediante una transmisión electrónica o telemática, que es aquella utilizada para transferir fondos, datos informatizados y otros servicios de valor añadido, a través de medios electrónicos, tales como el EDI (Electronic Data Interchange), la transferencia electrónica de fondos y la Internet.

El comercio mundial está cambiando tanto en su organización como en su forma de actuar. Se están sobrepasando las estructuras jerárquicas antiguas y erradicando las barreras entre divisiones de empresas, así como las existentes entre las empresas y sus abastecedores y clientes. Sin embargo, si bien los procesos comerciales se están rediseñando, no se ha logrado por completo atravesar estos límites, quedando como barrera para la utilización del Comercio Electrónico, los siguientes aspectos:

- a) La concentración de proveedores a nivel internacional.
- b) La inmensa desigualdad entre proveedores y consumidores.
- c) La falta de adecuada regulación a nivel internacional.

En este punto recientemente de la tesis lo que se busca demostrar es que la Tecnología digital solo es un soporte y/o colaborador para los actos jurídicos, donde el sistema jurídico mantiene su independencia.

5.3.- LA BUENA FE COMO PILAR DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

La Buena Fe es uno de los conceptos más difíciles de precisar en el derecho, pues se trata de una de las nociones que mayor amplitud y alcance ha adquirido desde que fue concebida y desarrollada por los juristas de Roma⁴³. No obstante su complejidad, es menester reconocer de antemano que la importancia de la buena fe es hoy en día de tal magnitud que ella es la base de un principio general de derecho, que incluso se ha llegado a calificar por la doctrina como “supremo” y “absoluto”⁴⁴, con una trascendencia tal que codificaciones de vanguardia como el Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetz Buch, o abreviadamente BGB) han “instalado el principio de la buena fe en la cúspide del derecho de obligaciones...”⁴⁵

Debe indicarse que el concepto de buena fe es utilizado en el derecho privado en instituciones muy diversas, que pueden ser bastante disímiles y que van desde la posesión de las cosas hasta el matrimonio putativo o la ejecución contractual.

Señala un importante sector de la doctrina⁴⁶, que los artículos de los códigos civiles en los que se hace alusión a la buena fe, se pueden clasificar en tres grupos claramente diferenciados, a saber:

a) En un primer grupo de textos la buena fe es considerada como la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque en realidad el mismo es irregular y antijurídico. Un ejemplo de este grupo de normas es el que hace referencia al matrimonio nulo contraído de buena fe, cuando alguno de los contrayentes ha ignorado la existencia del vicio que

⁴³ Se señala que la noción de buena fe surgió en el derecho romano, a propósito de la EMPTIO, y se extendió en relación con ella a figuras como la posesión y la usucapición. Por otra parte, se indica que la buena fe en el cumplimiento de los contratos surgió a propósito del mecanismo de funcionamiento de los contratos innominados. DE LOS MOZOS José Luis, *El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1965, p. 81 y ss. Algunos ven su origen en la distinción de las acciones, que posteriormente se extendió a los contratos, entre BONAE FIDEI y STRICTI IURIS, pues en las primeras el juez atemperaba el rigor de las formas del derecho civil, atendiendo a criterios de equidad y teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones, para efectos de determinar su contenido, particularmente cuando aquéllas surgían de contratos con obligaciones recíprocas. Finalmente, se señala también que el concepto adquirió gran desarrollo, por obra del pretor, a través de la creación y la extensión de la EXCEPTIO DOLI.

⁴⁴ ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR y WOLF, MARTIN, *Tratado de Derecho Civil*, T. II; Vol. I, Derecho de obligaciones, Librería Bosch, Barcelona; 1933, p.19.

⁴⁵ MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*; Vol. I, 1ª Edición en Español, traducción de MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, Bosch Casa Editorial, Barcelona; 1993, p. 74. Señala de fondo que el artículo 242 del BGB, que consagra el principio de buena fe en esa codificación, es considerado como el “rey del Código Civil”. LANDO, OLE. “El derecho contractual europeo en el tercer milenio”, en *Revista Derecho de los negocios*, año II, N.º 116, 2000, p. 16.

⁴⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial; Barcelona; 1963; pp. 136 y ss. DE LOS MOZOS, José Luis, ob. cit. p. 41.; BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969; pp. 74 y ss. He recabado la clasificación que al respecto realiza DÍEZ-PICAZO. Debe precisarse que BETTI divide el tercer grupo de normas en dos conjuntos de disposiciones: por una parte, las que mencionan a la buena fe como lealtad en la conclusión y ejecución del contrato, y por otra, las que consagran a la buena fe como actitud de cooperación para la satisfacción de las expectativas de prestación de la otra parte. Cfr. BETTI, Emilio, ob. cit., pp. 82.

ocasiona su invalidez y ha expresado su consentimiento con la convicción de la plena validez del acto. La consecuencia que se presenta en estos eventos es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería.

b) En un segundo grupo la buena fe se asocia con la confianza en la apariencia jurídica. El sujeto de derecho actúa con la convicción de que su contraparte en una determinada relación jurídica es el titular de un derecho que él aspira a incorporar en su patrimonio, pero en realidad tal apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en el patrimonio de aquél⁴⁷. Es el caso, por ejemplo, del papel que la buena fe desempeña en la adquisición de cosas muebles por la compra que de ellas se realiza en establecimientos comerciales, cuando el vendedor no es el verdadero propietario de las mismas, caso en el cual, en algunas legislaciones, el derecho protege al adquirente, al impedir que en tal evento sea factible entablar la acción reivindicatoria⁴⁸.

c) En el tercer grupo de disposiciones que aluden a la buena fe, ésta “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”.⁴⁹

Estas disposiciones, entre otros efectos, contribuyen a integrar el contenido contractual, con fundamento en que la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas le da legitimidad a las expectativas que cada parte se forma respecto del comportamiento de su contraparte durante la vida de una particular relación contractual.

Teniendo en cuenta el panorama que se ofrece al jurista sobre las distintas aplicaciones que en el ordenamiento se realizan sobre la buena fe, y que nos indicarían que ésta, en todo caso, tiene su fundamento en la actitud o comportamiento honesto y recto del sujeto⁵⁰, resulta importante señalar que el orden jurídico y, particularmente, el orden jurídico privado, no está fundamentado en el “personalismo ético” sino que es imprescindible contar con un elemento ético-social, el cual se logra incorporar al ordenamiento por la vía de la buena fe.

⁴⁷ En estos supuestos se ampara la confianza del sujeto de derecho en la apariencia jurídica y la buena fe sirve de presupuesto para la adquisición o para el ejercicio de un derecho subjetivo.

⁴⁸ En el Código Civil colombiano, en su artículo 947, el tema es discutido ampliamente por lo que cabría la posibilidad de considerar que esta norma consagra un evento de adquisición a non domino, como una importante excepción que la buena fe introduce en los efectos del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (nadie puede transmitir a otro más derecho del que tuviere).

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., ob. cit., p. 137.

⁵⁰ En relación con el concepto de buena fe y su aplicación, DE LOS MOZOS señala que existe unidad conceptual pero diversidad técnica. DE LOS MOZOS J. L., ob. cit., p. 81. En el mismo sentido, DE LA PUENTE Y LAVALLE M. “La fuerza de la buena fe”, en ALTERINI A. & otros (Dir.), *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*, Tomo I, Palestra Editores y Editorial Temis, Lima y Bogotá, 2000, p. 276.

Siguiendo a KARL LARENZ en este punto, podemos señalar que la buena fe descansa en la consideración de que la convivencia social se conseguirá cuando la confianza que se deben dispensar las partes en una relación, no será defraudada sino, por el contrario, confirmada. “El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código Civil en la exigencia de observar la ‘buena fe’⁵¹.”

En todo caso, es conveniente reiterar que, por lo general, el concepto de buena fe no hace referencia a una percepción íntima que deba ser desentrañada de la conciencia de cada sujeto, sino que, por el contrario, la buena fe es susceptible de ser objetivada, de tal manera que el modelo de conducta ideal corresponda a unos parámetros socialmente aceptados⁵².

5.3.1.- TIPOLOGÍA DE LA BUENA FE

Tradicionalmente han existido dos concepciones acerca de la buena fe⁵³: por una parte, una primera aproximación al concepto nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento; por otra parte, se señala que la buena fe equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico.

Estas dos facetas de la buena fe han llevado a que la doctrina considere que, aunque en ambas nociones se advierte idéntico origen, en realidad existe un concepto subjetivo y un concepto objetivo de la buena fe, que corresponderían, respectivamente, a las dos descripciones anteriormente realizadas⁵⁴.

Las dos clases de buena fe difieren en la forma en que ellas son aplicadas o por la manera como ellas funcionan: “una extiende o aplica una regla de conducta; la otra facilita una legitimación o configura una titularidad con base en aquella conducta (valorando la intención del sujeto, o su creencia o error), con lo que su función es distinta, a pesar de su unidad de origen y, por ello,

⁵¹ LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Editorial EDERSA, Madrid, 1978, p. 59.

⁵² “La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal”. (Ponentes: Dr. ALVARO GÓMEZ Hurtado y ESGUERRA POTOARRERO Juan Carlos; Gaceta Constitucional No. 19.; pp. 03)

⁵³ DE LOS MOZOS J. L. ob. cit., pp. 39 y ss.

⁵⁴ La buena fe puede manifestarse en dos tipos: (1) Buena fe Subjetiva; es la contención con que obran las personas o la ciencia con que lo hacen. (2) Buena fe Objetiva; juzga la conducta del individuo a base si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto.

difieren también en la forma de su instrumentación, presentando aspectos diferentes que se compaginan con las dos formas que tiene de presentarse el derecho: como normativa y como facultad”⁵⁵

En relación con la buena fe subjetiva se ha distinguido entre la concepción psicológica de la buena fe, entendida ésta como creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germánico, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad⁵⁶.

Ahora bien, en relación con la buena fe objetiva es importante precisar⁵⁷ que ésta, corresponde, por una parte, a un concepto técnico-jurídico referido a la conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen, noción ésta que corresponde al concepto que el derecho utiliza en temas diversos como parte del supuesto de hecho de algunas normas jurídicas y, por otra, la buena fe es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico. Este último es un principio “dogmático” o “sistemático”⁵⁸, el principio general de buena fe, que debe irradiar la interpretación de todo el ordenamiento, y que, al mismo tiempo, es, en algunas legislaciones, fuente de derecho, como principio general, tal y como ocurre, por ejemplo, en el régimen jurídico español de conformidad con el sistema de fuentes establecido en el artículo 1º del Código Civil de dicho Estado⁵⁹.

⁵⁵ DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas - La buena fe en el título preliminar del Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 230. Sobre este tema puede verse la sentencia de casación civil del 2 de agosto de 2001, expediente 6146, MP: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁵⁶ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., Prólogo a la obra. “*El principio general de la buena fe de FRANZ WIEACKER*”, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 14 y 15.

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L., ob. cit., p. 11 y 12.

⁵⁸ DE LOS MOZOS José Luis, ob. cit., pp. 231. En Colombia la Corte Constitucional ha señalado que “la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan —lealtad y honestidad—, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que “aquéllos adelanten ante éstas”. Corte Constitucional, sentencia C-982 del 22 de agosto de 2001, MP: RODRIGO ESCOBAR GIL. Con esta sentencia se reafirman planteamientos anteriores similares, contenidos, entre otras providencias, en la sentencia T-460 del 15 de julio de 1992, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y la sentencia T-475 del 29 de julio de 1992, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁵⁹ Valga señalar que, aun cuando se hubiera podido considerar que el principio ya estaba inmerso en las normas del ordenamiento español, éste recibió consagración legal específica a través de la reforma efectuada al título preliminar del Código Civil, mediante Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y del texto aprobado por decreto de 31 de mayo de 1974, que incorporó al articulado del Código Civil, la siguiente disposición: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” (art. 7.1. del Código Civil español).

La diferencia radica que la primera es una conducta que se impone al sujeto y la segunda es fruto de una creencia, La subjetiva traduce la atribución de derechos y la objetiva por la imposición de deberes.

Este principio da lugar a los siguientes deberes de los contratantes:

- Deber de información, deberán mantenerse recíprocamente informados de todas las circunstancias del negocio, es decir con los mayores elementos de juicio que les permite tomar una decisión acertada en el momento de optar la celebración del contrato tales como las condiciones, peligrosidad de la prestación, causas de incumplimiento, etc.
- Deber de claridad, las informaciones que se intercambian sean perfectamente inteligibles y no se presten a una mala interpretación.

5.3.2.- LA BUENA FE CONTRACTUAL

La buena fe en sentido objetivo, que GALGANO considera se podría circunscribir a los términos de corrección o lealtad⁶⁰, y que corresponde al tercer grupo de normas arriba reseñado, se manifiesta principalmente a través de la que se ha denominado como buena fe contractual. Esta categoría de la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, “el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquéllas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social”.⁶¹

Resulta oportuno indicar que para GALGANO⁶², las reglas de corrección y lealtad son reglas consuetudinarias, que corresponden a lo que un contratante medianamente diligente y leal se siente en el deber de hacer o no hacer, de acuerdo con el sector económico o social en el que el mismo desarrolle su actividad. Corresponderá al juez establecer dichas reglas con fundamento en el examen que realice de la costumbre, lo que puede conducir a un resultado que no coincida con su personal concepto de corrección o lealtad. En relación con esta opinión de GALGANO debemos señalar que buscar la buena fe en el comportamiento usual o reiterado, podría conducir a que se

⁶⁰ GALGANO, Francesco, *El Negocio Jurídico*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 453.

⁶¹ Ídem., p. 454.

⁶² Ibídem.

confundan dos fuentes de integración que son distintas a la luz de normas como el artículo 871 del Código de Comercio colombiano, como son, por una parte, la costumbre y, por otra, la buena fe, ya que este concepto más que a las prácticas reiteradas hace referencia a estándares de conducta que provienen de la ética jurídica⁶³, pero no sólo de una ética individual o personal, sino de una ética basada en los valores morales que sirven de fundamento a la convivencia social⁶⁴.

En este punto resulta importante precisar también, siguiendo a JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, que el principio general de buena fe no se puede confundir con el principio de solidaridad, entendido como un “límite a la actuación de los particulares en aras del superior interés social”, pues el principio de buena fe actúa en el campo de las relaciones intersubjetivas más que en un contexto de tipo social⁶⁵.

Según indica la doctrina uniformemente, la buena fe contractual tiene aplicación no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, fundamentalmente, a través del denominado deber de información.

Asimismo, en esta etapa se manifiesta en el deber de no interrumpir intempestivamente y sin causa los tratos preliminares al contrato, bajo la pena de indemnizar los perjuicios que se puedan causar, particularmente por el denominado “daño in contrahendo”⁶⁶.

Por otra parte, y ya en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte⁶⁷.

Respecto de este último aspecto, DÍEZ-PICAZO hace referencia a algunos comportamientos que la doctrina y la jurisprudencia alemanas han identificado como conductas que no se podrían ejecutar por contrariar la buena fe, tales como el ejercicio de un derecho cuando ya ha transcurrido mucho tiempo desde su exigibilidad, el abuso de la nulidad por motivos formales, la pretensión de

⁶³ Cfr. WIEACKER, F. *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 1977, p. 49. En donde el autor señala que el concepto de buena fe reenvía “a una elemental exigencia personal de ética jurídica, esto es, a la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealtad”.

⁶⁴ GODREAU M. J., *Lealtad y buena fe contractual*, Revista Universitas, N.º 77, noviembre 1989, pp. 72 y ss.

⁶⁵ DE LOS MOZOS, J. L. ob cit., p. 224.

⁶⁶ AUIP; *Gestión del conocimiento*, Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado, Salamanca, 2003, p. 129.

⁶⁷ La buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas.

cumplimiento ejercitada cuando el objeto deberá ser restituido inmediatamente e, incluso, la declaración de incumplimiento por una trasgresión insignificante del plazo pactado⁶⁸.

Finalmente, la buena fe también tiene importante aplicación en la extinción y “liquidación” de los efectos del contrato, como adelante tendremos oportunidad de comentar. Dado todo lo anterior, se comprende que la doctrina señale que, “la buena fe constituye un modelo o paradigma de conducta de ejecución continuada, desde la etapa de las tratativas (punto de partida) hasta la extinción del vínculo (punto de llegada)”⁶⁹.

El mayor protagonismo que ha adquirido en años recientes el principio general de buena fe ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, pues mediante su aplicación, como “cláusula general” o como “válvula”, se permite al juez realizar una labor jurídica creativa, cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un momento y un lugar determinados⁷⁰.

5.3.3.- EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y FUENTES DEL DERECHO ELECTRÓNICO

Las consecuencias de todo comercio y contratación electrónica, no implica, en un primer análisis una modificación sustancial del actual libro del derecho de las obligaciones, así como también de las fuentes de las obligaciones; teniendo en cuenta que la electrónica y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones son simplemente un soporte o medio de transmisión de voluntades negociables o pre-negociables, en el estudio de las tratativas comerciales⁷¹. Pero esta idea solo se limita al tratamiento del perfeccionamiento, desarrollo y ejecución de los contratos, mas no

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, prólogo a la obra *El principio general de la buena fe* de FRANZ WIEACKER, pp. 21 y 22. En el mismo sentido MEDICUS, DIETER, Tratado de las relaciones obligacionales, pp. 77. En el derecho colombiano, SERGIO MUÑOZ LAVERDE ha analizado con detenimiento las relaciones entre el principio de ejecución de buena fe y la aplicación de la teoría de la imprevisión. MUÑOZ LAVERDE, Sergio, *La buena fe contractual* (estudio no publicado) 2003. Sobre la relación entre el principio de buena fe y el abuso del derecho puede verse la sentencia de casación civil de la Corte Suprema de Justicia del 19 de octubre de 1994, MP CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSIGS.

⁶⁹ STIGLITZ R. S., *Contratos civiles y comerciales*, Parte general, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 440.

⁷⁰ Cfr. WIEACKER, FRANZ, ob. cit., pp. 49 y ss. En donde el autor señala que el principio de buena fe (parágrafo 242 del BGB), con una triple función que el autor le reconoce en el ordenamiento alemán, es el camino para introducir en el mismo un derecho de tipo judicial, pues el principio sirve para concretar el plan legal de ordenación establecido por el legislador (*officium iudicis*), representa una máxima de conducta ético-jurídica, y, finalmente, el parágrafo 242 es un medio para la ruptura ético-jurídica del derecho legal en situaciones extraordinarias. En el prólogo a la obra citada, el profesor DÍEZ-PICAZO reseña las “abundantes dudas” que le suscita la introducción de un “derecho judicial”, las cuales compartimos, op. cit., pp. 17 y ss. Véase también sobre este tema: MEDICUS, DIETER, op. cit., pp. 77 y 78.

⁷¹ Cfr. RINCÓN CÁRDENAS, Erick, ob. cit., pp. 28-47. Pero esta idea limita la aplicación práctica en la vida social y económica de las personas, razón por la cual discrepo con el autor, debido a que las tratativas comerciales al momento de formalizar los acuerdos comerciales, importan poco si éstas se presentan en el momento de desarrollar la contratación.

vislumbra un horizonte mayor de posibilidades del derecho en su aplicación y desarrollo dogmático en las demás ramas del derecho sustantivo y adjetivo.

Por lo que la generalización del comercio electrónico, en relación con determinados contratos, si determinan un cambio del derecho aplicable, en consecuencia a las oportunidades y vacíos jurídicos que se presente al momento de identificar los problemas y soluciones de los aspectos más destacables del derecho electrónico.

5.3.4.- EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En materia contractual, la autonomía privada es la facultad de las personas para autorregular sus intereses por autorización expresa del Estado, quien brinda validez y eficacia a las relaciones jurídicas de los particulares, siempre que no atenten la moral y las buenas costumbres de carácter imperativo.

Sobre toda la base de la autonomía las personas ejercen su derecho a la libertad de contratación, por lo que la autonomía de la voluntad se encuentra íntimamente ligada al estado de libertad; por lo que la autonomía privada descansa en tres clases de libertades:⁷²

- a) La Libertad de Contratar: es la facultad que tiene las personas para contratar o no, y si decide contratar (positivamente o negativamente) elige al contratante con quien configurará la relación jurídica. A este tipo de libertad también es conocida como libertad de autorregulación.
- b) La Libertad Contractual: es la atribución de las persona que una vez que han decidido contratar, determinar libremente el contenido del contrato, es decir, el conjunto de condiciones que regularán la relación jurídica contractual sobre la base de esta libertad, los contratantes eligen la categoría contractual, típica o atípica, y las cláusulas que den vida al contrato. A esta libertad se le denomina también como la libertad de la configuración interna.
- c) La Libertad como Objeto del Contrato: Implica la posición de los contratantes quienes solo celebran contratos que no atenten contra la libertad e integridad de la persona como ser, evitando la presencia de situaciones desventajosas entre los contratantes.

⁷² JIMENEZ VARGAS-MACHUCA., Roxana; SOTO COÁGUILA, Carlos (Dir.), *Contratación Privada*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 43.

La autonomía privada, la libertad contractual y la libertad de contratar son categorías reconocidas y reguladas por el ordenamiento jurídico nacional y mundial, por lo que la libertad de contratación es un derecho fundamental de toda persona. En tal sentido, las personas somos libres para contratar y libres también para determinar el contenido real del contrato, por lo que los contratantes deciden su objetivo elaborando: ¿Cómo? y ¿Cuándo? se contrata, el ¿Por qué medio? y ¿Qué Legislación?, se aplica a las relaciones internacionales peruana⁷³.

La autonomía privada soluciona en parte el dilema del comercio electrónico, en la medida que las personas tienen la libertad de contratación para poder elegir el medio idóneo para revelar sus declaraciones comercial-contractual, elegir la formalidad del contrato con sus respectivas limitaciones legales del Estado.

Como se expone en la segunda parte del párrafo anterior la autonomía privada no basta para la problemática del comercio electrónico, pues se requiere la existencia de transparencia y confianza en el contenido de las ofertas, confianza en el buen funcionamiento de los bienes, confianza en los préstamos del servicio, en la confianza de la entrega de los bienes servicios prometidos en el tráfico comercial. Recurro a la jurista Roxana Jiménez, cuando plantea: ...“la confianza que genera una razonable creencia en las afirmaciones de las partes, denominada como buena fe subjetiva, lográndose solo si la contraparte actúa de buena fe objetiva, en cada una de sus relaciones contractuales ”...⁷⁴

La aplicación de la teoría de la Libertad privada y de la autonomía privada se aplica no solo a contratante de una comunidad de hablantes similares como son contratantes peruanos, argentinos, chilenos, españoles o italianos, pero también se aplica para los contratante de china, Japón, y de toda Asia, así como contratantes de todo el universo jurídico, tanto romano, como anglosajón. Pero un análisis mayor de la teoría de la libertad privada y de la autonomía privada será materia de análisis en otra oportunidad.

CONCLUSIONES

- Los negocios electrónicos, se manifiestan en el contexto de la sociedad informática, en donde nuestro entorno jurídico civil no debe estar exento de regulación, sino que deben delimitarse las fronteras de un sistema jurídico renovado.

⁷³ Ibídem

⁷⁴ Ídem, p. 51.

- Los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos, son todavía una forma de masificación, constitución y/o declaración de relaciones jurídicas, por lo que su estudio y determinación de límites son necesarios para el derecho contemporáneo y no solo para el contexto del comercio internacional.
- Las bases del derecho comercial y del derecho internacional comercial se basan en las reglas del derecho civil, en donde las relaciones jurídicas son las fuentes de futuras relaciones patrimoniales, comerciales y obligacionales.
- El ciber-comercio, bien puede ser una forma de impulsar el derecho informático o las relaciones jurídicas a través de medios electrónicos, pero es innegable su influencia pulsante en nuestro sistema jurídico.