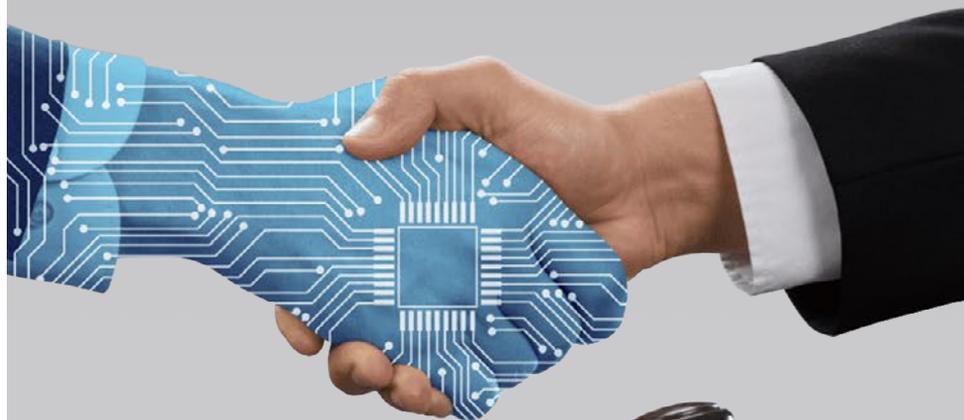


Mónica Sofía Rodríguez (*Editora*)

SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LOS ÁMBITOS INTERNACIONAL Y DOMÉSTICO



VOL. VII

Segunda Colección del Programa de
Difusión de Resultados de proyectos
de la Secretaría de Investigación



Solución de conflictos y medios electrónicos en los ámbitos internacional y doméstico

Mónica Sofía Rodríguez
(*Editora*)

Programa de Investigación en Maestría (PIM)
Programación 2017-2019

Directora
Dra. Rodríguez Mónica Sofía

Maestrandas
Abog. Catanzariti, Norma Gabriela
Abog. Sierra, Luisa Fernanda
Abog: Veiga Moreira, María José

Rodríguez, Mónica Sofía

Solución de conflictos y medios electrónicos en los ámbitos internacional y doméstico/
Mónica Sofía Rodríguez. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Investigación, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-29-1986-7

1. Arbitraje Internacional. 2. Medios Digitales. I. Título.

CDD 347.09



Facultad de Derecho

1º edición: diciembre de 2021

© Secretaría de Investigación

Facultad de Derecho, UBA, 2021

Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA

www.derecho.uba.ar

Coordinación académica: Daniel R. Pastor, Emiliano J. Buis y Luciana B. Scotti

Coordinación administrativa: Carla Pia Victoria Alizai

Edición y Corrección de estilo: Laura Pégola

Diseño y diagramación de interior y tapa: Eric Geoffroy

Imagen de tapa: “Businessman Shaking Hands In Front Of Mallet”, por Andrey Popov. Imagen licenciada por Adobe Stock.

Impreso en la Argentina – Made in Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice

Solución de conflictos y medios electrónicos en los ámbitos internacional y doméstico	8
Encuadre y objetivo de la investigación	9
Estado actual del conocimiento del tema	9
<hr/>	
CAPÍTULO I	
1. Introducción	13
2. Algunos intentos de armonización	16
<hr/>	
CAPÍTULO II	
El conflicto: algunas nociones necesarias sobre la Teoría General del Conflicto desde una perspectiva socio-normativa	20
1.1. Introducción. Distintas perspectivas	20
1.2. Fenomenología	25
1.3. Interaccionismo simbólico	28
1.4. Disputa – Diferencia – Controversia – Desacuerdo – Conflicto	29
1.5. Una noción respecto al “conflicto”	35
2. Elementos del conflicto	39
2.1. Interacción e interdependencia	40
2.1.1. Interacción	40
i. Teoría de los Juegos	43
ii. Las coaliciones en las tríadas	47
2.1.2. Interdependencia	49
2.2. Normatividad	51
2.3. Desviación	54
2.4. Percepción	55
3. Tipología del conflicto	58
4. Trayectoria del conflicto	64
5. La transformación del conflicto	67

CAPÍTULO III

Prevención, manejo y solución del conflicto	70
1. Prevención del conflicto	70
2. Manejo del conflicto	72
3. Solución del conflicto.....	76
3.1. El factor tiempo	77
3.2. El “poder” en la solución de los conflictos	77
3.3. El “costo” por la utilización del poder	78
4. Métodos para la solución de conflictos.....	79
4.1. Distintos mecanismos.....	79
4.2. Negociación	82
4.3. Mediación	83
5. Habilidades para resolver el conflicto	84
6. Los terceros en el conflicto	85
6.1. El rol de los terceros para la solución de conflictos	85
6.2. El abogado en el rol de tercero	86
7. Algunas reflexiones sobre el enfoque del conflicto	87

CAPÍTULO IV

Jurisdicción e internet	93
1. Jurisdicción directa.....	95
1.1 Algunos resultados en el ámbito internacional	99
1.1.1. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	99
1.1.2 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales:	101
1.2. La Jurisdicción directa en el Derecho argentino	103
2. Cooperación judicial internacional	105
3. Prórroga de jurisdicción.....	106
3.1. Cláusulas de elección de foro en el derecho argentino	107
3.1.1. Fuente interna.....	107
3.1.2. Ámbito internacional y comparado	109
3.2. Acuerdo electrónico de prórroga internacional	110

3.2.1. El Acuerdo electrónico ¿se considera celebrado entre presentes o ausentes?.....	111
3.2.2. Soluciones en el Código Civil y Comercial.....	113
3.2.3. La Convención de Naciones Unidas sobre comunicaciones electrónicas.....	114
3.3. Validez extrínseca del acuerdo de prórroga de jurisdicción.....	116
3.3.1. Fuente interna.....	117
3.3.2. Fuente convencional.....	118
3.4 La validez formal del acuerdo electrónico.....	119
3.4.1. Ley Modelo de UNCITRAL.....	120
3.4.2. Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro.....	121
3.4.3. Convención de Naciones Unidas de 2005.....	122

CAPÍTULO V

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)	124
1. Nociones y modalidades de las ODR.....	124
2. Arbitraje online o electrónico.....	132
2.1 Principios del pacto arbitral electrónico.....	133
2.1.1 La buena fe y las cláusulas abusivas.	134
2.1.2 La igualdad entre las partes.	134
2.1.3. Protección de la parte jurídicamente más débil.	134
2.1.4. La “perpetuatio arbitralis” o “conservación del pacto arbitral”.....	135
2.1.5. Autonomía del acuerdo arbitral telemático.....	135
2.1.6. Kompetenz-kompetenz.	136
2.2. Factores determinantes del éxito del arbitraje electrónico.....	136
2.3. Límites materiales y formales del arbitraje electrónico.....	137
2.3.1. Requisito de la forma escrita en el acuerdo de arbitraje.....	138
2.3.2. El requisito de firma del acuerdo arbitral.....	143
2.3.2. i. La Ley nº 25.506.....	144
2.3.2. ii. La Ley Modelo sobre firma digital.....	145
2.3.2. iii. La Ley Modelo sobre Comercio electrónico.....	146

2.4. Independencia e imparcialidad.....	146
2.5. Garantía del debido proceso.....	146
2.6 Práctica de la prueba.....	148
2.6.1 Documentos.....	148
2.6.2. Las Audiencias en línea	151
3. Cooperación judicial internacional y reconocimiento y ejecución de laudos electrónicos	152
3.1 La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales extranjeros	154
4. Deslocalización del arbitraje electrónico.....	157
5. Algunos casos puntuales	161
5.1. Despegar.com.....	161
5.2. Mercado libre	162
5.3. Yahoo.com.....	163
5.4. Microsoft	168
5.5. WhastApp	171
5.6. Instagram	172
5.7. Tije Travel.....	173
Conclusión	174

Bibliografía.....	181
Doctrina.....	181
Documentos.....	189
Legislación.....	190
Jurisprudencia.....	190
Sitios Web.....	191

Sobre las autoras.....	192
Autora y directora del equipo de investigación	192
Colaboradoras miembros del equipo de investigación	193

Solución de conflictos y medios electrónicos en los ámbitos internacional y doméstico¹

¹ Trabajo elaborado en el marco del Programa de Investigación en Maestría (PIM) Programación 2017-2019. Proyecto: *Bases de armonización legislativa en materia de Jurisdicción Internacional y los nuevos mecanismos de solución de conflictos por medios electrónicos*. Directora del Proyecto: Rodríguez Mónica Sofía; Doctora UBA en Derecho Internacional; Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas; Postgrado en Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo, Postgrado en Concursos y Quiebra. Profesora titular de Derecho Internacional Privado y Comunitario, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; Profesora Adjunta regular de la Facultad de Derecho, UBA, en las asignaturas Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Subdirectora y Docente de la Maestría en Derecho Internacional Privado, UBA. Profesora de Doctorado en Derecho en UBA, UCES y Universidad de Lomas de Zamora, Docente del Posgrado en Negocios, UCES. Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Dr. Ambrosio L. Gioja. Subdirectora del Instituto de D.I.Pr. del Colegio de Abogados de San Isidro. Coordinadora del Suplemento de D.I.Pr. de elDial.com. Miembros del equipo de investigación, cursantes de la Maestría en D.I.Pr.: Maestrandas Abog. Catanzariti, Norma Gabriela, Abog. Sierra, Luisa Fernanda y Abog. Veiga Moreira, María José.

Encuadre y objetivo de la investigación

Este trabajo se inserta en el área del Derecho Internacional Privado, particularmente en la subrama del Derecho de las Obligaciones y Contratos Internacionales, en la que impera la autonomía de la voluntad y permite a las partes designar, elegir distintos métodos de solución de conflictos.

Esta investigación se propuso a analizar, especialmente, las nuevas formas o mecanismos de solución de conflictos utilizando medios informáticos y comunicaciones electrónicas. Apunta a analizar las soluciones que se vienen desarrollando en este sentido a fin de encontrar pautas uniformes, principios comunes válidos en distintos sistemas jurídicos.

Para ello, se partió del análisis del objeto conflicto y las distintas formas de entenderlo, la identificación de los factores que influyen o intervienen en su formación y los distintos medios para resolver situaciones problemáticas; para, luego, abordar la cuestión de determinar de la jurisdicción competente en el ámbito internacional y el uso de los medios electrónicos en la solución de conflictos.

Para concluir se analizaron los distintos mecanismos de solución de conflictos adoptados por diversas plataformas y sitios empleados habitualmente como medio de comunicación con fines sociales, culturales o comerciales.

Estado actual del conocimiento del tema

El mundo se vio profunda y rápidamente transformado por el desarrollo tecnológico y la llamada revolución digital en el campo de las comunicaciones ha provocado que la doctrina defina esta era del desarrollo humano como la “sociedad de la información”.

En esta nueva era de la información existe una acelerada tendencia hacia la digitalización e informatización de todas las actividades públicas, privadas, económicas, sociales, educativas y, especialmente, las comerciales, hecho que está cambiando y redefiniendo estas actividades con expresiones tales como *e-bussines*, *e-commerce*, *e-justicia*.

El desarrollo del conocimiento y de la ciencia se produce cíclicamente y, a medida que los avances tecnológicos y los descubrimientos científicos proporcionan respuestas y dan solución a diversos interrogantes o problemas, los mismos avances tecnológicos nos colocan frente a

nuevas situaciones y motivan nuevos planteamientos, cuestionamientos y problemas, cuya regulación no fue prevista legislativamente.

Así, el despliegue de la informática ha posibilitado el desarrollo de internet, instrumento que con sus múltiples aplicaciones proporcionó solución a un conjunto de problemas (mejora el acceso a la información, posibilita la comunicación instantánea, la remisión de documentos en cuestión de segundos, etc.), pero, a su vez, nos coloca frente a nuevos desafíos, abre nuevos interrogantes que deben ser respondidos y provoca nuevos inconvenientes, conflictos, que deben ser solucionados por el derecho en su función reguladora de un orden social pacífico y en armonía.

Encontramos que las nuevas tecnologías facilitaron la contratación a distancia internacional (a veces, en forma inadvertida por las partes que superan las fronteras estatales al momento de su celebración), lo que nos enfrentan a la necesidad de su abordaje, tratamiento y regulación jurídica.

De este modo, “para los potenciales consumidores, la situación también parece ser muy favorable: se posee un acceso irrestricto de los bienes y servicios y se posee la facultad de elegir entre los proveedores que le ofrecen mejores condiciones de compra. Todo esto, en un tiempo más reducido y sin siquiera salir de casa, pues muchas veces, los costos serán más provechosos e interesantes que aquellos practicados en el mundo real”.²

El comercio electrónico abarca actividades culturales, banca electrónica, información, salud, esparcimiento, viajes, entre tantas otras y permite, con el empleo de infraestructura electrónica a las distintas personas, sean humanas o jurídicas, organizaciones educativas, organizaciones no gubernamentales, incluso, a los propios gobiernos, celebrar contrataciones internacionales a una velocidad que posibilita cubrir el globo en milésimas de segundos.

También, el aumento de transacciones mediante un sitio web aumenta considerablemente las probabilidades para que los tribunales extranjeros se consideren competentes, frente a las eventuales dispu-

² Tinajeros Arce, Érika Patricia, “La Protección del Consumidor Electrónico en los Países del Mercosur”, en: *Revista de Direito do Consumidor*. N° 54, abril-junio de 2005, p. 173-174.

tas surgidas en esa esfera, así como determinar la legislación aplicable a la relación jurídica, máxime, cuando gran parte de las transacciones y operaciones realizadas en internet son internacionales.

En ese marco, una cuestión de especial relevancia y delicadeza resulta aquella de decidir la manera de armonizar los derechos nacionales y construir una regulación que constituya una base segura para las negociaciones, la contratación por medios electrónicos y, por supuesto, la solución de conflictos que se originen en este marco.

Pues bien, el Proceso Electrónico Judicial es la forma más moderna, económica y expedita para poder acceder a la administración de justicia, no obstante, lo compleja que se torna hoy su concepción para algunos; es el medio que, en un futuro, facilitará todas las tareas judiciales que actualmente nos embargan en razón a los volúmenes de expedientes en soporte papel y que, de forma clásica, física se tramitan en los diferentes estrados judiciales del país. En un futuro no muy lejano podrán acceder todos los usuarios del sistema judicial y no tendrán que sortear traslados, colas, largas esperas, los abogados no deberán efectuar maratónicos recorridos por los juzgados de toda la ciudad o provincia para consultar los expedientes, sino que tendrán acceso desde las terminales situadas en los Colegios de Profesionales, o desde sus propios estudios jurídicos.

A nivel nacional la Corte Suprema de Justicia, a través de la Acordada N°1107 del 31 de agosto de 2016, aprobó la implementación de los trámites judiciales electrónicos, que son: Recurso de Apelación, Recurso de Queja, Notificación Electrónica (fiscales y defensores públicos) y presentaciones en línea para fiscales y defensores públicos en vigor desde el 24 de octubre de 2016. Su implementación beneficiará a 19 Juzgados Civiles de la Capital, 13 Juzgados Penales de Garantías y al Juzgado especializado en Delitos Económicos de la Capital.

La gestión electrónica se ciñe a lo establecido en el Plan Estratégico 2016-2020, en potenciar el uso de la tecnología en los procesos judiciales, con el objetivo de fortalecer el proceso de informatización de la gestión judicial que permita un control integral del accionar institucional, por el que se propone avanzar gradualmente hacia el expediente electrónico con el desarrollo de productos que van conformando dicho expediente electrónico.

Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, mediante Acuerdo 3845/17, la Suprema Corte de Justicia dispuso aprobar el nuevo “Reglamento para la notificación por medios electrónicos” que, como

Anexo I, lo conforma y que se aplicará en forma obligatoria a todos los procesos en los que rija el régimen de notificaciones previsto en el Libro I, Título III, Capítulo VI del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia.

A este futuro, ya palpable, se suman los mecanismos alternativos de solución de conflictos en línea (*alternatives dispute resolutions*) que se han desarrollado como métodos eficaces para ofrecer a los cibernautas un ámbito seguro, a bajo costo y especialmente de fácil acceso para intentar sus reclamos originados por actividades desarrolladas, acuerdos y contratos celebrados en la red.

En el ámbito convencional y comparado existen diversos instrumentos reguladores de los negocios, relaciones contractuales internacionales y la competencia judicial internacional. Sin embargo, en razón a la época en la cual fueron creados, no suelen regular cuestiones relativas a las comunicaciones a distancia mediante la utilización de TIC o las ODR.

No obstante, corresponde referir las Leyes Modelo elaboradas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (UNCITRAL), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2007) y el Electronic Commerce Project (ECP) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

El objetivo de este trabajo es elaborar algunos lineamientos iniciales, pautas mínimas, principios rectores a considerar en cuanto al empleo de medios alternativos de solución de conflictos en línea en la búsqueda de una regulación eficiente de la jurisdicción internacional en la materia.

Por ello, luego de un rápido análisis del conflicto y las distintas formas de entenderlo se analizaron los distintos medios de solución, comprendiendo la jurisdicción internacional y los denominados *on line dispute resolutions*.

Para concluir, y a modo ejemplificativo, se analizaron los mecanismos de solución de conflictos incorporados en los reglamentos de uso en diversas plataformas y sitios empleados habitualmente como medio de comunicación con fines sociales, culturales o comerciales, los cuales, deben ser aceptados por los usuarios en forma previa al acceso.

CAPÍTULO I

1. Introducción

La revolución digital en el campo de las comunicaciones ha transformado el mundo actual, al punto tal que ha pasado a referírsele como “sociedad de la información”.

Internet es el fenómeno de más rápida expansión en la historia. Los adelantos que lo han hecho posible no solo han contribuido a que se produzcan cambios en el terreno de las comunicaciones, sino que también han propiciado un amplio desarrollo de una nueva economía denominada “economía digital”, reflejado en los mercados financieros y el flujo comercial, así como en las innovadoras formas de comercio y las nuevas posibilidades para los consumidores.

En muchas regiones del globo ha empezado a cambiar de manera significativa la forma en que los particulares, las empresas y los gobiernos estructuran su labor, sus relaciones y la forma en que llevan a cabo sus actividades comerciales.

El advenimiento de internet, que trasciende las fronteras estaduales, abrió un amplio abanico de posibilidades en el campo jurídico permitiendo celebrar variadas transacciones internacionales, entre las que se destacan desde los derechos intelectuales, los derechos de

autor, la libertad de expresión, como cuestiones de fiscalización tributaria, responsabilidad por los daños y hasta delitos.

El comercio realizado por medios electrónicos no es una novedad. Sin embargo, la aparición de internet, una “red de redes”, ha dado lugar a una expansión internacional extraordinaria respecto del número de usuarios y la gama de aplicaciones útiles en nuestra vida cotidiana. La posibilidad de que los consumidores realicen operaciones mediante un sitio web aumenta las probabilidades para que los tribunales extranjeros se consideren competentes y llamados a resolver las eventuales disputas ocasionadas en esa esfera, máxime que la mayor parte de las transacciones y operaciones realizadas en internet son internacionales.

Puede ocurrir que las partes que intervengan en las actividades comerciales –en particular, los usuarios de internet, los vendedores, las empresas (y sus activos), los proveedores de servicios y de contenido, los compradores, o los servidores informáticos pueden estar radicados en diferentes países y surgir dudas, no solo respecto del *lugar* en que se realizan algunos actos, sino que pueden llegar a tener consecuencias *previstas* o *imprevistas* en todo el mundo, lo que provoca incertidumbre cuando hay que localizar la controversia, establecer el derecho aplicable y, en caso de conflicto, determinar la jurisdicción internacionalmente competente o buscar alternativas adecuadas de solución de controversias.¹

Los usuarios pueden acceder a internet prácticamente desde cualquier lugar de la tierra. Debido a la tecnología de conmutación de paquetes y el complejo entramado de las redes digitales y la infraestructura de las telecomunicaciones, la información digitalizada puede viajar a través de diversos países y jurisdicciones, cada uno con su propio sistema jurídico, hasta alcanzar su destino. Así se ha dicho que las direcciones de internet no tienen una ubicación fija, son puramente conceptuales.²

¹ En otras palabras, la propia naturaleza del fenómeno clama por la intervención del D.I.Pr., por ser la rama del derecho que se presenta como la más comprometida y, por ende, una de las más aptas para dar respuesta a algunos interrogantes, tales como la ley aplicable o la jurisdicción competente en esta delicada como relevante materia.

² Los *routers* que dirigen los paquetes hacia una dirección a una velocidad de entre 100 000 y 500 000 por segundo solo pueden saber cuál es el siguiente

El desarrollo de la ciencia y el conocimiento se produce cíclicamente, y a medida que los avances tecnológicos y descubrimientos solucionan problemas o proporcionan respuestas a diversos interrogantes, motivan, generan nuevos problemas que abren el panorama hacia nuevos planteamientos, cuestionamientos. Cabe señalar que el despliegue de la informática ha posibilitado el desarrollo de internet, instrumento que con sus aplicaciones ha proporcionado solución a un conjunto de problemas que, a su vez, abre nuevas interrogantes que deben ser respondidas, tal el caso de la negociación y contratación electrónica a nivel internacional, que al superar las fronteras estaduales enfrentan la necesidad de su abordaje, tratamiento, regulación jurídica. En este sentido, la noción de contratación electrónica constituye la aplicación de las tecnologías de la información a la teoría general del negocio jurídico en la esfera internacional.

Lo cierto es que el entorno de internet provocó, entre otras implicancias jurídicas, la aparición de una pugna entre quienes polemizan en torno de la legitimidad de los derechos estaduales de regular jurídicamente este espacio y el derecho de los usuarios de emplearlo a su libre albedrío. Ello implica cuestionarse, por un lado, sobre si el ciberespacio es o no un territorio sin dueño, un espacio sin ley, un lugar sin lugar, o si en cambio, la comunicación electrónica tiene la misma naturaleza y, por ende, está sujeta a los mismos límites legales que toda comunicación.

La forma tradicional, en la que adquiere primacía el documento escrito, se asimila y se expande hacia la utilización de los medios elec-

punto lógico en una tabla de encaminamiento y qué circuito puede llevar el paquete. Los paquetes viajan libremente por el globo mediante numerosos circuitos y se dirigen a puntos finales geográficamente indeterminados. La tecnología garantiza que los paquetes se vuelvan a colocar en el orden correcto y que no se vean alterados por errores de datos. Mathiason John R. y Charles C. Kuhlman, "International Public Regulation of the Internet: Who Will Give You Your Domain Name?" Minneapolis, 21 de marzo de 1998. en: Proceso de Nombres de Dominio de Internet en la OMPI - La Gestión de Nombres y Direcciones de Internet: Problemas De Propiedad Intelectual. Informe provisional del proceso de la OMPI sobre nombres de dominio de internet (23 de diciembre de 1998) [Última consulta: 20/04/2019] y <http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/130/dftmail/Mathiason/htm>

trónicos. Sitios de internet, plataformas electrónicas, correo electrónico, son las nuevas modalidades usadas por los particulares, empresas, organizaciones y por el propio Estado, para desplegar actividades económicas. Esta interacción ocurre en el escenario global, mundial sin encerrarse en las fronteras estatales y a velocidades insospechadas, acuñándose una economía de tiempo real, en la que las decisiones, contratos, transacciones se concretan oprimiendo la tecla de un teléfono celular, o del *mouse* de la computadora. En ese marco, una cuestión de especial relevancia y delicadeza resulta aquella de decidir la manera de armonizar los derechos nacionales, cómo construir una regulación que constituya una base segura de las negociaciones, de la contratación por medios electrónicos.

2. Algunos intentos de armonización

Diversas organizaciones han intentado emprender ese complejo desafío. Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI o UNCITRAL) ha preparado una serie de instrumentos vinculados al comercio electrónico entre los que destaca la Ley Modelo de Comercio Electrónico de 1996 (modificada en 1998), que establece parámetros normativos en la materia y tiene por objeto su adopción en el orden nacional de los países. Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo en Australia, las Bermudas, Colombia, Eslovenia, los Estados de Jersey, Dependencia de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Filipinas, Francia, Hong Kong, Irlanda, Corea, Singapur y se ha preparado legislación uniforme influida por la Ley Modelo en Canadá— y en los Estados Unidos durante 1999. También corresponde resaltar la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas del 5 de julio de 2001.

A su turno, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2007) busca suprimir los obstáculos jurídicos de la utilización de los medios modernos de comunicación. Su objeto es reglar acerca de cuestiones concretas tales como la formación de los contratos por la utilización de los mensajes de datos y no de los elementos materiales de la oferta y aceptación, ni de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en virtud del contrato. Las cuestiones relativas al derecho sustantivo que se derivan de un contrato se seguirán rigiendo por

el derecho aplicable, según el Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002. En suma, el instrumento pretende examinar aquellos aspectos que afecten o alteren la certeza, transparencia y predictibilidad jurídica de la contratación motivados por la aparición de los medios electrónicos en su formación y que puedan obstaculizar el desarrollo del comercio electrónico.

Por su parte, el Electronic Commerce Project (ECP) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el que participan especialistas de diversos campos (telecomunicaciones, banca, transporte) define buenas prácticas comerciales que ayudan a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas. Se centra, entre otros puntos, en las denominadas reglas de procedimiento y negociación en transacciones electrónicas, cuya misión es adaptar las reglas existentes para las transacciones basadas en documentos en papel a las transacciones electrónicas, para beneficiarse de las nuevas posibilidades que ofrece internet para simplificar los procedimientos tradicionales, brindando las herramientas necesarias para la elaboración de contratos electrónicos y la elaboración de reglas y cláusulas que pueden incorporarse en estos contratos.

Estos documentos han sido elaborados sobre la base de la implementación de algunos principios fundamentales en la materia, tales como, el principio de neutralidad tecnológica y el principio de equivalencia funcional, que posibilitan la permanente actualización de sus contenidos conforme las innovaciones en materia informática y electrónica, como así también, la equiparación de los efectos de las comunicaciones, documentos y actos realizados con medios electrónicos a los realizados tradicionalmente en forma física y en formato papel.³

Finalmente, cabe destacar la labor emprendida por la Comisión de la Unión Europea que es uno de los escenarios más activos en el

³ Aunque suele simplificarse la teoría de la equivalencia funcional enunciando que el medio electrónico es equivalente al papel, en realidad es un poco más amplia y significativa. Sostiene que, cuando el sistema jurídico impone un requisito para la realización válida de un acto (que conste por escrito, firmado, en documento original, etc.), busca proteger, amparar algún valor jurídico; entonces, “cuando mediante el empleo del medio electrónico, se logra cumplir el objetivo de la ley al imponer un determinado requisito, ese medio electrónico empleado es el equivalente funcional del requisito legal”.

marco del desarrollo de Directivas para la adopción de políticas en el área del comercio electrónico. Realizó su primera aproximación con su programa TEDIS (*Trade Electronic Data Interchange System*) en 1989, a través del que hizo varios estudios tendientes a promover el desarrollo del EDI y el comercio electrónico.

En el Mercosur, si bien no se ha regulado específicamente la contratación internacional electrónica, existen algunos resultados importantes; así, el Grupo Mercado Común emitió la MERCOSUR/GMC EXT./RES. n° 37/06 relativa al reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada.

En lo que respecta a la Jurisdicción Internacional, se encuentran vigentes el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual⁴, el Protocolo de Las Leñas sobre Asistencia y Cooperación Judicial en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa⁵, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur⁶, sin embargo, tales instrumentos no contemplan comunicaciones ni actos realizados mediante la utilización de medios electrónicos.

No obstante, antes de ingresar en el análisis de los instrumentos referidos conviene hacer una apreciación con relación a los distintos caminos, para lograr la armonización legislativa y, sobre todo, a sus posibles fundamentos.

Existen dos posturas predominantes acerca del modo de regular legislativamente las desavenencias surgidas por el uso de internet:

1) Con la creación de una normativa material específica, *ad hoc*, que se justificaría ante la obsolescencia del derecho tradicional; la que han llamado nueva *lex mercatoria*, o *lex informatica*, *lex internética*, *lex cibernética*, entre otras posibles denominaciones.

⁴ Suscrito por la Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994.

⁵ Adoptada en el Valle de Las Leñas, Departamento de Malargüe, provincia de Mendoza, República Argentina, el 27 de mayo de 1992 por la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁶ Aprobado por Consejo Mercado Común mediante Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 03/98.

2) Acudir a las reglas de D.I.Pr., por su eficiencia y condiciones para asumir los avances tecnológicos y solucionar problemas que no son nuevos, sino que se presentan con un formato tecnológico novedoso.

De manera general, podemos distinguir tres orientaciones:

a) *La armonización* en materia de reglas electivas, de conflicto de leyes: podría acordarse un instrumento jurídico internacional, sobre la base de normas indirectas que establezcan puntos de conexión rígidos (domicilio, lugar de ejecución, lugar de celebración, etc.) o bien, puntos de conexión flexibles (lugar que tenga vínculos estrechos, relevantes o significativos con el acto jurídico).

b) *La unificación*, creación de la ley sustantiva propia de internet: permitiría –según sus defensores– la adecuación al avance tecnológico ganando en certidumbre, en el gobierno de las relaciones jurídicas desplegadas *online*. Sus cultores han afirmado que el propio concepto de soberanía de los Estados debería ser actualizado.

c) Partir del reconocimiento de internet como jurisdicción propia, asignarle las disputas a un tribunal internacional de Arbitraje de internet o una Corte especial con competencia exclusiva, aplicándose las normas de los reglamentos de los centros especializados, que regulan lo relacionado con la ley aplicable procesal y de fondo para dirimir las disputas.

Como se ha señalado, el comercio electrónico origina interactividad y transacciones entre partes que quizá no hayan tenido contacto previo, se encuentran no solo distantes, sino que a veces, también desconocen la situación geográfica de la otra parte. Hoy día, incluso la actividad de una Pyme puede extenderse fuera de los límites del Estado de su localización, en un entorno digital en el que pueden negociar en todo el mundo.

Todas las operaciones precisan reglas que regulen de manera clara la relación entre las partes, como así también, el sistema de solución de conflicto al que pueda accederse para destrabar, resolver las controversias entre ellas.

CAPÍTULO II

El conflicto: algunas nociones necesarias sobre la Teoría General del Conflicto desde una perspectiva socio-normativa

1.1. Introducción. Distintas perspectivas

Basados en el ideal del desarrollo humano en una sociedad en paz y armonía, mucho se ha debatido sobre si el conflicto es una forma normal de la vida social o una patología de ella y, en consecuencia, se le asigna el carácter (o estigma) positivo o negativo que el conflicto tiene en la vida humana en la sociedad.

No es mi intención hacer una evolución histórica de cómo los autores han considerado al conflicto en las relaciones individuales, sociales y estatales. No obstante, parece procedente distinguir tres corrientes o enfoques:

a) *Enfoque tradicional*: se desarrolló en las décadas de 1930 y 1940 y fundado en la concepción que todo conflicto es nocivo, malo, que es sinónimo de violencia, destrucción e irracionalidad; por lo tanto, había que evitarlo porque afectaba negativamente a las personas, los grupos y las organizaciones. La única forma de prevenirlo o resolverlo es atacando sus causas que, según los autores enrolados en esta co-

rriente, son entre otros, la mala comunicación, la falta de franqueza y de confianza.¹

b) *Enfoque de las relaciones humanas*: de fines de 1940 a mediados de 1970. Resultó un avance en torno al manejo de los conflictos afirmando que el conflicto no siempre es malo o negativo y que puede ser beneficioso para el desempeño de las personas y los grupos. Se basa en que el conflicto es inevitable, es un proceso natural de las relaciones humanas y por lo tanto debemos aceptarlo como tal.²

c) *Enfoque interactivo*: también, acepta el conflicto como algo natural. Además, sostiene que resulta conveniente fomentarlo, ya que un grupo pacífico, armonioso, tranquilo y cooperativo tiende a ser estático, apático y no responde a las necesidades de innovación y cambio que conducen al desarrollo. Es conveniente estimular el conflicto en un grado manejable que incentive la creatividad, la reflexión, el trabajo en equipo y promueva una forma más eficiente de tomar decisiones, para establecer metas ambiciosas y alcanzables, contribuyendo a un sentido de logro.³

En la actualidad, la existencia del conflicto está aceptada como una parte inevitable del funcionamiento social, en el que el desarrollo humano procede por etapas, que implican continuas situaciones de cambio, que se encuentran movilizadas por el conflicto generado en la etapa anterior que ha devenido como insuficiente, no resulta satisfactoria para una parte del grupo social que, con nuevas aspiraciones, impulsa la transformación.

La sociedad cambia, se desarrolla cuando una parte del grupo comienza a considerar insatisfactoria su situación e intenta modificarla entrando en confrontación con el grupo o parte de la sociedad que no considera que la situación deba mutar, y pretende mantener el *status quo*. Vemos así dos partes en conflicto por hacer valer sus intereses contrapuestos, pero, como analizamos más adelante, cada parte puede

¹ Parra Triana, Francy J., *Una mirada antropológica sobre el conflicto, la desigualdad y los procesos de reinserción social en Colombia*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2016. p. 57.

² Parra Triana, Francy J., ob. cit.

³ Parra Triana, Francy J., ob. cit.

estar compuesta por uno o más individuos, o distintas clases sociales, hasta naciones enteras.

Ahora bien, sentado que el conflicto es una constante de la vida del hombre, enfocar su estudio o un análisis científico presenta ciertos inconvenientes en virtud de que el objeto “conflicto” no es un hecho de la naturaleza. Ni el orden jurídico ni el conflicto son objetos que puedan verse o tocarse, no pueden elaborarse o accederse a una noción a su respecto a partir de la observación empírica. Pero la tarea de aproximarnos a su concepto se simplifica si tratamos de provocar la intuición intelectual de un objeto que puede pensarse como integrante de una clase que forma parte de un género más extenso y ya conocido.

Así, Julien Freund⁴ desarrolla una noción de conflicto a partir del concepto de “relación social”. La relación social es un fenómeno del cual todos tenemos múltiples experiencias cualquiera sea la formación de quien pretende acceder a una noción de conflicto.⁵ Desde la infancia, todos hemos participado en juegos infantiles, deportes, vivido relaciones familiares, escolares y, posteriormente, laborales, amorosas, sociales, etc., lo que nos permite poseer un conocimiento experimental, vital y biográfico del objeto “relaciones”.

A su turno, Max Weber⁶ describe la relación como la conducta recíproca de dos o más sujetos que actúan de modo tal que, cada uno de ellos piensa, asume y decide su conducta teniendo en cuenta la de los demás.

El desarrollo del conflicto depende de la actitud que asuman las partes, de su comportamiento y reacción frente a la conducta del otro

⁴ Julien Freund (1921-1993), sociólogo y filósofo francés, uno de los filósofos políticos más destacados del siglo XX. Sus estudios abarcaron: filosofía, política, derecho, economía, pasando por la polemología como nueva disciplina.

⁵ Entelman, Remo, “Derecho y conflicto”, <http://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/DERECHO-Y-CONFLICTO.pdf>. [Última consulta: septiembre, 2014].

⁶ Max Weber (1864-1920), historiador, politólogo, filósofo, jurista, sociólogo, economista. Dentro de la sociología de las políticas y gobierno, el ensayo *La política como vocación* revela una de las ideas más importantes del pensamiento social occidental: que el Estado es la entidad que reclama el monopolio sobre el legítimo uso de la fuerza física. La política se debe entender como cualquier actividad a la que puede dedicarse el Estado para influir sobre la distribución relativa de fuerza. La política, por tanto, se deriva del poder.

(lo que llamaremos interacción) y de los mecanismos de regulación y solución que decidamos utilizar. Las diferentes visiones y posturas en un asunto, los intereses divergentes en las relaciones, las controversias en los proyectos son inevitables. Es de esperar las naturales diferencias de opiniones y sería un error intentar suprimir todo conflicto, ya que puede ser benéfico y contribuir al desarrollo o crecimiento de los grupos de trabajo, de las empresas, de la sociedad.

Con un “manejo” adecuado del conflicto es posible utilizar las situaciones conflictivas en el que todos los afectados resulten en alguna medida beneficiados por medio de la “transformación del conflicto”; pero para que ello ocurra y las situaciones de conflicto se conviertan en oportunidades de aprendizaje y evolución resulta necesario que el conflicto pueda ser “reconocido” y exista voluntad y responsabilidad de las partes involucradas.

El conflicto puede seguir cursos destructivos generando círculos viciosos que perpetúen relaciones antagónicas, hostiles, pero también puede tener aspectos funcionalmente positivos. Así, podemos referir que evita los estancamientos, que es la raíz del cambio personal y social, y que ayuda a establecer las identidades tanto personales como grupales. También ayuda a aprender nuevos y mejores modos de responder a los problemas, a conocernos mejor a nosotros mismos, a los demás y a construir relaciones mejores y más duraderas.

Un aspecto que debemos tener en cuenta es el de las diferentes denominaciones que se han utilizado en el estudio de las relaciones de desacuerdo, y en la elaboración de una “teoría del conflicto”; entre las que se destacan las de Resolución de Conflictos, Gestión de Conflictos y Transformación del Conflicto, siendo que cada una de ellas implica una visión especial, diferente del mismo objeto de estudio: el conflicto.

La noción de resolución mantiene el carácter negativo del conflicto al seguir estudiando sus consecuencias destructivas. En el ideal de sociedad que se relaciona pacíficamente en un estado de Derecho, todo conflicto es una relación enferma, una situación nociva. Es, como vimos, una concepción tradicional de la cuestión en la que se resuelve el conflicto a través de la destrucción de los otros. Se visualiza como única solución posible que una parte resulte vencedora sobre la otra.

Al final del conflicto siempre una parte gana y la otra pierde.⁷ Las personas que destacan los aspectos negativos del conflicto no han sido educadas, entrenadas para observar los posibles aspectos positivos.

La percepción positiva del conflicto lo entiende como un elemento funcional de la sociedad que actúa de estímulo en las relaciones humanas. El conflicto es concebido como inherente, necesario para la sociedad y dador de respuestas múltiples en función del contexto en el que se origina y productor de cambios en las estructuras sociales.

Si descartamos la idea negativa que se tiene del conflicto como algo nocivo para cualquier relación (contractual, empresarial, familiar, etc.), podemos advertir que una situación conflictual bien manejada o gerenciada puede ofrecer entre otras ventajas, las siguientes:

- Alcanzar mejores acuerdos para las tareas comunes;
- Fortificar las relaciones, aumentando la confianza mutua y la motivación para trabajar en conjunto;
- Aumentar la autoestima, ya que la parte siente que ha logrado alcanzar sus objetivos;
- Proporcionar la oportunidad de obtener nueva información, estudiar alternativas, aprender a desarrollar mejores soluciones a los problemas.

A lo largo de estas pocas páginas advertiremos que rara vez una relación será puramente conflictiva o totalmente cooperativa, y que muy habitualmente estamos frente a relaciones que en mayor o menor medida poseen situaciones de colaboración y otras de conflicto. Transitaremos un ámbito de relaciones jurídicas con distintos grados de cooperación o de incompatibilidad, divisando el complejo fenómeno de la coexistencia de zonas de cooperación y de conflicto asociadas a la búsqueda de métodos cooperativos para resolver controversias, destinados a obtener soluciones que satisfagan a todos los oponentes.

Se trata de lograr soluciones del tipo denominado “ganador-ganador”.

⁷ Paris Albert, Sonia *Filosofía de los conflictos. Una teoría para su transformación pacífica*, Barcelona, Icaria-Antrazyt- Paz y Conflictos, 2009, p. 42.

1.2. Fenomenología

La fenomenología es un movimiento filosófico del siglo XX que describe las estructuras de la experiencia tal y como se presentan en la conciencia. La sociología fenomenológica tiene como máximo representante a Alfred Schütz⁸, quien se asienta en la filosofía de Husserl⁹ y el método de comprensión de Weber.¹⁰

La propuesta pone énfasis en la interpretación de los significados del mundo y las acciones e interacciones de los sujetos sociales. Del mundo conocido y de las experiencias compartidas por los sujetos se obtienen señales, indicaciones para interpretar la diversidad de símbolos. Los sujetos comparten experiencias, interactúan y se comunican y, como producto de esas situaciones de interacción, obtienen las señales necesarias para comprender la realidad.

Los sujetos que viven en el mundo social están determinados por su biografía y por sus experiencias inmediatas, de modo que cada individuo se sitúa en un determinado lugar en el mundo, y su experiencia es única e irrepetible. Los sujetos aprehenden la realidad desde esta posición que ocupan en el mundo.

Los sujetos crean la sociedad y desde que esta se convierte en una realidad objetiva, a su vez crea a los sujetos. Entonces, autores de la talla

⁸ Schütz entendió la fenomenología como una aproximación a lo cotidiano y la realidad como un mundo en el que los fenómenos están dados sin importar si son reales, ideales o imaginarios y en el que los sujetos viven en una actitud natural, desde el sentido común. Esa actitud permite a los sujetos suponer un mundo externo en el que cada sujeto vive experiencias significativas y asume que otros también las viven. Rizo García, Marta, “Alfred Schütz y la Teoría de la Comunicación. Reflexiones desde la Comunicología Posible”, <http://inkorruptibles.over-blog.com/2017/07/alfred-schutz-y-la-teoria-de-la-comunicacion-reflexiones-desde-la-comunicologia-posible-ii-marta-rizo-garcia.html> [Última consulta: 03/2018].

⁹ Aunque existen varias ramificaciones, suele considerarse la obra “Investigaciones filosóficas” de Edmund Husserl como la primera fuente de inspiración del pensamiento fenomenológico.

¹⁰ Rizo García, Marta, “La Intersubjetividad como Eje Conceptual para pensar la Relación entre Comunicación, Subjetividad y Ciudad”, *Razón y Palabra*, N° 47, octubre - noviembre 2005, <http://www.razonypalabra.org.mx/antecedentes/n47/mrizo.html> [Última consulta: 03-04/2018].

de Schütz, Berger y Luckmann entienden la intersubjetividad como el vivir humano en una comunidad social e histórica. La vida cotidiana es una realidad intersubjetiva, compartida con otros y la interacción cara a cara es la experiencia más importante de la interacción social porque de ella se derivan todas las demás situaciones de interacción.

Sin poder, en esta oportunidad, extendernos en el análisis de los conceptos básicos de la teoría desarrollada por estos autores, me permito destacar la idea que el sujeto, a lo largo de su vida incorpora y acumula una gran cantidad de indicaciones que luego usa para comprender y controlar aspectos de su experiencia cotidiana. La realidad del sentido común es dada a los sujetos en formas culturales-históricas universales, y la manera en que esas formas se expresan en las vidas individuales depende de las experiencias que una persona construye a lo largo de su existencia.

Schütz afirma: “al vivir en el mundo, vivimos con otros y para otros, y orientamos nuestras vidas hacia ellos. Al vivenciarlos como otros, como contemporáneos y congéneres, como predecesores y sucesores (...) comprendemos la conducta de los otros y suponemos que ellos comprenden la nuestra”.¹¹

Poner en claro estos conceptos nos llevará a comprender al otro en una situación determinada, entender sus objetivos, el porqué de sus pretensiones, por qué adopta una posición intransigente frente a determinados aspectos del conflicto, etc.

Resulta clave, asimismo, las formas de comunicación utilizadas. Schütz, Berger y Luckmann efectuaron muchas reflexiones respecto a la comunicación que aparece vinculada a los conceptos de acción e intersubjetividad. Entre otras cuestiones, expusieron:

- La posibilidad de comprender a los otros se fundamenta en la existencia de relaciones de mutuo entendimiento y de un ambiente común comunicativo.
- Para comprender las acciones de los otros, se debe conocer no solo la materialidad de los mensajes, sino también comprender

¹¹ Rizo García, Marta, “Sociología fenomenológica y comunicología: Sociología Fenomenológica y sus aportes a la comunicación interpersonal y mediática”, *Revista Fronteiras – Estudos midiáticos*, 25-32, enero/abril 2009, Vol. 11, n° 1, p. 29.

a quién los está emitiendo.

- Solo son comunicaciones, las acciones que intentan transmitir un determinado significado.
- La comunicación necesita de la existencia de un mundo de objetos físicos y culturales, de los otros como seres dotados de conciencia, de la capacidad de los sujetos de atribuir significados a las conductas de los otros, y de la conciencia de que muchos objetos y fenómenos de la vida cotidiana tienen el mismo significado para el otro que para uno.

Para la sociología fenomenológica, el individuo es un actor que reproduce su contexto social a partir de sus interacciones cotidianas. La idea se encuentra centrada en las relaciones intersubjetivas bajo el ángulo de la interacción otorgando un rol importante, en la construcción social, a la negociación y la comunicación ya que posibilitan la negociación, el diálogo o el conflicto en cualquier situación de interacción humana. La interacción se da en el plano de la intersubjetividad, lo que implica la cualidad de las personas de ver y oír fenomenológicamente, desarrollando el sentido a través de diálogos y de las acciones. La interpretación de lo social tiene, en su base, la influencia que las acciones de los sujetos tienen en otros.

En conclusión, para la sociología fenomenológica la subjetividad está inevitablemente presente en cualquier acto de comunicación, pues este, parte de las perspectivas particulares, ya sean convergentes o divergentes, de las partes en el acto.

Nos parece esencial no perder este enfoque cuando nos propongamos adoptar cualquier mecanismo de solución de conflictos. A partir de él efectuaremos un breve análisis de los distintos aspectos de la teoría del conflicto.

1.3. Interaccionismo simbólico¹²

El “interaccionismo simbólico” se utiliza para designar un enfoque relativamente definido del estudio de la vida de los grupos humanos y del comportamiento del hombre.

Anselm Strauss (1978)¹³ abordó el tema del conflicto desde la perspectiva del interaccionismo simbólico entendiendo que el conflicto no es algo que ocurre entre individuos y grupos, sino que es un proceso fundamental mediante el cual la sociedad constantemente se rehace. Este enfoque es conocido como “orden negociado”.¹⁴

Strauss examina los siguientes factores fundamentales que se dan en el contexto directo de la negociación:

- El número de negociadores.
- Si las negociaciones son únicas, repetidas, secuenciales, seriales, múltiples o vinculadas.
- El equilibrio de poder entre las partes.
- La naturaleza de sus respectivas propuestas.
- La visibilidad de las transacciones para otros.
- El número y la complejidad de los asuntos negociados.
- Las opciones disponibles si las negociaciones se evitan o interrumpen.

¹² El interaccionismo simbólico es un desarrollo de la psicología social que cuenta, entre otros autores a William James, John Dewey, George H. Mead, Charles H. Cooley y Anselm Strauss.

¹³ Anselm Strauss, internacionalmente conocido como médico y como desarrollador (con Barney Glaser) de la teoría fundamentada, un método innovador de análisis cualitativo ampliamente utilizado en sociología, enfermería, educación, trabajo social y estudios organizacionales, escribió sobre sociología de Chicago/interaccionismo simbólico, sociología del trabajo, teoría de mundos sociales/arenas, psicología social e imágenes urbanas, <http://dne2.ucsf.edu/public/anselmstrauss/index.html>, [Última consulta: marzo de 2017].

¹⁴ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, “Introducción a la Teoría del Conflicto en las Organizaciones”. *Working Papers 2002/48*, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 15/16, en: https://www.academia.edu/8139509/Introducci%C3%B3n_a_la_Teor%C3%ADa_del_Conflicto_en_las_Organizaciones, [Última consulta: 12/2017].

También debe considerarse que detrás del contexto de la negociación está el contexto institucional que proporciona la estructura para las negociaciones.

Blumer,¹⁵ por su parte, identificó como premisas básicas del interaccionismo simbólico las siguientes:¹⁶

- Los seres humanos actúan hacia las cosas sobre la base de lo que las cosas significan para ellos.
- La fuente de ese significado es un producto social, que emana de y a través de las actividades de los individuos al interactuar. El significado de tales cosas se debe a la interacción que cada uno tiene con sus semejantes.
- Esos significados se sostienen y se modifican mediante un proceso interpretativo utilizado por la persona para relacionarse con lo que la rodea. La utilización del significado por el agente se produce a través de un proceso de interpretación propia, que supone autointeracción y manipulación de significados.

1.4. Disputa – Diferencia – Controversia – Desacuerdo – Conflicto

Los intentos por definir el conflicto de un modo riguroso han sido múltiples y desde distintas perspectivas y en cada una de ellas se resaltan aspectos diferentes.

Se puede partir de la identificación de dos grandes posturas.

Aquellos que proponen una categoría general en la que no es necesario distinguir entre conflicto y otras categorías afines como, por ejemplo, competencia.

¹⁵ Herbert Blumer (1900-1987). La formulación teórica del interaccionismo simbólico está inspirada en el pensamiento de su maestro Mead. Obras: *Movies and Conduct* (1933), *Movies, Delinquency, and Crime* (1933), *The Human Side of Social Planning* (1935) y *Symbolic Interaction. Perspective and Method* (1969) <http://www.infoamerica.org/teoria/blumer1.htm> [Última consulta: 04/2017].

¹⁶ Perlo, Claudia L., “Aportes del Interaccionismo Simbólico a las Teorías de la Organización”, *Invenio*, vol. 9, núm. 16, junio, 2006, pp. 89-107. Universidad del Centro Educativo Latinoamericano Rosario, Argentina, pág. 97, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4292948.pdf> [Última consulta: 05/2018].

Así, Dahrendorf¹⁷ parte de la concepción clásica de Marx de considerar al conflicto como el motor principal del cambio social. Esta consideración del conflicto como mecanismo básico de la sociedad hace que subsuma categorías relacionadas como competencia, disputa, combate, lucha, etc., al considerarlas como manifestaciones del conflicto en las que hay diferencias de grado, intensidad o normatividad del contexto.

En una postura propia de perspectivas de tipo sociológico la teoría del conflicto social se presenta a la sociedad como un sistema marcado por las desigualdades que, a su vez, son el motor del cambio social.

Desde esta percepción, los contenidos básicos de la teoría del conflicto son: a) las sociedades están sujetas a constantes e interminables cambios; b) el consenso social es prácticamente imposible. De hecho, los conflictos y contradicciones están presentes en todos los sistemas sociales; c) en toda sociedad existen elementos que contribuyen a que se produzcan estas mutaciones o cambios y d) la coerción es un elemento presente siempre en toda sociedad debido a que siempre hay grupos que tienen mayores cuotas de poder que otros.

Por otra parte, encontramos autores que proponen una concepción de alcance más limitado. En este segundo caso, los aspectos sobre los que se incide para diferenciar conflicto de otros conceptos relacionados son variados.

A este respecto, la doctrina resalta que Pondy (1967)¹⁸ distingue cuatro grupos de definiciones según los fenómenos básicos resaltados:

¹⁷ Ralf Gustav Dahrendorf (1929-2009), sociólogo, politólogo y político germano-británico, es considerado uno de los autores fundadores de la teoría del conflicto social. <http://www.buscabiografias.com/biografia/verDetalle/9611/Ralf%20Dahrendorf>, [Última consulta: 02/2018].

¹⁸ Louis Pondy (1938-1987), bachiller en física. Doctorado sobre comportamiento de la organización. Sus intereses incluyeron teoría de juegos, investigación de operaciones, filosofía, antropología, presupuestación y la asignación de recursos. Fue el primero en conectar la teoría de la contabilidad y la organización. Su trabajo posterior implicó el lenguaje y el simbolismo y su relación con la contabilidad y la teoría de la organización. <http://www.readabstracts.com/Business/In-memory-of-Louis-R-Pondy-Discussion-of-social-environments-and-organizational-accounting.html>, [Última consulta: febrero/marzo 2018].

así distingue aquellas que se centran en las “condiciones antecedentes”, como ser la existencia de recursos escasos; en los “aspectos emocionales” de las partes, que pueden ser de tensión, de hostilidad, de afecto, etc.; en los “estados cognitivos”, es decir, en la percepción de la otra parte, como es percibido por una parte la situación de conflicto y cada conducta del oponente; o en las “conductas emitidas”.¹⁹

Las definiciones propuestas son innumerables y cada una de ellas hace énfasis en uno o varios de estos fenómenos básicos. Algunas de las definiciones más conocidas son las siguientes:²⁰

- Hubert Touzard (1977): el conflicto parece definir una situación en la cual unas entidades sociales apuntan a metas opuestas, afirman valores antagónicos o tienen intereses divergentes.²¹
- Raymond Aron (1964): cataloga el conflicto como una oposición entre grupos e individuos por la posesión de bienes escasos o la realización de valores mutuamente incompatibles.²²
- Lewis A. Coser (1956): define el conflicto como una lucha por los valores, por los bienes escasos, la potencia y el estatus, lucha en la que el objetivo de los antagonistas es el neutralizar, perjudicar o eliminar al otro.²³

¹⁹ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, “Introducción a la teoría del conflicto en las organizaciones”, ob. cit., pág. 3.

²⁰ En la siguiente enunciación hemos seguido a Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, ob. cit., pp. 1-2.

²¹ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, ob. cit., pág. 2.

²² Raymond, Aron (1905-1983), sociólogo francés. Afín al liberalismo tradicional, fustigó las ideologías de derecha e izquierda y fue un lúcido analista de la realidad social y política de su tiempo. Propuso una teoría de la sociedad industrial como vía para comprender los problemas fundamentales de la civilización occidental del siglo XX. Biografías y Vidas. Enciclopedia bibliográfica en línea. [Última consulta: 03/2018]. http://www.biografiasyvidas.com/biografia/a/aron_raymond.htm

²³ Lewis A. Coser (1913-2003) sociólogo, académico alemán; estudió sociología en la Sorbona en París, Francia. Doctor en sociología, profesor en el Colegio General de la Universidad de Chicago, la Universidad de California en Berkley, la Universidad de Brandeis y la Universidad Estatal de Nueva York-Stony Brook. Fue presidente de la Sociedad para el Estudio de los Problemas Sociales, la Asociación Sociológica Americana y la Asociación Sociológica Oriental. <https://www.libraries.psu.edu/findingsaids/6311.htm>, [consulta 03/2017].

- Morton Deutsch (1973): establece que “un conflicto existe cuando ocurren actividades incompatibles. Una actividad incompatible impide o interfiere con la ocurrencia o efectividad de una segunda actividad. Estas actividades pueden tener su origen en el interior de una persona, grupo o sociedad, o bien entre individuos, grupos o sociedades”.²⁴
- Jeffrey Z. Rubin,²⁵ Dean G. Pruitt²⁶ y Sung Hee Kim (1994): entienden el conflicto como la “divergencia percibida de intereses o una creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente”.²⁷
- Para Kenneth Thomas (1992), el conflicto es el proceso que comienza cuando una parte percibe que la otra afecta o está próxima a afectar negativamente a algo que le concierne.²⁸

La doctrina seguida en este punto destaca de esta definición como ventajas su parsimonia, amplitud y se la considera inclusiva. Es decir que es relativamente simple, abarca una gran cantidad de sucesos y

²⁴ Morton Deutsch, Profesor Emérito de Psicología y Educación y fundador del Centro Internacional de Cooperación y Resolución de Conflictos (ICCCR) en el Teachers College de la Universidad de Columbia. Realizó estudios pioneros sobre cooperación y competencia, relaciones intergrupales, resolución de conflictos, conformidad social y la psicología social de la justicia. Fue presidente de la Sociedad para el Estudio Psicológico de Asuntos Sociales, la Sociedad Internacional de Psicología Política y varias Divisiones de la APA. <http://deutsch.socialpsychology.org>, [Última consulta: 03/2018].

²⁵ Autor, coautor o editor de más de 20 libros, entre ellos *Dinámica de la intervención de terceros: Kissinger en el Medio Oriente* (Greenwood, 1981) y *Conflicto social: escalada, estancamiento y liquidación*. McGraw, 2ª ed., 1993, *The New York Times*, 9 de junio de 1995 <http://www.nytimes.com/1995/06/09/obituaries/jeffrey-z-rubin-54-an-expert-on-negotiation.html>, [Última consulta: 02/2018].

²⁶ Dean G. Pruitt es investigador y autor en las áreas del conflicto social, de la negociación y de la mediación. Sus investigaciones incluyen estudios de casos de los procesos de paz de Irlanda del Norte y de Sudáfrica (Pruitt, 2006, 2007, 2008, 2009). <http://pruitt.socialpsychology.org> [Última consulta: 3/2018].

²⁷ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, “Introducción a la Teoría del Conflicto en las Organizaciones”, España, 2003, Editores: Universidad Rey Juan Carlos, p. 2.

²⁸ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, “Conflicto constructivo e integración en la obra de Mary Parker Follet”, Universidad Autónoma de Barcelona, España. *Revista Athenea Digital* - núm. 7, primavera 2005, pág. 8.

asuntos conflictivos e incluye cualquier proceso o actividad que pueda ser experimentado como un conflicto entre las partes; cuando una parte percibe que la otra afecta negativamente o está próxima a afectar negativamente. De esta definición se deriva un modelo procesual.

- Van de Vliert (1998), por su parte, entiende que dos individuos, un individuo y un grupo o dos grupos están en conflicto en tanto que al menos una de las partes siente que está siendo obstruido o irritado por la otra.²⁹

Se destaca en esta definición los siguientes aspectos:

- El conflicto puede ser unilateral. Ocurre cuando solo una parte se siente frustrada, pero evita cualquier comunicación formal e informal sobre el asunto, o cuando solo una de las partes frustradas atribuye su frustración al otro. Como desarrollaremos más adelante, en estos casos será necesario que la otra parte tome conciencia del conflicto, perciba, entienda que está en una relación conflictual y comprenda su naturaleza y magnitud, para poder encarar cualquier procedimiento o método de solución.
- La frustración es una experiencia subjetiva y no necesariamente tiene una base objetiva.
- La naturaleza de la frustración puede ser cognitiva o afectiva, o ambas (sensación de bloqueo de objetivos, sentimientos de repulsión, hostilidad, miedo).
- La frustración es achacada al otro individuo o grupo.
- La magnitud o intensidad de la frustración puede variar normalmente el conflicto (escala o desescala).
- La frustración no necesariamente va pareja con un conflicto de conducta particular con la otra parte.
- La reacción a la frustración tanto como las reacciones secundarias a la primera reacción se comprenden bajo la etiqueta de gestión del conflicto, independientemente de si las reacciones son de la parte frustrada u opositora.

En estas últimas definiciones se hace hincapié en la percepción del conflicto, como una parte “siente” o “entiende” la situación.

²⁹ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, ob. cit., pág. 9.

Podemos concluir que las distintas definiciones de conflicto detalladas suponen de un modo u otro los siguientes elementos o factores:³⁰

- Interdependencia entre las partes, sus conductas tienen el potencial de interferir en la otra;
- Percepción, de al menos una parte, de algún grado de oposición o incompatibilidad entre los objetivos o intereses entre las ellas;
- Alguna forma de interacción, la actuación de una parte influirá en la conducta y reacción de la otra y recíprocamente.

Corresponde, en rigor, aclarar la distinción existente entre las distintas nociones relativas al conflicto.³¹

El conflicto social se entiende como un proceso dinámico en el que dos o más partes independientes perciben que sus intereses se contraponen (metas incompatibles, escasez de recursos e interferencia de la otra para la consecución de las metas u objetivos), adoptando acciones que pueden constituir una amenaza a la gobernabilidad o al orden público y para cuya resolución, se requiere la intervención del Estado en calidad de mediador o garante de derechos.

Cuando estamos en presencia del conflicto social nos remitimos a las formas de control que la sociedad ha instituido para su mejor y más eficiente manejo, sean de índole formal o informal.

Por su parte, el término “disputa” se refiere a un tipo de controversia verbal, debate o altercado, que puede ser interpretada como una primera fase que posiblemente desemboque en un conflicto. Es así que la disputa es de menor nivel y no reviste el carácter caótico, y es síntoma de un conflicto que comienza a tener lugar.

Una diferencia puede entenderse conceptualmente como un conflicto de juicio u opinión (“conflicto cognitivo”), que ocurre cuando una de las partes considera que la(s) otra(s) ha(n) llegado a conclusiones

³⁰ Por la importancia de estos aspectos haré referencia a ellos en forma un poco más extensa más adelante.

³¹ Algunos autores distinguen las nociones relativas al conflicto y otros las subsumen en uno, considerándolos solo distintos tipos o grados de relaciones no cooperativas o conflictuales. Por ejemplo, son variados los textos en los que se utiliza el término “disputa” como sinónimo de conflicto o controversia. En este sentido, lo utilizaremos en el presente trabajo (salvo expresa aclaración).

equivocadas sobre hechos reales. Se trata fundamentalmente de una contraposición de opiniones.³²

Una controversia consiste en una oposición de intereses o posiciones acerca de un hecho, una acción o decisión. Thomas (1992), además, de efectuar la clasificación de los conflictos en objetivos o de intereses y de valores o normativos, distingue los conflictos de juicio u opinión o conflictos cognitivos (controversias) que implican diferencias sobre temas de hecho o empíricos. Una parte percibe que la otra ha llegado a conclusiones diferentes (e incorrectas) sobre lo que es verdad en un sentido empírico.

Continuando con las definiciones, un interés es un objetivo o meta que persigue un grupo social, en tanto que una posición es la visión o representación que dicho grupo se ha forjado en torno a un hecho, acción o decisión concreta.

1.5. Una noción respecto al “conflicto”

De lo hasta aquí analizado, no es difícil comprender que la noción que se tenga del concepto “conflicto” dependerá del área o la disciplina desde la cual se aborde su estudio.

El término proviene de la expresión latina *conflictus* y el *Diccionario de la Real Academia Española* nos ofrece distintas acepciones, así: a) en sentido figurado significa combate, lucha, pelea; b) enfrentamiento armado; c) apuro, situación desgraciada y de difícil salida; d) problema, cuestión, materia de discusión; e) desde un aspecto psicológico es la coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos; f) refiere, asimismo, al momento en que la batalla es más dura y violenta (el punto de escalada máximo, cuando se han superado etapas de simples diferencias o discusión) y g) en las relaciones laborales, el que enfrenta a representantes de los trabajadores y a los empresarios.³³

³² “Willaqniki n° 1 – Informe sobre diferencias, controversias y conflictos sociales”, Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad. Presidencia del Consejo de Ministros. Perú, 2012, en <http://www2.pcm.gob.pe>, [Última consulta: 04/2018].

³³ *Diccionario de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es> [Última consulta: 04/2018].

Los abogados, juristas y científicos del Derecho, en general, han estructurado el pensamiento y comportamiento frente a situaciones de conflicto “conforme a Derecho”. Estamos habituados a “encasillar” cada situación en un tipo normativo e intentar resolverla dentro de lo prescrito por la ley. Nos manejarnos solo en el ámbito de la normatividad.

El pensamiento de los profesionales del Derecho está estructurado de acuerdo con el binomio derecho-deber. Si un sujeto está obligado a realizar una determinada conducta o a entregar una cosa, si tiene una “obligación de dar o hacer”, el otro sujeto de la relación tiene el derecho a recibir la prestación del servicio o la cosa debida.

Es decir que, de suscitarse un conflicto entre las partes, bastará con recurrir a las prescripciones del sistema jurídico para saber la naturaleza y medida del derecho (subjetivo) de una parte y, consecuentemente, de la obligación de la otra. Por ende, nos hemos educado para considerar que, para resolver cualquier conflicto, debemos recurrir a la justicia y aplicar la norma jurídica.

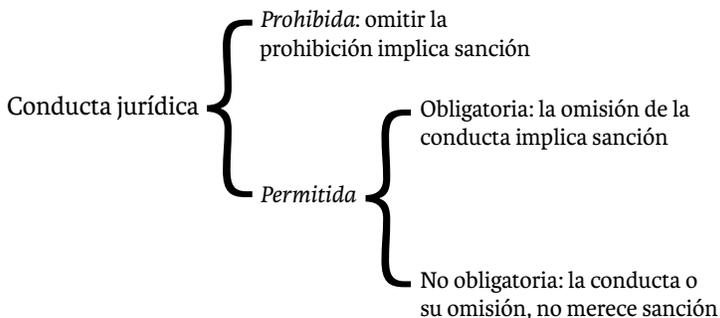
Nos hemos acostumbrado a pensar que todo conflicto, desacuerdo generado en cualquier situación entre partes encontrará su solución en el sistema jurídico, “en el marco de la ley”. Sin embargo, si bien el Derecho nos brinda un sistema de “solución pacífica de conflictos”³⁴,

³⁴ Pese a esta afirmación y del hecho que seguiré refiriendo al Derecho como un mecanismo o “sistema de solución pacífica de conflictos” tal como ampliamente lo sostiene la doctrina, entiendo esta idea en razón a que a los particulares no les está permitido el uso de la violencia para resolver la disputa, y al que deban recurrir al mecanismo creado por el Estado –proceso judicial– para arribar a una solución. No obstante, y como bien advirtiera el Dr. Entelman, quien fuera mi profesor de la asignatura Teoría del Conflicto en la Universidad de Buenos Aires, el Derecho es un sistema que monopoliza el empleo de la violencia por cuanto, no podríamos, en esencia, reconocerlo o considerarlo como un sistema “pacífico” de resolución de conflictos. Así, “si recapacitamos sobre el hecho de que las definiciones de prohibido y permitido emanan del concepto de sanción, corresponde analizar el significado que esa expresión tiene en el lenguaje de la ciencia del Derecho. Descubriremos así que la sanción que en las normas está prevista como consecuencia de determinada conducta (que llamaremos antijurídica) es siempre un acto que deben realizar los jueces o sus ejecutores, cuyas múltiples variantes tienen, sin embargo, dos notas esenciales en común: (a) consisten siempre en una privación de algo valioso (libertad, vida, cosas, honores, atributos, distinciones) y (b) están

debemos reconocer que existe una amplia posibilidad de situaciones de conflicto que no están previstas ni resueltas por el sistema jurídico. No todo conflicto puede resolverse en el marco de la “teoría pura del Derecho” y es allí donde apuntamos para que el lector comience a razonar sobre la base de la “teoría del conflicto”.

El sistema jurídico prevé y regula conductas prohibidas (pasibles de ser sancionadas) y conductas permitidas que se subdividen en conductas obligatorias o no obligatorias o no prohibidas. Entendamos que la conducta permitida obligatoria se entiende como el opuesto de la prohibición. Así, si en el sistema jurídico se considera la vida humana como un bien valioso jurídicamente tutelable, resulta una conducta obligatoria el respetar la vida y será pasible de sanción quien incumpla con esta obligación jurídica y prive a alguien de su vida al ejecutar una acción prohibida por el sistema. Además, se busca conducir, orientar a las partes hacia la conducta deseada a partir de la prohibición o sanción de la conducta contraria.

Sin embargo, el sistema jurídico no abarca la regulación de la totalidad de las relaciones humanas. Las conductas simplemente permitidas o no obligatorias pueden ser o no adoptadas por el sujeto ya que el incumplimiento del permiso, la no realización de la conducta permitida no amerita sanción alguna.



siempre previstas como susceptibles de ser aplicadas con independencia de la voluntad del sancionado y aún contra ella, mediante el uso de la fuerza, por disposición del juez, en caso de resistencia”, Entelman, Remo, “Derecho y Conflicto”, Conferencia, material de estudio de la carrera de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas de la Facultad de Derecho, UBA, año 2002, en [http://www.justierradelfuego.gov.ar/Mediacion/Documentos/Libro%20Teor%C3%ADA%20del%20Conflicto % 20de%20Remo%20Entelman.htm](http://www.justierradelfuego.gov.ar/Mediacion/Documentos/Libro%20Teor%C3%ADA%20del%20Conflicto%20de%20Remo%20Entelman.htm) [Última consulta: 05/2018].

Por otra parte, conforme la teoría general del Derecho y la llamada “norma de clausura” todo lo que no está prohibido por una norma del sistema jurídico se encuentra dentro del ámbito de conductas jurídicamente permitidas.³⁵

Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y, en este sentido, está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma, es decir, la conducta prohibida.³⁶

Si bien sobre esta idea volveremos al desarrollar el tema de normatividad, debemos tener presente que, si nos centramos en el área de conductas permitidas que no son obligatorias y que, por consiguiente, no encontraremos previsiones jurídicas respecto de ellas, advertimos un sinnúmero de conflictos posibles entre sujetos cuyas pretensiones son admitidas como legítimas sin que exista un sujeto obligado a satisfacerlas.

Es decir que, en una relación, una parte puede legítimamente pretender algo, “tener derecho a algo” (ya que no le está prohibida dicha aspiración) sin que la otra parte tenga la obligación jurídica de comportarse de la manera pretendida o de entregar la cosa anhelada por otro.

Un trabajador puede anhelar un aumento de salario o mejorar su situación de empleo (ya que no le está jurídicamente prohibido aspirar a ello) sin que el empleador esté jurídicamente obligado a brindar condiciones de labor por encima de lo previsto en la ley laboral o el convenio colectivo de trabajo. El socio minoritario “tiene derecho” (ya que no le está prohibido) a aspirar que su posición sea adoptada y su punto de vista considerado para el manejo de la sociedad y, sin embargo, el socio

³⁵ Hans Kelsen, pensador jurídico y político austriaco, perteneció a la corriente del formalismo jurídico. La doctrina de Kelsen, que él llamó “teoría pura del Derecho”, tuvo continuidad en la escuela de Viena e influyó en la orientación jurídica de muchos países europeos. en <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.htm>. [Última consulta: 03/2018].

³⁶ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 4° Edición, 9° reimpresión. Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 36-37.

mayoritario no está obligado (jurídicamente) a satisfacer aquella pretensión y conducir la empresa conforme las instrucciones de la minoría.

Es fácil advertir que el número de conflictos posibles a desarrollarse en el campo de lo permitido (y, en consecuencia, sin regulación legal) es mucho mayor que los conflictos que se producen frente a las conductas y derechos jurídicamente regulados, ello, en virtud de que todo individuo “tiene derecho” a aspirar y pretender “todo lo que no le está jurídicamente prohibido”. A pesar de las posiciones antagónicas, ambas partes actúan “conforme a Derecho”.

Dicho esto, pretendo haber captado la atención del lector en el entendimiento de que no podemos seguir considerando que en una sociedad la totalidad de los conflictos individuales o colectivos, familiares, laborales, comerciales, etc., encuentra debida regulación y solución a través del marco jurídico y el sistema judicial de solución de conflictos.

Por ello, no podemos reducir nuestra noción de conflicto al conflicto judicial. El abogado, el jurista, el estudioso del Derecho no puede limitarse a buscar la solución de todos los conflictos posibles dentro de un proceso judicial en el estricto marco de la ley, ya que existen numerosas conductas sociales no prohibidas por la ley y, por lo tanto, no reguladas jurídicamente.

Resulta entonces necesario abrir el panorama a los mecanismos de solución de conflictos no judiciales para encontrar también respuestas adecuadas a las posturas antagónicas en las conductas permitidas desde la óptica de la teoría del conflicto.

Mediante la transformación y un manejo adecuado del conflicto las situaciones controvertidas se pueden convertir en situaciones de intercambio ofreciendo a las partes alternativas creativas en las que el aprendizaje ocurrido durante el proceso resulte tan importante como la solución alcanzada.

2. Elementos del conflicto

En esta aproximación a la noción de conflicto realizada anteriormente, ya he referido ciertos puntos importantes. He aludido a algunos de sus tipos –individual o grupal– y a alguno de sus elementos, como la percepción y la interacción que desarrollaremos seguidamente y es una noción a partir de la cual pueden comprenderse la de escalamiento y desescalamiento en la dinámica del conflicto.

2.1. Interacción e interdependencia

2.1.1. Interacción

Particularmente considero a la interacción uno de los elementos esenciales en el estudio del conflicto y a tener especialmente en cuenta al momento de elegir el mecanismo de solución más adecuado de conformidad al tipo de controversia observado. A partir de él, son muchas las cuestiones a analizar.

Se puede definir a la interacción como toda comunicación no rutinaria, verbal o no verbal entre actores.³⁷

Una noción más acorde o relacionada a nuestro tema de estudio nos indica que podemos hablar de interacción cuando dos o más sujetos, partes o entidades realizan conductas recíprocas secuenciales, de al menos dos actos, de tal forma que el primero pueda interpretarse como parcialmente causa del segundo.

Centrándose en este elemento, como ya vimos, una corriente del pensamiento refiere al conflicto como perteneciente a un género más amplio de los fenómenos sociales, que son: las relaciones. Es decir que, dando un concepto más de conflicto podemos afirmar que es una clase de las relaciones sociales y, por lo tanto, integrante de la trama del tejido social creado por la interacción de los hombres.

Entonces, la interacción ocurre cuando de dos actos discernibles, uno puede razonablemente interpretarse como generador, originador, provocador, fuente del otro.

Si uno de los esposos no preparó una sabrosa cena, el otro podrá reaccionar con enfado (ante la comida insatisfactoria después de un duro día de trabajo) o con comprensión (ante los esfuerzos de su cónyuge por educar y ocuparse de las tareas escolares de los hijos y realizar los quehaceres domésticos al regresar de su propio trabajo). A su vez, quien se encargó de preparar la cena reaccionará con disgusto, enfado, angustia (por la incomprensión de su cónyuge a pesar de sus esfuerzos), tristeza o culpa (por no haber podido reconfortarlo), lo cual generará otra conducta de la pareja y así sucesivamente.

³⁷ Entelman, Remo, ob. cit.

Si el trabajador llega tarde a su empleo, el empleador puede reaccionar desfavorablemente ante la tardanza (llamando al orden o sancionando al empleado), o restarle importancia (en consideración a la situación del tránsito en la ciudad), lo que a su vez condicionará la conducta siguiente del trabajador (en poner más empeño para recompensar la consideración recibida o pueda entender que su patrón tiene un carácter débil y que no sancionará las siguientes faltas).

La relación social es una conducta –recíproca– de dos o más individuos en la que cada uno piensa, decide y orienta su conducta dándole sentido en relación con la conducta del otro o de los otros. Cuando las personas comienzan a relacionarse cada una de las conductas que adopte una parte condicionará de alguna manera la conducta de la otra parte o de los demás miembros de un grupo y así sucesiva y recíprocamente.

Cabría concluir que, por la interacción propia de las relaciones sociales, la conducta de una parte es fuente generadora de la conducta de la otra.

Estas conductas pueden ser o no de cooperación, creando relaciones de acuerdo o de desacuerdo, es decir, “relaciones de cooperación” o “relaciones de conflicto”.

Hay situaciones en que los objetivos son, en mayor o menor medida coincidentes, configurando relaciones de acuerdo o cooperación. En otras situaciones, con más o menos incompatibilidades, los objetivos de uno excluyen total o parcialmente a los del otro configurándose situaciones de desacuerdo o relaciones de conflicto.

Las relaciones de conflicto se producen entre dos actores individuales o colectivos que realizan conductas tendientes a obtener metas u objetivos que son incompatibles o que alguno de los actores percibe como incompatible.

Para entender los efectos de la interacción cuando se analiza un conflicto se debe tener en cuenta el grado de subordinación o autonomía de las partes y la posibilidad de la existencia de autoridad. Veamos estos puntos.

- El grado de subordinación que los actores tienen con respecto a terceros: pensemos aquí en cualquier método de solución de situaciones de conflicto. En el ámbito jurídico, la forma en la que las partes se comuniquen, actúen y reaccionen variará si han elegido un mecanismo de heterocomposición (proceso judicial o arbitraje) en el que están sometidos a la decisión definitiva de

una tercera persona; que si están utilizando un procedimiento de mediación o conciliación en los que el poder de resolución queda en manos de las mismas partes.

Debemos considerar también que, en un conflicto familiar, diferirá la conducta de dos hermanos en relación de la posible intervención de uno de los progenitores (jerarquía), o de otro hermano (igualdad); o en un conflicto entre trabajadores de una misma empresa frente a la posible intervención del jefe, entre otras situaciones posibles.

- Resulta fácil entender el condicionamiento de las actitudes de las partes si la relación de subordinación o autoridad no se da con un tercero sino entre ellas mismas. Si una de las unidades pretende tener o realmente tiene una autoridad –de cualquier naturaleza– basada en la circunstancia de que ella representa una entidad más amplia que la otra unidad conflictiva y que esta última es integrante de esa entidad mayor a la que alega representar. Podemos pensar como ejemplo, dentro de una estructura empresarial, la posibilidad de que se suscite un conflicto entre alguna de sus unidades y la gerencia.
- El grado de autonomía que cada actor tiene con respecto al otro o el grado que ambos tienen de integración en una organización mayor: las actuaciones de cada parte estarán fuertemente condicionadas a su posibilidad de continuar con su actividad con independencia del resultado del conflicto. Por ejemplo, es lógico suponer que variará la actitud y la conducta del empresario si el conflicto se mantiene con quien es su único proveedor que si posee múltiples proveedores y su comercio no sufre importantes inconvenientes durante el desarrollo del conflicto, es decir que su posición frente a su adversario y su conducta durante el conflicto se verá influida por la mayor o menor autonomía respecto a la otra parte.

Lo mismo puede pensarse si los oponentes integran una estructura, por ejemplo, empresarial, en un conflicto suscitado entre distintos departamentos, cuyas labores son más o menos independientes entre sí.

De todo lo dicho hasta ahora, puede advertirse la importancia que reviste el estudio y entendimiento de la cuestión de la interacción de las partes del conflicto para encarar su solución.

Se han efectuado importantes estudios del comportamiento de las partes en las relaciones sociales, tanto de cooperación como no cooperativas. Veamos brevemente alguna de ellas.³⁸

i. Teoría de los Juegos³⁹

La teoría de los juegos o teoría de las decisiones interactivas es el estudio del comportamiento estratégico cuando dos o más individuos interactúan y cada decisión individual resulta de lo que esa persona espera que los otros hagan. Es decir, analiza que es lo que debemos esperar que suceda a partir de las interacciones entre los individuos.

Sin pretender ser una explicación general del comportamiento humano en situaciones de conflicto, la investigación en teoría de juegos ha sido fundamental para analizar de manera controlada las decisiones de las personas en situaciones de conflicto de intereses con otra parte. Partiendo de un esquema estrictamente racional ha servido para mostrar los límites del uso de la racionalidad y la multitud de factores que pueden mediatizarla.

En términos del lenguaje de la teoría de los juegos el conflicto “puro” que se da sin ninguna coexistencia con relaciones no conflictivas se denomina “conflicto de suma cero”; en tanto que el “conflicto de suma variable” es el que mantienen actores de un conflicto que por otro lado se vinculan a través de relaciones no conflictivas.⁴⁰

³⁸ No es nuestro objetivo efectuar el análisis de las formulaciones matemáticas expuestas en estas teorías, solo se darán algunos ejemplos de su utilización.

³⁹ La teoría de los juegos fue desarrollada fundamentalmente por J. Von Neumann y O. Morgenstern en la década de 1940, con la publicación del libro *Theory of Games and Economic Behavior*. La Real Academia Sueca para Ciencias le otorgó el premio Nobel en Ciencias Económicas en 1994 a los economistas John Sanyi, Reinhard Selten y al matemático John F. Nash por su “Análisis pionero de equilibrios en la teoría de juegos no cooperativos”. Fernández Ruiz, Jorge, “El Premio Nobel de Economía y la Teoría de los Juegos: un encuentro más”, *Rev. Análisis Económico*, vol. XXI, núm. 48, tercer cuatrimestre, (Universidad Autónoma Metropolitana Unidad, Azcapotzalco, México, 2006, pp. 79-92. <http://www.redalyc.org/pdf/413/41304805.pdf>. [Última consulta: 01/2018].

⁴⁰ Harold, Thomas; *Teoría del Conflicto, hacia un nuevo paradigma*, Academia;

Existen fundamentalmente dos maneras o formas distintas de aproximarse al análisis de una situación de interacciones entre individuos: la teoría de los juegos no cooperativos y la teoría de los juegos cooperativos o coalicionales.

La primera es la teoría de los juegos no cooperativos, en la que básicamente, tenemos un conjunto de jugadores, cada uno con estrategias a su disposición, y unas asignaciones de pagos (puntaje) que reciben por llevar a cabo tales estrategias. La característica “no cooperativa” está en la manera cómo efectúan sus elecciones y en lo que saben de los otros jugadores cuando eligen. En general se supone que los individuos toman sus decisiones independientemente unos de otros, aunque conociendo a sus oponentes y las posibles estrategias que estos tienen a su disposición.⁴¹

Es decir, son individuos egoístas y que tratan de predecir lo que los otros agentes harán para obrar entonces de manera de obtener el mejor beneficio para sí.

En esta estructura de análisis, las partes no llevan a cabo ningún grado de cooperación. El dilema social es un dilema con múltiples jugadores en el cual cada parte tiene una estrategia dominante, una respuesta competitiva, movida por el interés personal; sin embargo, el interés de todas las partes sería elegir colectivamente la opción no dominante (cooperar).

Un ejemplo de este tipo de interacciones no cooperativas se estudia en el llamado “dilema del prisionero”⁴² y se desarrolla de la siguiente manera:

https://www.academia.edu/10398623/TEORIA_DE_CONFLICTO_HACIA_UN_NUEVO_PARADIGMA, p. 107, [Última consulta: 02/2018].

⁴¹ Monsalve, Sergio, “John Nash y la teoría de los juegos”. *Lecturas Matemáticas*, Vol. 24, 2003, pp. 138/139.

⁴² Se puede también analizar: 1) “Dilema de recursos comunes”: situaciones en las que los participantes se reparten los recursos disponibles de un fondo común. Se piensa que el alto consumo individual es beneficioso individualmente y que perjudicará solo en una pequeña parte al total. Si todos razonan del mismo modo, todos hacen lo mismo, realizan extracción masiva de recursos y se agota el recurso (ej., consumo de agua, petróleo, etc.). 2) “Dilema de recursos públicos”: son las partes las que aportan recursos a un fondo común. En esta situación, el máximo beneficio o interés de cada parte se logra al

Dos individuos son detenidos por la comisión de un delito. Inmediatamente son separados en celdas diferentes y son interrogados individualmente. Ambos poseen dos alternativas posibles: i) cooperar con el otro no confesando el delito, ii) no cooperar con su compañero y confesar su participación en el hecho denunciándolo.

A su vez, existen tres resultados probables: i) si los detenidos cooperan entre sí y ninguno confiesa, ambos irán a prisión dos años cada uno (ya que solo está acreditada una infracción menor); ii) si uno de ellos confiesa (no colabora con su compañero y lo denuncia) y el otro no, el que confiesa quedará libre y el otro irá a prisión por 10 años; iii) si ambos confiesan (no colaboran entre sí) ambos irán seis años a prisión.

Podríamos suponer que las dos partes cooperarán entre sí (no confesarán) puesto que en ese caso ambos obtendrían la menor pena posible.

Sin embargo, como estamos en el análisis de una estructura “no cooperativa”, ambas partes tendrían incentivos particulares para no colaborar con la otra y obtener la libertad; y en esa creencia ambos confesarían, por lo que, en definitiva, la predicción de este “juego” es que ambos permanecerían en la cárcel seis años. Es decir, ninguno obtuvo el máximo beneficio posible (la libertad) y ambos quedaron en peor situación que si hubieren cooperado con el otro (no confesando).

La conclusión en este punto es que la competencia egoísta puede conducir a estados o resultados que son inferiores, en términos de beneficio personal y social, a los que se arribaría en situaciones de cooperación.

Pero los resultados de cooperación no podrán implementarse a menos que existan incentivos o reforzamientos externos (ej., contratos firmados) que obliguen a las partes a cumplir con el acuerdo de cooperación.

contribuir lo menos posible, de forma que el grupo acaba resintiéndose por las escasas aportaciones de sus miembros (relacionado con los problemas de holgazanería grupal). 3) “Dilema del voluntario” o “Dilema del Cobarde o del Gallina”: son situaciones hipotéticas en las que alguien tiene que aceptar realizar una tarea en beneficio de todos. Bilbao, Jesús M., “Introducción a la Teoría de los Juegos no cooperativos”, *Matemática Aplicada II*, (Universidad de Sevilla, <http://hercules.us.es/~mbilbao/pdffiles/intrjueg.pdf>. [Última consulta: 02/2018] y <http://www.esi2.us.es/~mbilbao/pdffiles/intrjueg.pdf>. Monsalve, Sergio, ob. cit., pp. 137-149.

Para ver en un ejemplo práctico de esta conclusión recurriré a la cinematografía. Seguramente recuerdan la escena en el bar de la película *Una mente brillante*⁴³: una hermosa joven rubia ingresa al bar con sus amigas, los compañeros del protagonista (J. Nash) se acercan a él y comienzan a especular sobre quién de ellos tiene más posibilidades de no ser rechazado si la invita a bailar. Uno de los jóvenes recuerda las enseñanzas de Adam Smith: “en la competencia, la ambición individual beneficia al bien común” ... entonces sálvese quien pueda, dice; a lo que el personaje de Nash replica: “Adam Smith se equivoca. Si la atacamos todos nos obstaculizamos y ninguno de nosotros se la lleva y, entonces, vamos por las amigas y nos ignoran porque a nadie le gusta ser el segundo plato. Pero, si nadie va por la rubia no nos obstaculizamos y no ofendemos a las otras chicas, ‘victoria asegurada’... Adam Smith dijo que para el mejor resultado cada miembro del grupo debe hacer lo mejor para él; ¡incompleto! Porque para el mejor resultado cada miembro del grupo debe hacer lo mejor para él mismo y para el grupo. Adam Smith se equivocó...”, concluyó sonriendo satisfecho por haber entendido lo que sería la base de su teoría.

Esta es la idea central del concepto de “equilibrio de Nash”. El equilibrio de Nash de un juego es un acuerdo que ninguna de las partes puede romper a discreción sin perder. Es decir que si alguien rompe el pacto unilateralmente se arriesga a ganar menos de lo que hubiere ganado dentro del pacto.⁴⁴

El equilibrio de Nash es un punto de referencia para casi todo análisis de interacciones de individuos, es que “todo juego finito” (es decir, finitos jugadores y finitas estrategias posibles de cada jugador) tiene al menos un equilibrio de Nash, aunque involucre ciertas probabilidades objetivas del juego de las estrategias por parte de los jugadores.

⁴³ Versión cinematográfica de la vida y logros del científico matemático John F. Nash, Premio Nobel en Ciencias en 1994.

⁴⁴ Nash, utilizando el teorema de punto fijo de Brouwer, prueba que un equilibrio de Nash es “un punto fijo”: las expectativas de los agentes con respecto a lo que los demás harán coinciden, todas, en el equilibrio de Nash. Monsalve, Sergio, ob. cit., pp. 140/141.

Un buen manejador de conflictos sabrá encontrar el punto en que ambas partes sientan, perciban que están en mejor situación efectuando el acuerdo que arriesgarse a “todo o nada”.

Para la teoría de los juegos cooperativos o coalicionales, también estamos frente a agentes egoístas, pero ahora se asume que si pueden obtener algún beneficio de la cooperación no dudarán en formar coaliciones creíbles, reconociendo cuales coaliciones son las más valiosas y cuales las menos valiosas.

Ello nos invita a referirnos brevemente a las coaliciones o alianzas.

ii. Las coaliciones en las tríadas

Si bien el conflicto consiste en una relación que se caracteriza por la bipolaridad, la dualidad adversario-adversario, resulta inexcusable entender algunas de las maneras en que los terceros hacen “implosión” en el conflicto, es decir, son absorbidos por él, como otras en que participan en su resolución.

Una tríada es un sistema social formado por tres miembros relacionados entre sí en una situación persistente.

La propiedad más importante de los grupos triangulares es su tendencia a formar coaliciones, lo que en el lenguaje común llamamos más usualmente alianzas, entre dos de sus miembros frente al tercero. El análisis del poder relativo –concepto que desarrollaremos más adelante– de cada uno de los tres miembros permite predecir con bastante certeza las coaliciones que habrán de formarse en cada grupo o que razonablemente puede esperarse que en él se formen.⁴⁵

Debemos tener presente que los miembros de las tríadas pueden ser individuos aislados o unidades colectivas de cualquier volumen o una mezcla de ellos (un individuo y dos grupos, dos individuos y un grupo, tres individuos o tres grupos) y que los grupos pueden ser pequeños o hasta un Estado nacional; y que las reglas que parecen regir estos fenómenos sociales son aplicables a todos.

Denominamos a los miembros de la tríada A, B y C, donde A es el actor con mayor poder y la propiedad más importante de los grupos

⁴⁵ Entelman, Remo, “Derecho y Conflicto”, ob. cit., pág. 63.

triangulares es su tendencia a formar coaliciones o alianzas entre dos de sus miembros frente al tercero.

Se pueden dar solo tres relaciones posibles AB, AC y BC.

El análisis de poder relativo de cada uno de los tres miembros permite predecir con bastante certeza las coaliciones que habrán de formarse en cada grupo o que razonablemente puede esperarse que se formen.

La tríada más frecuentemente analizada es aquella en la que un miembro tiene más poder que los otros dos y estos tienen igual poder entre sí. Dentro de este grupo la coalición más previsible es la que pueden celebrar los dos miembros con igual poder, frente al tercer miembro de más fuerte (BC-A).

Ello así en razón a que, si el miembro A forma una coalición con B contra C o con C contra B no aumenta su poder, por el contrario, lo disminuye porque tendría que hacer alguna concesión de su poder a favor de su nuevo socio (B o C) para que acepte la coalición y obtener su fidelidad. Al contrario, la suma de poder en la alianza BC convierte al sujeto A en el miembro más débil.

Una vez que se celebró la coalición, A, ahora convertido en el miembro más débil de la tríada, tiene frente a sí un oponente más poderoso, pero es una coalición integrada por dos miembros, con lo que la tríada originaria ha mutado su estructura y ahora hay un miembro débil y dos miembros que “en conjunto” son fuertes. En el futuro, A procurará establecer una alianza con B o C lo que antes no le interesaba (porque debilitaba su poder) ahora le es imprescindible.

Cabe concluir entonces, que por su naturaleza las coaliciones son mutables y efímeras o transitorias.

Así, por ejemplo, el abogado que actúa cotidianamente dentro de un grupo de personas o empresas, un directorio o un comité de trabajo, puede prever la evolución de las relaciones del grupo prediciendo así los conflictos futuros y puede ensayar la generación de coaliciones, que cambien la estructura del grupo antes del conflicto o el poder relativo de los actores durante el proceso de manejo del conflicto y resolución.

En una tríada, siendo las relaciones de carácter bipolar, y manteniendo la idea de que hay dos actores que conflictúan dentro de ellas, el rol de tercero puede definirse como rotativo, y así, el tercero entre los miembros de las tríadas no es uno de los miembros concreto sino uno cualquiera de ellos.

Cualquiera de los miembros puede jugar el papel de tercero y el que hoy lo desempeña puede mañana ser actor en un conflicto con otro miembro mientras que el restante asume el rol de tercero.

El tercero puede actuar en el carácter de “mediador”, de *tertius gaudens* o de “tercero opresor”.

Cuando el tercero interviene como mediador, lo hace para esclarecer conceptos, cambiar actitudes de uno o ambos miembros en el conflicto.

El tercero que actúa como opresor adopta una política de provocación del conflicto en interés propio. Es aquel que se identifica con la idea “divide y reinarás”.

Cuando el tercer miembro de la tríada actúa como *tertius gaudens*, al terciar entre dos partes en conflicto recibe propuestas de ambos para conseguir su apoyo, lo que le permite negociar con ellos en beneficio propio. Cuando los miembros disidentes se han rechazado de un modo definitivo, el *tertius gaudens* se presenta como el compañero o socio deseado o necesitado por los otros dos miembros para formar una coalición que los convierta en la parte con más poder en la relación de conflicto.

A estas alturas, el lector habrá tomado noción de la importancia que reviste poder advertir, detectar en una relación de conflicto, la participación de terceros, la naturaleza de su actuación, el tipo de influencia en los actores principales, entre otros aspectos.

Habiendo planteado algunas de las cuestiones más interesantes a considerar en las coaliciones o alianzas, nos detenemos aquí, dado que un análisis más profundo excedería las pautas trazadas en esta oportunidad.

2.1.2. Interdependencia

Aunque relacionado al concepto de interacción, la interdependencia debe entenderse como la facultad de una parte para interferir o, en cierto modo, condicionar la conducta de otro y puede provenir de muy diversas fuentes.⁴⁶

⁴⁶ Medina, Francisco. J., Pedro. J. Luque y Serafín. Cruces, “Gestión del conflicto”, en *Munduate*, Lourdes y Francisco José Medina Díaz (coords.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid, Pirámide, 2013.

Así, la interdependencia puede establecerse en determinados aspectos de la tarea, en dependencia y condicionamientos tecnológicos, incertidumbre en cuanto a la forma de realizar el trabajo, complejidad ambiental, distribución de habilidades y recursos, procedimientos para conseguir los objetivos o criterios de recompensa sobre el rendimiento, por mencionar solo algunas posibilidades.

En la multiplicidad de relaciones sociales se puede distinguir la interdependencia positiva de la interdependencia negativa.

La interdependencia positiva se refiere a la concordancia de las metas perseguidas por los sujetos y la discordancia en cuanto a las actividades necesarias para conseguirlas. Encontramos una amplia variedad de ejemplos de interdependencia positiva en la vida, organizacional y social.

Por ejemplo, podemos plantear que cuando dos organizaciones que llevan trabajando en forma coordinada muchos años discuten sobre los criterios de implantación de un determinado producto en el mercado, también saben que ese proyecto es un asunto compartido y deben desarrollarlo de forma conjunta.

Cuando una persona percibe que existe interdependencia positiva, tiende a considerar que las acciones del otro posibilitan la consecución de los fines perseguidos por ambos. Se disiente, discute entendiendo la crítica como constructiva.

Durante el manejo o gestión del conflicto, la interdependencia positiva permite la creación de espacios comunes de trabajo, donde es más probable que tengan cabida los intereses de ambas partes en disputa. La interdependencia positiva permite la transformación de los intereses personales en intereses conjuntos; existe una mayor apertura hacia los deseos, propuestas y demandas del otro; la mayor satisfacción de las partes con los acuerdos alcanzados; y actitudes más positivas hacia la otra parte.

Por el contrario, la interdependencia negativa se refiere a la condición mediante la cual el sujeto percibe que tanto los objetivos y fines perseguidos por ambos, como las actividades necesarias para conseguirlos, son incompatibles. La interdependencia negativa conduce a situaciones de suma cero, en las que la ganancia por parte de uno de los elementos lleva a la pérdida del otro, y a la búsqueda de la satisfac-

ción de los propios intereses en detrimento de la consideración de los intereses de las otras personas.⁴⁷

Así como la interdependencia negativa conlleva el menosprecio y la negación de los intereses del otro, en la búsqueda de la satisfacción de los propios intereses, resulta fácil advertir que la interdependencia positiva entre las partes en conflicto facilita la aparición de resultados de calidad.

2.2. Normatividad

Al aproximarnos al concepto de conflicto ya me he referido a este punto intentando situar al lector en el entendimiento de que no todas las relaciones de conflicto están jurídicamente reguladas y que existe un considerable número de situaciones de conflicto posibles que exceden el ámbito normativo por cuanto resulta conveniente conocer y saber utilizar otras herramientas que se ofrecen desde la teoría del conflicto.

Cuando el ser humano cede en favor de la comunidad algunos de sus derechos y libertades y decide, voluntariamente, abstenerse de realizar algún tipo de conducta por haber determinado que esta ha de considerarse como prohibida o restringida, el propio hombre establece los límites en los que ha de moverse, en “el marco de la ley”. Sin embargo, no siempre la conducta conflictiva del hombre ha de ser ilegal o ilegítima.

Al referirnos a la normatividad tratamos de determinar hasta qué punto la conducta conflictiva está controlada, institucionalizada o regulada.

Existen dos tipos de control social: el formal, que es el que deriva de la ley, y el informal, que es ejercido por la sociedad por medio de convencionalismos de tipo social, religioso y moral.

El control social formal se maneja únicamente por el Estado, pues a este se le ha delegado la función de normar la conducta del hombre en sociedad.

La extensión, importancia y eficiencia de los sistemas de institucionalización o regulación de la conducta humana depende de la vigencia

⁴⁷ Medina, Francisco. J., P. J. Luque y S. Cruces, ob. cit.

que las reglas respectivas tengan en relación con las partes en conflicto. Dicha vigencia puede ser heterónoma como en el caso del Derecho, en el que la aceptación de las normas no depende de la voluntad de los súbditos; o autónoma, como ocurre en la mayor parte de las situaciones del Derecho internacional, en las que no existe un sistema coercitivo general, con jurisdicción centralizada al cual los Estados deban someterse.

En la sociedad nacional o estatal el ordenamiento jurídico (sistema formal, normativo, heterónomo) regula el manejo y trámite del conflicto y, además, define las conductas prohibidas y, por lo tanto, las debidas, de lo que se pueden extraer cuales son las pretensiones legítimas (o metas del conflicto).

Las normas jurídicas y las técnicas procesales funcionan en la vida social como instrumentos para la resolución de conflictos entre pretensiones incompatibles de dos o más sujetos.

El sistema legal⁴⁸ intenta ordenar la conducta del individuo en un sentido determinado sancionando la conducta opuesta, castigando la conducta que dañe, perjudique o lesione el bien jurídico tutelado.

Para lograr su cometido, el Estado crea las instituciones necesarias para tener el control social formal y encausar a quienes se apartan de un recto proceder, incluyendo los organismos penales o centros de readaptación social. Por lo tanto, el Derecho se encarga de solucionar los conflictos existentes entre un sujeto que realiza una conducta o pretende algo que no le está permitido realizar o pretender, es decir, está prohibido; y un sujeto que pretende la tutela del derecho subjetivo protegido por la ley. Es decir que el Derecho o sistema normativo se encarga de regular las relaciones caracterizadas por los binomios prohibido-permitido, derecho-deber, etc.

Es en el ámbito normativo en el que aparecen los denominados conflictos normativos (valga la redundancia) que se centran en la evaluación que una parte hace respecto a la conducta de la otra sobre como

⁴⁸ A pesar de las diferencias conceptuales existentes, permítanos el lector utilizar en esta oportunidad los términos Derecho, sistema legal, sistema jurídico, sistema normativo, como sinónimos por no poder en estas breves páginas explayarnos en el desarrollo del tema, y al solo efecto de evitar repeticiones terminológicas.

“debería” comportarse, sobre la base de estándares del “deber ser” éticos, de justicia o nociones de equidad para evaluar una conducta como apropiada, respecto a jerarquías de estatus y otras normas de la organización social.

Los conflictos normativos se fundan en conflictos de valores que son causados por sistemas de creencias diferentes e incompatibles respecto a lo que es bueno o malo, justo o injusto, etc., y, por lo tanto, legítimo o ilegítimo.

Además, no podemos olvidar que la expresión derecho es polivalente cuando se refiere a situaciones de conducta que califica como tales (derecho). Tener derecho a fumar solo quiere decir que hacerlo no está prohibido, pero ni el titular del derecho (subjeto) está obligado a ejercerlo, ni tampoco los terceros se ven “obligados” a satisfacer su pretensión de fumar. Pero si alguien dice que tiene “derecho” a cobrar el monto de un mutuo, está significando que otra persona tiene la “obligación” de pagar y ello es así porque el Derecho (sistema jurídico) prevé una sanción para quien no restituye el mutuo en el tiempo oportuno.

El ordenamiento jurídico contiene solo una regulación de las conductas conflictivas que se encuentran prohibidas, en consideración a aquella escala de intereses o valores.

Pero debemos tener presente que toda acción conflictiva no prohibida tendiente a motivar en el adversario una conducta determinada y la concesión de metas está, en principio, permitida (porque todo lo que no está prohibido está permitido) y, sin embargo, el conflicto existente en este tipo de relaciones no está regulado por el Derecho.

Veamos, el sistema jurídico no contiene una regulación específica de toda conducta humana, solo se limita a regular las conductas prohibidas, lesivas, no deseadas, bien prohibiendo su realización o imponiendo la realización de la conducta esperada. Pero el individuo conserva la capacidad, el derecho de realizar toda acción no prohibida, de pretender todo lo que la norma no le veda ni le impide pretender, es decir que “tiene derecho” a pretender (de otro u otros miembros de la sociedad) aquello que no le está prohibido esperar, aunque la otra parte no esté jurídicamente “obligada” a proporcionárselo o actuar en el sentido por él esperado.

Estas relaciones se mueven, desarrollan en el ámbito de conductas no prohibidas denominadas como el binomio permitido-permitido y, por lo tanto, no hallaremos una solución en el campo normativo para los conflictos que aquí se originen.

A su turno, existe un amplio universo de conductas posibles y legítimas que pueden utilizar los oponentes en un conflicto para el logro de sus objetivos cuando el ordenamiento jurídico y su sistema de resolución judicial no proveen soluciones eficientes o no las provee en tiempo oportuno.

A diario se producen numerosos enfrentamientos entre pretensiones incompatibles, pero igualmente legítimas (no prohibidas) y ellos pueden administrarse y resolverse con la misma asistencia profesional de los expertos en el sistema jurídico de resolución de conflictos que establece las zonas de lo prohibido, lo permitido y lo obligatorio.

2.3. Desviación

La desviación, o el estudio de la conducta desviada, también puede hacerse desde diversos enfoques.

Desde una perspectiva social, las teorías del conflicto parten de la base de que la rotulación de la conducta desviada es hecha por las clases dominantes e inician su análisis desde el reconocimiento histórico de la existencia de desigualdades sociales en las sociedades humanas.

Según Giddens⁴⁹, la desviación puede definirse como la falta de conformidad con una serie de normas dadas, que sí son aceptadas por un número significativo de personas de una sociedad o comunidad.

Si bien la desviación se encuentra relacionada con el delito, no necesariamente son lo mismo puesto que la desviación no siempre representa una ruptura de las normas jurídicas o cuerpos normativos, resultando entonces que la desviación es un fenómeno mucho más amplio ya que puede relacionarse con conductas que no necesariamente son sancionables bajo un estatuto jurídico.

Así, el rango de conductas consideradas como desviadas se amplía a grupos o individuos disímiles que puede ir desde delincuentes hasta sectas con orientaciones religiosas-filosóficas, pasando por casos de

⁴⁹ Anthony Giddens (1938), sociólogo británico contemporáneo, reconocido por su teoría de la estructuración y su mirada holística de las sociedades modernas. <http://sociologiadefindesiglo.blogspot.com.ar/2011/04/anthony-giddens-biografia.html> [Última consulta: febrero de 2018].

violencia familiar o los indigentes permanentes (en el entendimiento que lo normal, correcto, socialmente aceptado es que una persona trabaje y sea productiva para él mismo y la sociedad).

Desde la perspectiva del conflicto social se intenta buscar una explicación y respuesta tentativa a las preguntas relacionadas con quién, cómo, y por qué se consideran algunas conductas desviadas y otras no.

El estudio de la desviación en la perspectiva del conflicto parte de la premisa de que el grupo social dominante es el que hace la distinción entre lo que es normal, correcto, legal y lo que es desviación. Las conductas que amenacen el sistema o representen un punto de fractura en su funcionamiento son clasificadas como desviadas.⁵⁰

Para no caer en un excesivo determinismo economicista en la construcción del binomio normal/desviado, debemos tener presente que existen otros factores –además del económico– relacionados a la construcción y ruptura de normas sociales, como ser el poder y la relación de los individuos con este, que analizaremos más adelante.

2.4. Percepción

Para muchos autores, resulta ser un elemento esencial del conflicto la toma de conciencia o percepción que las partes tengan de este.

Stephen Robbins define el conflicto como “un proceso que se inicia cuando una parte percibe que la otra ha afectado de manera negati-

⁵⁰ La construcción del par “normal-desviado” se hace sobre la base de las desigualdades sociales y la distinción entre la normalidad y desviación la hacen las clases sociales dominantes. Ello es posible gracias a tres factores que se dan dentro de la sociedad capitalista, cuales son: a) el acceso a los recursos por los individuos de las clases dominantes; b) la construcción de normas sobre la base de los intereses de clase: las normas y los sistemas jurídicos de la sociedad capitalista están contruidos para beneficiar y proteger los intereses de las clases dominantes y c) la noción de una ley natural o divina: en caso que una ley tenga un claro sesgo de injusticia, los integrantes de la clase dominante y la sociedad en general apela a la existencia de esa injusticia como una especie de norma natural, lo que la hace inapelable. Gilbert Ceballos, Jorge, *Introducción a la Sociología*, Santiago, Chile: LOM Editores, 1997.

va o que está a punto de afectar de manera negativa, alguno de sus intereses”.⁵¹

Sobre la base de ello distinguen el denominado “conflicto objetivo” en el que realmente existe una razonable incompatibilidad de metas o la posibilidad cierta de que un conflicto se plantee (conflicto latente), del “conflicto subjetivo” en el que la incompatibilidad de metas es solo una creencia de las partes, que se da en el nivel intelectual de la conciencia interna o un sentimiento que todavía se encuentra en el nivel afectivo de esa conciencia.

Resulta práctico y conveniente distinguir las situaciones objetivas, es decir, las relaciones entre actores –que pueden clasificarse en “conflictivas” y “no conflictivas”– de la creencia de tales actores sobre la índole de la situación objetiva.

En este último supuesto, las partes pueden percibir la relación de diversa manera. Así, ambas partes pueden entender que la relación es de conflicto, ambas creen que la relación no es conflictiva y, por último, una de las partes percibe que la relación es de conflicto y la otra, que no lo es.

Si tenemos dos situaciones objetivas distintas –conflictivas y no conflictivas– y tres posibles percepciones también distintas respecto de ellas, obtenemos lógicamente seis situaciones o relaciones jurídicas diversas, en las que en su mayoría se plantea un problema o conflicto (solo aquella relación no conflictiva en la que ninguna de las partes percibe un conflicto queda fuera de nuestro análisis).

Cuando existe una situación objetiva o externa de conflicto y uno o ambos actores no lo advierte la primera función del operador o manejador del conflicto será concientizar a las partes. Resulta muy difícil iniciar un proceso de resolución de conflictos satisfactorio si no se crea en el actor desapercibido, la convicción de la existencia del conflicto, como así también la toma de conciencia respecto de la actitud y el nivel de la posible escalada conflictual del oponente.

Muchas veces la falta de percepción del conflicto se produce porque el actor se mueve en la normatividad absoluta, en el terreno estrictamente jurídico del derecho-deber, del binomio permitido-prohibido,

⁵¹ Robbins, Stephen. P. *Comportamiento Organizacional, Conceptos, Controversias y Aplicaciones*, 6ª edición, México, Prentice Hall, 1994, p. 461.

y no advierte que, como ya analizamos, dentro del amplio marco de las relaciones sociales existen una amplia gama de relaciones permitido-permitido que generan o evidencian conflicto.

Es decir que, si un actor no está obligado jurídicamente a comportarse de una cierta forma, no advierte en el oponente la existencia de una pretensión legítima, por lo tanto, no percibe estar inmerso en una situación de conflicto si no existe el derecho de reclamación o una obligación jurídica específica.

Cuando ambas partes perciben estar inmersas en un conflicto que realmente existe, si bien no es necesario concientizar a los actores sobre el problema en el que se encuentran, continúa siendo imprescindible advertirlos sobre la naturaleza del conflicto, el nivel de escalada, la necesidad de adoptar una adecuada metodología para su manejo y su solución, etc.

Si una de las partes cree que hay conflicto y objetivamente no lo hay, el operador (abogado, mediador, conciliador, etc.) deberá hacerle ver que la situación conflictiva no existe. No obstante, como dijimos, la inexistencia de conflicto no debe identificarse con la falta de regulación jurídica, es decir, no es que no exista conflicto si la relación se desarrolla en el ámbito de conductas permitidas o no prohibidas, sino porque existe o puede existir compatibilidad en las pretensiones, metas u objetivos de las partes y ellas no logran identificarlo de ese modo.

Por lo tanto, se deberá buscar y detectar la compatibilidad entre los objetivos o metas que las partes viven como incompatibles y conducir el conflicto por los caminos de la persuasión (gestión o manejo).

Intrínsecamente relacionado a la cuestión de la percepción que cada parte tenga de una situación se encuentran las cuestiones de los sentimientos y del reconocimiento constituyendo puntos de suma importancia que son analizados como fenomenología de los sentimientos y la transformación de conflictos.⁵²

⁵² Para profundizar este análisis se puede consultar Paris Albert, Sonia “La fenomenología de los sentimientos y la transformación de los conflictos” en *La transformación de los conflictos desde la filosofía de la paz*. Tesis doctoral, Castellón de la Plana, Universidad Jaume I, 2005, p. 278 y sigs. en www.tdx.cat, [Última consulta: enero de 2018].

En este sentido, se afirma que “para poder regular un conflicto positivamente necesitamos transformar los sentimientos negativos, tales como el odio o el rencor, en sentimientos positivos que facilitan el surgir de la cooperación, la confianza, el reconocimiento y la solidaridad de los primeros momentos”.⁵³

Por su parte, el reconocimiento es la capacidad que posee cada una de las partes enfrentadas en un conflicto de ver las necesidades e intereses de la otra como si fueran propios. Es una postura más sensible y de entendimiento de la situación del otro.

En este ítem, hemos brevemente analizado la importante relación existente en el manejo eficaz de la disputa con la percepción que las partes tengan de la relación con el otro lo que, a su vez, estará influenciado por los sentimientos, ya sean de amor o de odio, desconfianza o confianza) que entre sí se prodiguen las partes en conflicto.

3. Tipología del conflicto

Como es natural, el conocimiento científico procura efectuar una clasificación del objeto de estudio en consideración a diversos elementos, características que varían de acuerdo con la disciplina elegida y al enfoque del análisis.

Si procuramos adoptar una clasificación del objeto “conflicto”, tendiente a mostrar una relación entre el Derecho y el amplio universo del conflicto, vemos que la doctrina ha efectuado varias clasificaciones focalizando en distintos aspectos, distinguiendo diversos tipos de conflictos, algunos de los cuales ya hemos referido brevemente.

Encontramos clasificaciones en consideración a los actores (ej. conflicto individual o grupal, interestatales o intraestatales), a su alcance (conflicto de relación o estratégico), a los efectos principales que producen (constructivos o destructivos), o su contenido (de información, de objetivos o intereses, estructurales, de valores o normativos) a su naturaleza (verídico, contingente, desplazado, mal atribuido, latente, falso).

⁵³ Paris Albert, Sonia, *La transformación de los conflictos desde la filosofía de la paz*, ob. cit., pág. 292.

Estas clasificaciones permiten cotejar diversos tipos de conflictos, de dimensiones, de intensidad y metodología de administración o gestión diferentes.

Hasta la década de los años 1970, se trabajaba sobre el paradigma de que la política internacional y la política nacional eran fenómenos totalmente independientes, por lo tanto, solo se apuntaba a separar lo nacional de lo internacional. En este contexto, la clasificación apunta a distinguir los conflictos internacionales o interestatales de los conflictos intraestatales.

Los conflictos internacionales son enfrentamientos que tienen lugar entre distintas naciones o estados que pueden conducir a la violencia por el uso de las armas.⁵⁴

Otras clasificaciones apuntan a incluir diferentes modalidades del conflicto y así distinguen los conflictos grupales de los conflictos intragrupales. No obstante, alguna doctrina advierte que esta clasificación no difiere de la anterior.⁵⁵

En esta inteligencia se suele referir a conflictos “intrasistemáticos” y “extrasistemáticos”, en los que “sistema” significa ‘grupo social de determinada magnitud’, de allí que esta clasificación no se diferencia de la que distingue conflictos “intragrupales” e “intergrupales”, ni de la que separa los conflictos “interestatales” de los “intraestatales”.

En todas estas clasificaciones (no importa el término elegido) se advierte que los conflictos involucran actores colectivos.

Atento a ello, también suelen distinguirse los conflictos grupales de los personales. La clasificación de los conflictos en personales o interpersonales, a los que también se los refiere como “miniconflictos” es utilizada, por algunos autores, para distinguir los conflictos intraestatales en los que el Estado no es parte,⁵⁶ en tanto otros se refieren directamente al conflicto personal como aquel entre dos o más individuos

⁵⁴ Fue el interés de los estudiosos por los conflictos armados lo que motivó el desarrollo de la teoría del conflicto. Es por ello, que muchos de los términos empleados en los conflictos armados son aplicados a los casos interpersonales.

⁵⁵ “...a poco que se profundice, se verá que esta clasificación es similar a las anteriores que utilizan las expresiones internacional, estatal y extraestatal o intraestatal”. Entelman, Remo, “Derecho y conflicto”, ob. cit., pág.12.

⁵⁶ Himes, Joseph S., *Conflict and Conflict Management*, Athens, University of Georgia Press, 1980.

(que no alcanza a ser un conflicto entre dos grupos sustantivos dentro de una sociedad). En definitiva, podemos identificar como conflictos personales, interpersonales o miniconflictos intrasistemáticos aquellos que se producen en un matrimonio, dentro de las familias, en las empresas, en las escuelas, entre otros.

Dentro de las organizaciones se identifican dos grandes tipos de conflicto según su alcance: a) el conflicto de relación, que afecta a la fluidez y eficacia relacionales pero no altera la estructura organizativa, por lo tanto, no buscan ni producen variaciones en las relaciones de autoridad, distribución de recursos o de responsabilidades funcionales –podemos volver a referir como ejemplo los conflictos familiares, el laboral o entre distintos departamentos dentro de una empresa–; b) el conflicto estratégico que se crea deliberadamente con el objetivo de afectar la estructura organizativa, es decir, para obligar a la organización a redistribuir la autoridad, los recursos o responsabilidades funcionales, por ejemplo, el conflicto que se pueda originar en la empresa por un empleado que aspira a una promoción, o dentro de un país, por un grupo revolucionario.

En relación con el contenido del conflicto Moore (1994) ha distinguido: a) los conflictos irreales, innecesarios, falsos conflictos; b) los conflictos de información; c) los conflictos de intereses; d) los conflictos estructurales y e) los conflictos de valores.⁵⁷ También distingue entre conflictos f) latentes, g) emergentes y h) manifiestos.⁵⁸

a) En los conflictos irreales, innecesarios, falsos conflictos o de relación entre las personas no están presentes las condiciones objetivas para un conflicto. Se caracterizan por la existencia de emociones fuertes, falsas percepciones o estereotipos, escasa o falsa comunicación entre las partes y conductas negativas repetitivas.⁵⁹

b) Los conflictos de información se producen por información falsa, falta de información, diferentes puntos de vista sobre lo que es im-

⁵⁷ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, ob. cit., p. 4.

⁵⁸ Moore, Christopher W., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Granica, 1995, pág. 44 y ss.

⁵⁹ Moore, Christopher W., *Negociación y mediación*, País Vasco, Ed. Centro de Investigación por la Paz Gernika, Gernika Gogoratzuz, 1994, p. 5.

portante, distinta interpretación de la información o procedimientos diferentes de estimación.⁶⁰

c) Los conflictos de intereses se producen cuando hay competencia entre necesidades incompatibles o percibidas como tales. Este tipo de conflictos puede desarrollarse en tres niveles distintos, pero se requiere que exista acuerdo en todos para arribar a una solución. Así, los conflictos de intereses pueden ser sustanciales, como ser de dinero, recursos físicos, tiempo, etc.; de procedimiento, respecto a la manera como la disputa debe ser resuelta; o psicológicos, relativos a las percepciones de confianza, juego limpio, deseo de participación, respeto, etc.⁶¹

d) Los conflictos estructurales se producen cuando existen estructuras opresivas de relaciones humanas configuradas muchas veces por fuerzas externas a la gente en conflicto (definiciones de roles, desigual poder o autoridad, mucho tiempo o demasiado poco, control desigual de recursos, condicionamientos geográficos, estructuras organizativas) que promueven con frecuencia conductas conflictivas.⁶²

e) Los conflictos de valores, a los que ya me he referido anteriormente, son causados por sistemas de creencias incompatibles, como por ejemplo respecto de lo que es bueno o malo, verdadero o falso, justo o injusto. Si bien la existencia de valores diferentes no tiene por qué causar conflicto, las disputas surgen cuando unos intentan imponer por la fuerza un conjunto de valores a otros, o se pretende que tenga vigencia exclusiva un sistema de valores que no admite creencias divergentes. Son también denominados conflictos normativos porque se centran sobre la evaluación que efectúa una parte sobre la conducta de la otra en términos de expectativas sobre cómo la otra “debería” comportarse. Estas expectativas pueden implicar varios tipos de estándares éticos, nociones de equidad o justicia de lo que es una conducta apropiada, respeto a jerarquías de estatus y otras normas del sistema social, etc.⁶³

⁶⁰ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, ob. cit., p. 4; Moore, Christopher W., *Negociación y Mediación*, ob. cit., p. 5.

⁶¹ Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, ob. cit., p. 4; Moore, Christopher W., *Negociación y Mediación*, ob. cit., p. 5.

⁶² Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, ob. cit., p. 4; Moore, Christopher W., *Negociación y Mediación*, ob. cit., pp. 5/6.

⁶³ Moore, Christopher W., *Negociación y Mediación*, ob. cit., p. 6.

Por su parte, Thomas (1992)⁶⁴, además de efectuar la clasificación ya analizada de los conflictos en objetivos o de intereses y de valores o normativos, distingue los conflictos de juicio u opinión o conflictos cognitivos que implican diferencias sobre temas de hecho o empíricos. Una parte percibe que la otra ha llegado a conclusiones diferentes e incorrectas sobre lo que es verdad en un sentido empírico. Pueden también denominarse controversias.

Según su naturaleza, Deutsch (1973)⁶⁵ ha diferenciado los conflictos en: a) *verídico*: cuando existe objetivamente y es percibido con precisión; b) *contingente*: cuando se basa en una determinada estructuración de los elementos o circunstancias. La reorganización lo eliminaría, pero las partes lo desconocen; c) *desplazado*: cuando el objeto del conflicto sobre el que se discute no es el real; d) *mal atribuido*: cuando se produce un error en la identificación del contendiente, debido normalmente a que también se yerra en el objeto del conflicto; e) *latente*: cuando el conflicto no se produce porque está reprimido, desplazado, mal atribuido o no es percibido y f) *el falso conflicto*: es el que no posee una base objetiva.⁶⁶

Ya hemos establecido que en la teoría moderna de los conflictos sostiene que estos no son ni buenos ni malos en sí, sino que son sus efectos o consecuencias los que determinan que un conflicto sea bueno o malo. Sobre la base de ello, se distinguen los conflictos en funcionales y disfuncionales.

Los conflictos funcionales son aquellos que se presentan y son de intensidad moderada, que mantienen y, sobre todo, mejoran el desempeño de las partes; por ejemplo, si promueven la creatividad, la solución de problemas, la toma de decisiones, la adaptación al cambio, estimulan el trabajo en equipo, fomentan el replanteamiento de metas, etc. Pertenecen a este grupo los conflictos que posibilitan un medio

⁶⁴ Thomas, Kenneth W. "Conflict and negotiation processes in organizations", en M.D. Dunnette y L.M. Houg (eds.), *Handbook of Industrial and Organizational Psychology*, vol. 3, 2ª ed., Palo Alto, CA: Consulting Psychologist Press, 1992, pp. 651-717.

⁶⁵ Deutsch, Morton, *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. Nueva Haven, Yale University Press, 1973.

⁶⁶ Domínguez Bilbao Roberto y Silvia, García Dauder, ob. cit., p. 4 y 5.

para ventilar problemas y liberar tensiones, fomentan un entorno de evaluación de uno mismo y de cambio.⁶⁷

Los conflictos disfuncionales, en cambio, son aquellos que, por el contrario, tensionan las relaciones de las partes a tal nivel que pueden afectarlas severamente limitando o impidiendo una relación armoniosa en el futuro. Generan estrés, descontento, desconfianza, frustración, temores, deseos de agresión, etc., todo lo cual afecta el equilibrio emocional y físico de las personas, reduciendo su capacidad creativa, y en general, su productividad y eficacia personal. Si este tipo de conflictos afecta a un grupo le genera efectos nocivos que pueden llegar incluso a su autodestrucción. Como es fácil concluir, los conflictos disfuncionales o negativos constituyen el campo de acción del conciliador.⁶⁸

Por último, corresponde recordar la distinción entre los llamados conflictos de suma cero, suma variable, y de suma mezclada.

Recordemos que los conflictos de suma cero se identifican con el binomio permitido-prohibido, derecho-deber, es decir que lo que una parte tiene derecho a recibir o esperar, la otra tiene la obligación de hacer o entregar. Cuando una de las partes ha obtenido lo que tenía derecho esperar ha ganado la contienda, mientras que la otra parte ha debido cumplir con lo que le era obligatorio, y ha resignado sus pretensiones, ha perdido.

Quizá podemos decir que este tipo de conflictos es al que está acostumbrado el abogado litigante, el que primariamente identifica cuando el cliente le plantea la situación problemática, el abogado busca encuadrar la reclamación de su cliente en lo que prescribe la ley. Así estimará que su cliente tendrá derecho a lo que aspira si así lo prevé la ley o estará obligado solo si ella lo manda. En estos conflictos de suma cero, una parte obtiene lo que la otra entrega, uno gana y el otro pierde.

Cuando el conflicto es de suma variable, las partes tienen varias pretensiones, metas u objetivos (declarados o no) y será entonces posible resolverlos en forma tal que ninguna pierda todo y la otra gane todo, sino que cada parte podrá renunciar a aquella pretensión que menos

⁶⁷ Fuertes-Planas Aleix, Cristina “El conflicto Social”, n° V, 2008, <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/handle/123456789/1540> [Última consulta: julio de 2018].

⁶⁸ Fuertes-Planas Aleix, Cristina, ob. cit.

le interesa, resignar lo que estaría dispuesto a perder, y ganar otros objetivos considerados más valiosos por ella. No habría así, ganadores ni perdedores en términos absolutos. Cada contrincante habrá ganado y perdido algo, pero en una solución que los satisfaga en el conjunto.

Con respecto a los conflictos que son de suma mezclada suelen también identificarse con el conflicto de suma variable, pero permítanos reservar esta terminología para aquellas situaciones en las que existen entre las mismas partes relaciones de conflicto y de cooperación, en las que será más fácil encontrar ventajas para ofrecer y otorgar al adversario para que ceda en algunos objetivos del conflicto.

Desde el punto de vista práctico es también fundamental entender que esta distinción entre conflicto suma cero y suma variable puede utilizarse para identificar la conducta de las partes y, en muchos casos, la de los profesionales intervinientes. Existen personas que podemos definir como de “mentalidad suma cero”, es decir que plantean toda situación problemática como deber-obligación, sin permitirse evaluar otras alternativas; el conflicto, entonces, debe resolverse ganando o perdiendo. Los profesionales del Derecho, por tradición, han sido entrenados para resolver los conflictos en tribunales, en el estricto marco de lo que la ley manda o prohíbe, no están muchas veces capacitados para saber ampliar el abanico de posibilidades de solución, y ofrecer a su cliente otras alternativas, resultando una mentalidad poco proclive a la concertación.

La mentalidad suma cero en el conflicto interpersonal o intraestatal entre grupos sociales condiciona un aumento de la intensidad conflictiva, es decir, una escalada del conflicto. En el ámbito internacional interestatal necesariamente conducirá al conflicto bélico.

4. Trayectoria del conflicto

Aunque un conflicto pueda tener períodos de estancamiento en que aparentemente un *status quo* perdure, ninguna situación de conflicto es totalmente estática, y el carácter dinámico del conflicto provoca una permanente e inevitable alteración de sus términos.

Aun cuando perdure un determinado *status quo*, se producen cambios en las percepciones de los actores, su visión del conflicto y del adversario y los actores nunca se encuentran ubicados en un mismo lugar en cuanto a sus pretensiones, que pueden haber aumentado o

disminuido. Además, el simple transcurso del tiempo puede hacer perder interés sobre determinados objetivos que luego se presentan como innecesarios o, por el contrario, resultan insuficientes.

En el proceso de desarrollo del conflicto, tanto las metas como las actitudes necesariamente sufren alteraciones como consecuencia de la interacción.

Tal influencia recíproca de las conductas de los contrincantes producto de la interacción se pone en evidencia en el nivel de la percepción, en el nivel de las actitudes, acciones o conductas de las partes, a nivel volitivo, y muy especialmente, a nivel de la intensidad del conflicto.

Cuando observamos un alto nivel de intensidad del conflicto esa situación, necesariamente, ha sido precedida por otra u otras conductas de menor magnitud. El aumento de la intensidad del conflicto se denomina escalamiento o escalada.

El concepto está vinculado con la intensidad de los medios o recursos que las partes utilizan en busca de sus objetivos, como así también, la amenaza de esa utilización.

Un conflicto aumenta de intensidad no solo cuando se actúa sorpresivamente en sentido contrario a los objetivos del oponente (ej., invasión de un territorio en un conflicto entre Estados, o la traba de una medida precautoria en un juicio entre partes), sino también, cuando se amenaza con realizar alguno de esos actos.

La amenaza de utilización de algún recurso debe ser de ejecución posible y, además, creíble para generar del oponente la conducta deseada por el actor. De lo contrario, no solo no lograremos que la otra parte reaccione conforme a nuestros intereses, sino que, además, se corre el riesgo de perder posiciones de negociación frente al convencimiento de nuestro contrincante de que carecemos de recursos válidos y suficientes.

El uso de la amenaza, sumado a la posibilidad de su efectivo cumplimiento y su credibilidad son cuestiones de suma importancia para el manejo adecuado de cualquier conflicto, como, por ejemplo, en la negociación como mecanismo para la solución de controversias.

Sin embargo, cabe señalar que las conductas conflictivas no aumentan indefinidamente ya que en el ciclo del conflicto se advierte un momento en el que comienza a descender su intensidad lo que se conoce como desescalamiento o desescalada.

Antes de que se produzca la desescalada, el conflicto ha llegado a un punto álgido en el que la situación ha llegado al límite y ya no es soste-

nible para ninguna de las partes, y se cumple la amenaza, o se realiza una acción que provoca una desescalada del conflicto.

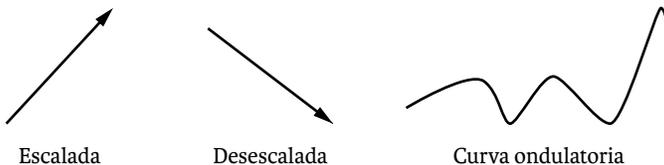
Aunque, en la mayoría de los casos, se desconoce cuál es la actividad que provocará un descenso en el nivel de conflicto, para ello, resulta necesario:

- Reducir la tensión que permita recuperar las facultades de las partes en conflicto.
- Una vez reducida la tensión, es necesario que las partes comiencen a comunicarse y puedan expresar sus necesidades, intereses, sus miedos, etc.
- Reconstruir en común la relación.

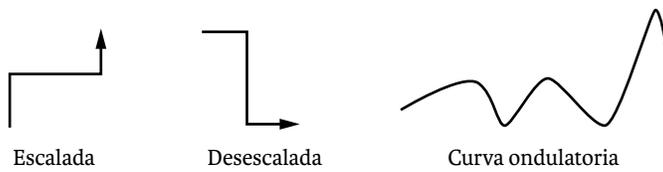
A su turno, la intensidad del descenso o desescalada puede detenerse transitoriamente produciendo un estancamiento, más o menos prolongado, pero que, como vimos, es solo transitorio ya que tarde o temprano la conducta conflictiva continuará en descenso hasta la finalización del conflicto, o por el contrario puede retomar en una línea de ascenso. El estancamiento es solo transitorio.

En la fase de la escalada se alcanza el momento álgido del conflicto, el estancamiento sucede cuando el conflicto se estabiliza y, por último, la desescalada, es la etapa en la que el conflicto se reduce paulatinamente.

Si tuviéramos que representar en un gráfico la trayectoria del conflicto veremos una línea ascendente en el momento de la escalada representativo del movimiento de la conducta conflictiva hacia niveles más altos de intensidad; una línea descendente en el momento de la desescalada marcando un desplazamiento hacia magnitudes o niveles menores; o una línea ondulada marcando los distintos momentos de escalamiento, desescalamiento y nueva escalada en la magnitud de la conducta conflictual.



No debemos olvidar que habitualmente, en cualquiera de estas relaciones pueden advertirse momentos de estancamiento del conflicto, por lo que sus gráficos podrían representarse con las siguientes formas:



Entonces, se puede entender el conflicto como un proceso formado por tres etapas: escalada, estancamiento y desescalada; pero también como un mecanismo de funcionamiento cíclico en el que se produce una dinámica de interacción de las partes.

La escalada se incrementa en la medida que intervengan los procesos perceptivos, el manejo de la información. En este primer momento, el individuo puede, a partir del conflicto originario o inicial, ampliar las situaciones de conflicto, incrementar la competitividad e involucrar a otros individuos. Puede utilizarse esta etapa para transformar un conflicto de suma cero en un conflicto de suma variable.

Durante la etapa del estancamiento, las partes dejan de competir, por encontrarse en una relación de poder bastante equitativa y entonces valoran, consideran, por diversas cuestiones, que carece de sentido continuar actuando desde la competencia; posiblemente porque carecen de estrategias o recursos, porque ya no poseen tácticas competitivas o porque son más los costes que los beneficios que obtendrán sosteniendo una postura violenta o de confrontación.

Pero, como ya mencionamos, el estancamiento no siempre da lugar a la última fase del conflicto o desescalada, pues el desarrollo del conflicto puede frenarse y repentinamente retomar el rumbo de una nueva escalada.

5. La transformación del conflicto

La idea o concepto de transformación del conflicto observa las características más positivas de un conflicto al tener en cuenta su inherencia y sus facultades para la preparación del cambio en la sociedad. La transformación permite que primen los aspectos más positivos del conflicto, dando lugar al surgimiento de alternativas creativas. Posibilita evitar actuar en pos de la destrucción del adversario, posibilitando que las situaciones de conflicto se conviertan en situación de aprendizaje en las que prevalecen el diálogo, la comunicación, la creatividad, la cooperación, etc.

Anteriormente hemos visto como la incompatibilidad de objetivos puede darse entre partes que solo tengan relaciones de conflicto y ninguna de cooperación, o entre sujetos que además de estar vinculados por relaciones conflictivas están vinculados por intereses comunes y complementarios generando entre ellas relaciones de intercambio y cooperación.

Si bien resulta muy difícil encontrar una relación conflictiva que se dé aislada de cualquier otra relación entre las partes, debemos recordar que se denomina conflicto puro o conflicto de suma cero a aquel que se produce sin ninguna coexistencia con relaciones no conflictivas. En el conflicto de suma cero, lo que una parte gana lo pierde la otra y toda solución del conflicto supone un perdedor y un ganador.

Cuando los actores mantienen diversas relaciones conflictivas, o el conflicto vincula a partes que, por otro lado, mantienen relaciones no conflictivas, se denomina conflicto de suma variable o de objetivos mezclados, y en estos casos la solución puede lograrse en el sentido de que se le otorgue alguna ventaja en otra relación a la parte que pierde alguna de sus metas en la situación conflictiva. La solución se logra cuando una de las partes resulta ganadora respecto de ciertos objetivos y perdedora respecto de otros, ofreciendo una amplia gama de posibilidades de solución.

El conflicto de suma cero supone su finalización en términos simples de victoria de una parte y derrota de la otra. No obstante, todo aparente conflicto de suma cero soporta un intento de transformarlo en un conflicto de suma variable y ello puede obtenerse por diversos caminos.⁶⁹

El primero consiste en extender el conflicto ampliando los objetivos, proponiéndose frente al mismo adversario otras metas distintas, que permitan procurar soluciones en las que, por medio de intercambio, cada parte gane y pierda algo, sin que ninguna sea estrictamente la ganadora o perdedora.

Otro método consiste en dividir el objetivo, si ello resulta posible. Por ejemplo, frente al reclamo de cobro de un crédito, el acreedor tiene el derecho al cobro, el deudor la obligación de pago, vemos así un caso estricto de conflicto suma cero, frente al reclamo judicial una parte resultará ganadora y la otra perderá la contienda.

⁶⁹ Entelman, Remo, ob. cit., p. 38.

Un manejo no judicial del conflicto llevará a analizar otros elementos de la relación y a dividir el conflicto en consideración al momento del cobro (posibilidad de financiación) seguridad de cobro (obtención de avales o garantías), certeza del derecho (modificar un crédito discutido en un crédito cierto con la firma de un acuerdo o entrega de documentos de pago) y la posibilidad de transformar un método de reclamo judicial por trámite ordinario en un juicio ejecutivo; entre algunas alternativas posibles.

Entonces si el acreedor toma en cuenta estas otras posibilidades como objetivos, conserva y reafirma su derecho al cobro, gana intereses, seguridad, etc. (convirtiéndose en la parte ganadora en este aspecto) y, al mismo tiempo, posterga la posibilidad del cobro inmediato resignando este objetivo (parte perdedora de este aspecto); en tanto que el deudor reafirma su obligación de pago a través del acuerdo, se compromete al pago de intereses (resultando perdedora de este objetivo), pero obtuvo financiación, evitó la ejecución forzosa (gana esta meta del conflicto). Así ambas partes han resignado y obtenido algo, ambas son ganadoras y perdedoras a la vez, ambas pueden estar satisfechas al convertir, transformar un conflicto de suma cero en un conflicto múltiple o de suma variable.

Podrán, entonces, estar satisfechas de haber logrado obtener sus objetivos primordiales resignando aquellos de menor jerarquía en su escala de intereses o valores.

CAPÍTULO III

Prevención, manejo y solución del conflicto

1. Prevención del conflicto

Como hemos destacado anteriormente, no resulta posible prevenir ni evitar todo conflicto y, hasta cierto punto, tampoco resulta conveniente, por la naturaleza enriquecedora, desarrolladora de las capacidades de las partes que al conflicto se le atribuye.

Si entendemos pues que el conflicto no puede ser evitado, cuando nos referimos a la prevención se hace alusión a la capacidad de actuar ante el surgimiento de los primeros indicios de un conflicto con el fin de evitar que se sobrepase determinado nivel de violencia.¹

¹ “Construyendo el Sistema Nacional de Prevención de Conflictos Sociales: enfoques, avances y desafío”, Willaqniki4 – marzo de 2013. Informe de Diferencias Controversias y Conflictos Sociales Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad, Presidencia del Consejo de Ministros. Perú <http://pcm.gob.pe/construyendo-el-sistema-nacional-de-prevencion-de-conflictos-sociales-enfoques-avances-y-desafio> [Última consulta: julio de 2018].

Es decir, evitar que el conflicto mediante una rápida escalada se salga de control y coloque a las partes en situación de sufrir importantes pérdidas, que no resultarán justificadas ni serán subsanadas por un posterior acuerdo.

La prevención consiste en una estrategia de intervención anticipada cuando se identifican diferencias o controversias, como así también en el diseño de acciones que impacten en las condiciones que producen los conflictos.

Se puede entender la prevención como el conjunto de acciones emprendidas a corto, medio y largo plazo con el fin de evitar la emergencia de un conflicto latente entre partes enfrentadas o, en caso de manifestarse, impedir su escalada hasta una situación de violencia abierta o su reaparición.

En cierto sentido, se puede decir que se trata de disposiciones relativas al logro de la paz social. Se parte de la base de que, de tiempo en tiempo, surgirán desacuerdos allí donde las percepciones de lo que es justo o equitativo no son las mismas y de que los conflictos se pueden manejar y, en el sentido aludido, prevenir.

Así, por ejemplo, se trata de apoyar a las partes que intervienen en una relación de trabajo para que diriman sus diferencias o posiciones contrapuestas de manera pacífica y ordenada, y de conformidad con unos procedimientos que disminuyan al mínimo la interrupción del trabajo. La prevención efectiva de los conflictos laborales o su solución sigue constituyendo el núcleo central de unas relaciones de trabajo equilibradas y susceptibles de crear un entorno laboral que impulse el crecimiento económico y el desarrollo.

Las estrategias de prevención de conflictos se basan en tres principios fundamentales: 1) la reacción temprana ante las señales de un conflicto potencial, 2) un enfoque integral para reducir las tensiones que pueden desencadenar el conflicto violento y 3) el esfuerzo por resolver las causas de raíz que subyacen a la violencia.²

² Mendiá, Irantzu y Marta Areizaga, “Prevención de conflictos”, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, Edit. Icaria y Hegoa, 2005-2006, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/176> [Última consulta: mayo de 2018].

Sobre la base de estos principios, se establece la distinción entre la prevención operacional, en referencia al conjunto de medidas políticas, diplomáticas, económicas y militares aplicables a corto plazo ante una situación de violencia inminente, y la prevención estructural, que incluye aquellas medidas a medio y largo plazo orientadas a evitar que un conflicto emerja o, de manifestarse, a que no vuelva a reproducirse.³

La puesta en marcha de una estrategia preventiva eficaz requiere, en primer lugar, el desarrollo de sistemas de alerta temprana de conflictos, es decir de mecanismos de recogida y análisis de datos que permitan identificar conflictos potenciales e incidir, una vez transmitida la información a los centros de decisión política, en la adopción de una respuesta o acción temprana para su prevención.⁴

2. Manejo del conflicto

Cuando se alude al manejo o la gestión del conflicto (*management*), la terminología presenta al conflicto como un elemento propio de la vida, que no puede aspirarse a darle fin, sino que tiene que ser tratado constructivamente.

Es un concepto propio del ámbito empresarial y plantea la posibilidad de encontrar dinámicas de labor y modelos para analizar los conflictos.

Hemos ya aclarado, que se debe desechar la idea de ver o entender el conflicto como algo negativo o una disfunción social. El conflicto no es algo que deba tratar y resolver por sí solo el abogado, el gerente del proyecto o el tercero interviniente –sea un mediador, conciliador o árbitro–; también el conflicto entre miembros del equipo debe ser gestionado por las personas involucradas.

Si la persona encargada del manejo se conduce en forma apropiada, pueden tornar la situación en algo benéfico, haciendo que los conflictos salgan a la superficie y se resuelvan. La situación conflictiva puede

³ Mendia, Irantzu y Marta Areizaga, “Prevención de conflictos”, ob. cit.

⁴ Mendia, Irantzu y Marta Areizaga, “Sistema de alerta temprana de conflictos”, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, Edit. Icaria y Hegoa, 2000, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/209> [Última consulta: mayo de 2018].

obligar a las personas a buscar nuevos enfoques; a fomentar la creatividad y a mejorar el procedimiento de solución de problemas. Cuando se estimula la discusión puede lograrse que las personas aclaren sus puntos de vista. Si se gestiona de manera apropiada el conflicto, si se erradica de la mente de todos los involucrados el planteo de la situación en términos ganador-perdedor, la situación puede contribuir a consolidar el vínculo entre las partes, aclarando las posiciones de cada uno, sus intereses, puedan advertir que han avanzado positivamente para alcanzar sus metas logrando que ninguno sienta que ha perdido.

Por el contrario, si no se gestiona el conflicto en la forma adecuada, tendrá una repercusión negativa sobre la relación entre las partes o los equipos de trabajo. Podría disminuir la disposición de las partes a escuchar y a respetar los puntos de vista de los demás, se destruye la comunicación y las personas dejan de hablar.

Si el conflicto se planteó dentro de una empresa, entre distintos departamentos o en un equipo de trabajo, el manejo inadecuado de la situación puede destruir la unidad del equipo y reducir el nivel de confianza y franqueza, así, los grupos dejan de compartir información.

Ante el surgimiento del conflicto los involucrados pueden reaccionar de muy diversa manera y, en el manejo de la relación, se puede advertir la utilización de distintas estrategias:

a) *Evitarlo o retirarse*: las personas en conflicto se retiran de la situación, con el fin de evitar la confrontación en un desacuerdo real o potencial. Quien adopte esta estrategia, elude diplomáticamente el conflicto o lo posterga. Esta actitud no produce en concreto beneficio alguno y tarde o temprano se resentirá la relación que se intenta proteger al evitar el confrontamiento. Por ejemplo, el silencio de una persona ante una disidencia en una situación puede evitar que se enfrenten en ese momento, pero puede incrementarse posteriormente por acumulación de diferencias que no han sido expresadas y resueltas oportunamente. El malestar por los puntos no aclarados y resueltos se acumula y va en aumento, convirtiendo pequeños desacuerdos en serios conflictos.

b) *Competir u obligar*: esta es la actitud que adoptan quienes entienden o representan el conflicto con el binomio ganador-perdedor, quien busca alcanzar sus propias metas sin preocuparse de las necesidades del otro o de cuánto se resentirá la relación. Hemos visto que, si nos movemos exclusivamente con una mentalidad de lo que está jurídicamente permitido o prohibido, y a lo que una parte tiene derecho

constituye un deber para la otra; siempre se provocarán situaciones en las que una parte alcance sus objetivos, y la otra los pierda. Una parte satisface sus intereses a expensas de la otra ya que, por cada objetivo o punto obtenido, por una parte, su contrincante ha debido ceder. Si nos ubicamos dentro de este enfoque de la situación, el valor que se le asigna a lograr las propias metas en forma total y absoluta y ganar el conflicto es mayor que el que el valor que se le asigna a la relación entre las personas. Se negocia sobre la base del poder que tienen las partes. Este enfoque al manejo del conflicto puede dar como resultado el resentimiento y la ruptura de las relaciones entre las partes provocando el deterioro del ambiente de trabajo en equipo dentro de la empresa. Crea resentimientos y anula la posibilidad de mantener una relación o anhelar futuros emprendimientos en común.

c) *Adaptación*: con este enfoque se insiste en la búsqueda de áreas de acuerdos dentro del conflicto, minimizando el valor de hacer frente a las diferencias. Los temas que pueden dañar los sentimientos de las partes, evidenciar sus diferencias y confrontarlas, no se discuten. Una persona puede dejar de lado sus propios intereses a favor del mantenimiento de la armonía ya que el valor que se asigna a la relación entre las personas es mayor que el valor asignado a la solución definitiva del problema. Aunque este enfoque puede lograr que una situación de conflicto sea soportable, no llega a dar una solución al problema que se mantiene latente. Piénsese, por ejemplo, en el seno de una familia, cuando en las discusiones del matrimonio una de las partes cede para no disgustar a su pareja, si bien parecería que se ha llegado a un acuerdo cuando cesa la discusión, la situación de insatisfacción en una parte persiste; en quien ha debido ceder.

d) *Concesión*: los miembros del equipo buscan una posición intermedia, se centra la atención en dividir la diferencia y lograr un acuerdo o solución intermedia entre los objetivos de cada parte. Se busca una solución que proporcionará cierto grado de satisfacción a cada persona, a través de un compromiso negociado. Resulta más que habitual que este sea el enfoque que adopten quienes hayan abandonado la mentalidad derecho-deber, prohibido-permitido, pero no se encuentren debidamente entrenados en manejo de conflictos, y si bien puede parecer un avance en consideración a los enfoques anteriores, quizá la solución no sea la óptima. La postura que las partes adoptan es que cada una debe ceder hasta encontrar un punto medio. Si la persona encargada de la resolución del conflicto (gerente de equipo, abogado,

mediador, conciliador, árbitro) concentra las energías y logros en las concesiones efectuadas por cada una de las partes, ambas pueden quedar insatisfechas con la solución por sentirse “perdedoras”, focalizando en aquellas metas u objetivos que han tenido que resignar, en lugar de valorar que lograron solucionar el conflicto alcanzando el objetivo principal. Manejar un conflicto con un enfoque basado en la concesión deja insatisfecha a las dos partes, y el conflicto se solucionó en términos perdedor-perdedor.

e) *Colaboración, confrontación o solución de problemas*: es la negociación basada en intereses. Quien adopta o utiliza este estilo busca tanto satisfacer sus propios intereses como satisfacer los de los demás. En este enfoque, los miembros de la relación se enfrentan directamente al asunto, trabajando en común para satisfacer sus intereses y necesidades. Buscan un resultado de ganar-ganar, asignándole valor tanto al logro de sus metas como al mantenimiento, la preservación de la relación entre las personas. Cada uno tiene que abordar el conflicto con una actitud constructiva y con la disposición de trabajar de buena fe con los demás para resolver el problema. Requiere que las partes confíen uno en el otro para que puedan discutir con transparencia todos los intereses u objetivos de las partes. Existe un intercambio de información abierta del conflicto, tal como cada uno lo percibe, se analizan las diferencias y se trabaja con ellas para llegar a la mejor solución global. Cada persona está dispuesta a abandonar o modificar su posición, según se intercambia nueva información, con el fin de llegar a la solución óptima o adecuada. Las partes necesitan dedicar tiempo a comprender el punto de vista de la otra persona buscando el punto de equilibrio en el que cada parte entienda que mediante la colaboración estará en una mejor situación que fuera del acuerdo (equilibrio de Nash). El enfoque no resulta una utopía, sin embargo, es evidente que para que funcione correctamente se requiere tener un ambiente de proyecto sano, en el que las relaciones sean abiertas y sin hostilidad y las personas no teman represalias ni traiciones si son sinceras entre sí.

No hace falta que aclare que el encargado de la gestión del conflicto no siempre cuenta con una situación óptima, en la que las partes actúen confiadas y expresen sus posiciones abiertamente. Todo lo contrario, por lo general, se encontrará, en mayor o menor medida, con situaciones de hostilidad, que como ya aclaramos estarán basadas en las percepciones que cada uno de los opositores tengan de las situaciones de conflicto. Las diferencias pueden convertirse en argumentos

emocionales. Cuando las personas intentan resolver un conflicto, no pueden permitirse ser arrastradas a una situación puramente emocional. El encargado del manejo del conflicto debe buscar entender –y modificar– la percepción de cada parte.

3. Solución del conflicto

La solución de conflictos se refiere tanto a la superación de los obstáculos que se presentan como a los procesos que implican, los caminos que conducen a la satisfacción de las necesidades: los acuerdos y desacuerdos, los encuentros y desencuentros, las tareas complementarias, las diferencias y los juegos de poder, las coincidencias y los objetivos en común, etc.⁵

La solución de conflictos consiste en examinar las dificultades y modo de aumentar el interés común contribuyendo a un mayor grado de integración. Así, su solución no es una búsqueda de la victoria ni cuestión de ganar o perder. Todos pueden salir ganando, en el sentido de obtener el máximo provecho de la totalidad de sus valores y de reducir al mínimo su costo de oportunidad. En la solución es importante que todas las partes se sientan involucradas en el proceso y en un plano satisfactorio para cada una de ellas por separado.

Cuando los conflictos se producen en relaciones estables o permanentes (ej. núcleo familiar, sociedad), su solución constituye un proceso continuo: una vez que se resuelve un conflicto surgirá casi siempre otro, ya que los sistemas de interacción no están aislados y un conflicto, resuelto en un primer sistema, puede caracterizarse por una serie de transacciones y propiedades dentro de otros sistemas diferentes. Es también un proceso continuo porque el conflicto es endémico (se repite con frecuencia en un sitio).

En la solución de un conflicto su naturaleza, la identidad de las partes y la del sistema de transacciones correspondientes son los aspectos cruciales y más difíciles del proceso. Por lo tanto, hay que

⁵ Carrillo Gómez, Nathalie “Resolución Pacífica de Conflictos-Experiencia de Formación”, <http://webdelprofesor.ula.ve/arquitectura/rojomaria/P/Nathalie%20Carrillo.pdf> [Última consulta: marzo de 2019].

magnificar el conflicto para que el especialista y las partes interesadas puedan concentrarse en él exclusivamente.

3.1. El factor tiempo

Cuando en una relación se busca la totalidad de temas de conflicto o de metas en común entre las partes, debe también analizarse el elemento o factor tiempo. En ciertas ocasiones puede detectarse que para alguna de las partes serán importantes en el futuro ciertos objetivos o, por el contrario, cuestiones que hoy resultan relevantes, dejarán de revestir interés en el futuro.

A su turno, el tiempo puede ser en sí mismo un objeto de negociación, como vimos en el ejemplo de otorgar financiación para el pago de una deuda.

3.2. El “poder” en la solución de los conflictos

El “poder” o fuerza de cada una de las partes en conflicto resulta una dimensión que no puede dejar de considerarse.

No nos referimos al poder en términos absolutos sino al que cada una de las partes ostenta en relación o comparación con la otra, y cuando hablamos de fuerza o poder estamos significando los recursos de que dispone cada parte para conducir, impulsar a la otra en la dirección coincidente con el logro de los objetivos propios. Resultan, entonces, elementos de poder la posibilidad de entablar una demanda judicial, trabar una medida precautoria, la alianza con terceros, como así también, la influencia moral, el prestigio, el poder de convicción, etc.

Podemos pensar que el poder es un conjunto de recursos, de muy diversa índole, de los que la parte dispone, pero esta idea no es suficiente, ya que tales recursos son eficientes si, por un lado, existe la voluntad de usarlos y, por el otro, si existe la convicción de que el adversario no dudará en usarlos. La amenaza del uso de la fuerza (intimación extrajudicial bajo apercibimiento de iniciar demanda judicial, intimación judicial bajo apercibimiento de ejecución, etc.) solo provocará una reacción de la otra parte (en el sentido buscado o pretendido: ej., pago de la deuda) si el destinatario de la amenaza está convencido de que se la llevará a cabo, y que dicha actuación (el cumplimiento de la amenaza)

provocará un daño significativo o al menos generará una situación no deseada y perjudicial.

Por lo tanto, no basta tener “poder” para realizar una conducta, sino que es necesaria la decisión de utilizarlo conjugando el elemento material (poseer la acción judicial, el derecho a solicitar embargo) y el elemento volitivo o anímico (la voluntad de utilizar el recurso disponible). También es importante que la parte contraria tenga el convencimiento de que estamos dispuestos realizar la acción, es decir, cumpliremos la amenaza.

El sistema jurídico, como método de solución de conflictos, es un mecanismo que pivotea en torno a la amenaza del uso de la fuerza o al uso mismo de la fuerza cuando es indispensable.

Así, por ejemplo, cuando el acreedor amenaza al deudor (mediante una acción judicial) con la ejecución de sus bienes, su apoderamiento se produce mediante el uso de la fuerza (embargo y remate judicial) para obtener el importe debido.

No obstante, para que la amenaza del uso de la fuerza (por ejemplo, notificación judicial de la intimación bajo apercibimiento de ejecución) sea eficaz y provoque la respuesta esperada, reacción del otro en el sentido buscado o deseado (el pago de la deuda), dicha amenaza debe ser idónea, es decir, capaz de provocar un daño real, ya que, de lo contrario, no surtirá efecto (por ej., si el deudor no posee bienes y el proceso no empeoraría su situación, no tendría incentivo para efectuar el pago a pesar de la amenaza de la ejecución forzosa).

Entonces, el uso eficiente del poder requiere:

- 1) La existencia del recurso, poder o fuerza,
- 2) La voluntad de usarlo,
- 3) La certeza de la otra parte de que no se dudará en hacer uso de la amenaza,
- 4) Que tenga suficiente virtualidad para provocar un daño en el destinatario de la amenaza.

3.3. El “costo” por la utilización del poder

La utilización de todo recurso disponible o costo puede consistir, provocar, por ejemplo, la pérdida de prestigio o la inversión de mucho tiempo (no disponible) en el logro del objetivo.

Puede ocurrir que el actor tenga un gran poder relativo, pero, al mismo tiempo, le genere mucho costo su utilización, lo que no debe, necesariamente, ser medido en términos económicos.

La valoración integral del costo nos lleva a considerar además del aspecto económico, el tiempo que demandará la solución del conflicto, la publicidad de la existencia de la disputa o situación de controvertida, la afectación del nombre de la empresa o una marca, el impacto en la clientela, etc.

En consideración a estos y otros aspectos, las empresas y sociedades en sus relaciones internacionales intentan arribar a soluciones no judiciales, buscando dirimir sus conflictos por procedimientos alternativos, confidenciales, expeditivos.

Pero también podemos suponer, por ejemplo, el análisis, evaluación de consecuencias, que deberá efectuar el propietario de un edificio que es sede de un jardín de infantes o un centro de salud barrial que le adeuda varios períodos de locación. No puede dudarse de su derecho a iniciar la acción judicial de desalojo (poder), pero quizá le resulte demasiado elevado (moral y socialmente) el costo de dejar a los miembros de su propia comunidad sin un centro educativo o de salud.

Por el contrario, a veces la obtención de ciertos objetivos que la parte considera fundamentales la lleva a no medir sus costos, o está dispuesta a efectuarlos a pesar de considerarlos elevados.

También, es primordial la evaluación de los costos del adversario e intentar sopesar hasta qué punto el contrincante estará dispuesto a sacrificar o hacer uso de los recursos que dispone.

De acuerdo con lo que venimos analizando, resulta claro que el cálculo del poder relativo de las partes en un conflicto está relacionado también con el costo de su utilización.

4. Métodos para la solución de conflictos

4.1. Distintos mecanismos

La teoría sobre el conflicto ha desarrollado conocimientos y técnicas que posibilitan una mejor y más eficiente gestión de los problemas que habitualmente se ocupa el abogado, a través del manejo más eficaz que

el mero uso de las herramientas procesales contenidas en el ordenamiento jurídico.

En el amplio universo de conductas posibles, jurídicamente permitidas por no estar prohibidas, las partes pueden tener pretensiones enfrentadas o incompatibles y para su solución podrán valerse de algún método de la teoría del conflicto en la medida que justifiquen, ética o jurídicamente, su utilización.

En el desarrollo de la humanidad, las comunidades han ido creando diversos métodos para solucionar sus conflictos, métodos que van desde el uso de la fuerza hasta el establecimiento de la paz mediante bodas entre miembros de tribus rivales o familias reales de distintos países.

Galtun⁶ detectó a través de la historia doce métodos de solución de conflictos, a saber: los juegos de azar, las ordalías, los oráculos, el combate, la guerra limitada⁷, los duelos verbales, los duelos privados (armados), los duelos judiciales, los debates, la mediación y el arbitraje, los tribunales y las votaciones.⁸

Los abogados se encuentran acostumbrados al manejo de algunos de esos métodos o conductas tendientes a la obtención del objetivo, como lo es, entre otros, la acción judicial y aquí nos encontramos inmersos en el conflicto individual con una metodología que no siempre es la más apropiada o idónea.

Así, por ejemplo, por lo general, en las relaciones laborales, un objetivo central en el procedimiento de resolución de conflictos es la promoción de la negociación colectiva, es decir, siempre que sea posible, la obtención de un arreglo bipartito.

⁶ Johan Galtung (1930), matemático y sociólogo noruego. Importante investigador sobre la paz y los conflictos sociales. Ver Hueso García, Vicente, "Johan Galtung. La transformación de los conflictos por medios pacíficos", *Cuadernos de Estrategia*, pp. 125-159, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/595158.pdf>. [Última consulta: julio de 2018].

⁷ Entendida como oposición al combate sin restricciones.

⁸ El proceso electoral es una forma de participación en las decisiones del poder. Pero, si lo analizamos en detalle, vemos que en el conflicto por el poder o la puja por cuál debe ser el contenido de las normas que regulen la vida en sociedad, una elección implica adoptar una resolución pacífica, institucionalizada y reglamentada, excluyendo a la violencia como método.

Además, es cada vez más frecuente que se recurra a “procedimientos alternativos de resolución de conflictos” (la conciliación, la mediación, el arbitraje) que reducen su cariz jurídico y favorecen un tipo de justicia que tiene lugar fuera de los canales convencionales. En todo caso, en diversas jurisdicciones se encuentra implícito un enfoque voluntario que reconoce a las partes cierta libertad para elegir los mecanismos específicos que se utilizarán para abordar el conflicto.

Con el objeto de brindar una noción inicial de los distintos métodos de resolución de conflictos, se puede advertir la existencia de métodos de autocomposición y de heterocomposición de los conflictos.

En los primeros, son las propias partes, sus letrados, equipos de negociación, los que se acercan, discuten, efectúan propuestas e intentan arribar a un acuerdo. Es decir, las propias partes componen la relación dañada, solucionan el conflicto, es decir, lo autocomponen.⁹

En el segundo grupo, las partes se advierten como incapaces de solucionar por ellas mismas la situación conflictual y necesitan recurrir a una tercera parte no vinculada al conflicto para que lo haga, entonces la solución no provendrá de las mismas partes sino de la intervención de un tercero.¹⁰

Cabe aclarar que la sola intervención de un tercero imparcial al conflicto no encasilla el método dentro del grupo de heterocomposición, ya que para ello se requiere que sea el tercero quien dé solución al conflicto, lo resuelva, componga la relación. Es, por ello, que dentro del grupo de métodos de heterocomposición incluimos los procedimientos judiciales y arbitrales, en los que el tercero (juez o árbitro) decide, lauda.

La mediación, si bien se caracteriza por la intervención de un tercero imparcial, este no decide respecto a la relación o situación en conflicto.

⁹ Rodríguez, Mónica S., “La utilización de los avances tecnológicos y la solución de conflictos: una mirada desde la justicia estatal y privada”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año VII, Número 11, 2013, p. 81. file:///C:/Users/monica/Downloads/97-165-1-SM%20(4).pdf) y “Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica”, 2011, p. 81, dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/2419.

¹⁰ Rodríguez, Mónica S. “Arbitraje en Internet”- Primera Parte. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración n° 49 de www.eldial.com. Editorial Albremática, noviembre de 2009. pp. 1-31.

Son las propias partes las que llegan o no a un acuerdo y solucionan el problema.¹¹

4.2. Negociación

La negociación es la comunicación mutua diseñada para llegar a un acuerdo cuando dos personas tienen algunos intereses en común y otros que son opuestos.

A pesar de que la negociación se lleva a cabo todos los días no resulta fácil realizarla adecuadamente y las estrategias comunes para negociar, pueden dejar a la gente insatisfecha, fatigada o enemistada y, a menudo, experimentan las tres cosas.

Se perciben dos formas bien diferenciadas de negociar, una suave y una dura.

El negociador suave desea evitar los conflictos personales y, por lo tanto, hace concesiones de inmediato para llegar a un acuerdo. Desea una resolución amigable y con frecuencia termina explotado y sin obtener las metas que lo satisfagan (a él y a su cliente) mínimamente y con la sensación de ser quien ha perdido o cedido en demasía en el conflicto.

El negociador duro ve cualquier situación como una disputa de voluntades, entendiéndolo que la parte que toma las posiciones más extremas y las mantiene firme durante más tiempo, obtiene más. Pero con frecuencia termina produciendo una respuesta igualmente dura que lo agota a él y a sus recursos y, además, daña la relación con la otra parte.

Existe, sin embargo, una tercera forma de negociar, conocida como el “método de negociación de principios”, consistente en buscar beneficios mutuos siempre que sea posible, y que donde haya intereses en conflicto, estos se deberán resolver sobre la base de los patrones justos e independientes de la voluntad de cada parte.¹²

El método de negociación de principios es rígido respecto a los méritos y benigno respecto a las personas.

¹¹ Rodríguez, Mónica S., ob. cit., p. 81.

¹² Ver “Negociación por Principios” en Fisher, Roger, Ury, William y Bruce Patton, *Sí de acuerdo. Cómo Negociar Sin Ceder*, Bogotá, Norma, 1985.

Cada negociación es diferente, pero los elementos básicos no cambian. La negociación de principios puede utilizarse cuando hay un punto de conflicto o varios, cuando hay dos partes o más. El método se aplica ya sea que la otra parte tenga más o menos experiencia, o si es un negociador rígido o uno amistoso.¹³

Sobre la base de los conceptos estudiados, se advierte que resulta sumamente útil en la negociación poseer una visión positiva del conflicto y de sus posibilidades por medio de la transformación, dando origen a nuevas propuestas con la posibilidad de entender las situaciones de conflicto como oportunidades de crecimiento siendo fundamentales en esta transformación descubrir las capacidades de las partes para solucionar el conflicto por ellos mismos junto con la capacidad de reconocer los intereses y necesidades del otro como si fueran propias.¹⁴

4.3. Mediación

La mediación, también conocida como conciliación en muchas partes del mundo (aunque no por ello sean lo mismo), tiene una larga historia en la esfera diplomática. En el ámbito civil y comercial, la utilización de la mediación ha aumentado considerablemente en los últimos años, debido, por un lado, a la insatisfacción que experimentan las partes de los litigios judiciales en ciertas jurisdicciones en relación con las costas y la excesiva demora en la resolución, pero también el interés resulta de las ventajas propias, siendo atractivo como procedimiento que ofrece a las partes el pleno control tanto del procedimiento como del resultado de este.¹⁵

En su tarea, el mediador dispone de muchas herramientas para conducir a las partes hacia un acuerdo. Por ejemplo, el mediador puede:

¹³ Fisher, Roger, Ury William y Bruce Patton, ob. cit., p. 10.

¹⁴ Maturana Miquel, Cristian, “Conflicto y sus formas de solución”, *El Derecho Procesal Orgánico – Parte General*. Chile, 2012, https://kupdf.net/download/derecho-procesal-organico-2012-cristian-maturana2_599d010cdc0d60a-20b53a1f8_pdf [Última consulta: mayo de 2018].

¹⁵ Guía de la Mediación: Preguntas frecuentes, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/guide/> [Última consulta: enero de 2019].

- Ayudar a las partes a comprender los puntos de vista del otro.
- Alentar el intercambio de información.
- Suministrar nueva información.
- Hacerles saber que sus preocupaciones son comprendidas.
- Promover un nivel productivo de expresión emocional, sin descontroles.
- Manejar las diferencias de percepción e intereses entre los negociadores o las partes.
- Ayudar a las partes y a los negociadores a precisar las alternativas de forma real. Contribuir a que puedan divisar una alternativa como algo realmente viable.
- Estimular la flexibilidad en las posiciones de las partes y sugerir resoluciones creativas que contengan los intereses fundamentales de todas las partes.
- Cambiar el enfoque del pasado al futuro, guiando a las partes a que abandonen su focalización en las divergencias, y se coloquen en una mentalidad proclive, favorable a avanzar en el logro de una solución.
- Conocer los intereses que las partes son reticentes a revelarse entre sí.

5. Habilidades para resolver el conflicto

Las enumeradas a continuación son algunas de las habilidades que se deben esperar del tercero (sea negociador, mediador o árbitro) que intervenga en cualquier método para la solución de conflictos. Así, quien se encargue del manejo de cualquier conflicto debe tener¹⁶:

a. La capacidad para escuchar activamente. Debe desprenderse de cualquier preconcepción sobre la situación y escuchar atentamente para entender el conflicto desde la perspectiva de las partes.

b. La sensibilidad para entender los valores que las partes sienten profundamente, incluyendo temas relacionados con el grupo étnico, el género y las diferencias culturales.

¹⁶ Novel Martí, Gloria, *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Madrid, Reus 2010, p. 136.

- c. La capacidad de usar un lenguaje neutral hablando claramente.
- d. La capacidad de analizar problemas, identificar y separar las distintas metas y objetivos involucrados y tomar una decisión o permitir llegar a una resolución con respecto a todos ellos.
- e. La capacidad para lidiar con objetivos e información insuficiente, compleja y, a veces, confusa.
- f. Tener presencia y tenacidad, sostener un compromiso expresado con honestidad, y la capacidad de crear y mantener el control de un grupo diverso de oponentes.
- g. La capacidad para identificar y separar los valores personales del individuo manifestando un profundo respeto a las partes.
- h. La capacidad de permanecer neutral y objetivo bajo las presiones de las partes, aun teniendo que balancear diferencias de poder entre las partes.

Puede advertirse como en la mediación se señala la importancia de que el mediador sea únicamente un facilitador, que colabore con las partes para que ellas mismas arriben a una solución. Para transformar los conflictos se requieren respuestas cooperativas con las que todos puedan salir ganando en alguna medida. La mejor forma de cooperación es aquella en la que cada uno cede un poco para producir un bien en el otro, que al mismo tiempo repercute en uno mismo.

6. Los terceros en el conflicto

6.1. El rol de los terceros para la solución de conflictos

A medida que la intensidad del conflicto avanza, las comunicaciones se constituyen en uno de los problemas fundamentales. La bipolaridad del conflicto genera el aislamiento de los adversarios respecto de su entorno, bien que este esté integrado por otros Estados, otros grupos, otros socios, otros familiares, etc. A su vez, las comunicaciones entre las propias unidades en conflicto disminuyen, se hacen menos frecuentes y responden al crecimiento del nivel de desconfianza, de recelo y de hostilidad.

Podemos advertir diversas formas de intervención de los terceros que no participan en el conflicto.

Así están los terceros disuasores que son aquellos que poseen el poder de obligar a la terminación del conflicto bajo amenaza de inter-

venir en él. Se trata de un rol que generalmente asume el miembro de más poder de una tríada, frente al conflicto entre los otros dos miembros, cuando realmente desea terminarlo.¹⁷

Similar a la figura del disuasor aparece la del persuasor que es aquel tercero que por una y otra razón tiene influencia suficiente para persuadir a las partes o a alguna de ellas a realizar los actos y otorgar las concesiones que solucionen el conflicto.

Los terceros moderadores (posibilitadores o facilitadores de comunicaciones) tienen la función principal de bajar el nivel de amenaza y de desconfianza entre los adversarios y de generar mejores canales de comunicación entre ellos.

El posibilitador de comunicaciones puede dialogar fácilmente con ambos actores y entender los temas en conflicto, tanto como las percepciones que cada adversario tiene del otro actor y del conflicto lo que permite clarificar imágenes o corregir erróneas percepciones, generando un campo mucho más apto para la negociación en el proceso de terminación del conflicto.

Integran también la categoría de terceros no participantes los amigables componedores y los diversos tipos de árbitros en quienes las partes ponen la capacidad de definir la resolución del conflicto, con diversos grados de delegación y con la exigencia del cumplimiento de un mayor o menor número de formalidades.

Por último, corresponde decir sobre la intervención de los terceros en la solución de los conflictos que el juez es un típico tercero instituido de la facultad de resolver el conflicto dentro de un marco descrito con mayor o menor amplitud por la ley y el sistema jurídico es un método de regulación de conflictos y sus órganos judiciales se presentan como órganos específicos para su resolución.

6.2. El abogado en el rol de tercero

Los abogados deben tener muy presente la figura y el rol del tercero no participante, ya que su función es imitable en gran parte, aunque no sea un tercero propiamente dicho.

¹⁷ Entelman, Remo, *Derecho y conflicto*, ob. cit., p. 69 y ss.

El abogado de empresa no puede mirar el conflicto desde ninguna de las unidades que conflictúan, y puede contribuir al manejo y terminación de los conflictos internos de la empresa dependiendo de su capacidad para asumir el rol de tercero en el enfrentamiento entre individuos o unidades.

Por extraña que pueda resultar la siguiente afirmación, también se advierte la conveniencia de adoptar el rol de tercero que posibilita las comunicaciones, aun cuando se interviene como abogado de parte. La posición social del abogado le permite gozar de cierto nivel de independencia desde el cual puede comunicarse, tanto con su parte como con la adversaria intentando cumplir con los objetivos de reducir el nivel de amenaza, generar más confianza y facilitar el manejo de propuestas, a través de una comunicación intermediaria que las partes no pueden suplir por el diálogo directo.

En la práctica profesional se presentan grandes dificultades por el hecho de que muchos abogados creen que su prestigio frente a su cliente es escalar el conflicto a la mayor intensidad posible de conducta conflictiva y utilizan como instrumento la amenaza de tono violento (cualquiera sea el nivel de credibilidad que pueda otorgarle quien la percibe).

A veces el abogado que trata de escalar rápidamente los conflictos adopta el rol de otro tipo de tercero, aquel que saca beneficio propio del conflicto, bien sea un pretendido prestigio, una determinada imagen o una ventaja económica, y que Simmel definiera como *tertius gaudens*.¹⁸

Partiendo del análisis de cuestiones de la teoría del conflicto, surge como evidente que resulta fundamental en el abogado el abandono de la mentalidad suma cero para participar eficazmente en cualquier mecanismo alternativo de solución de conflictos.

7. Algunas reflexiones sobre el enfoque del conflicto

La caracterización del conflicto como una forma normal de la conducta social importa para rechazar la tesis del tejido social enfermo y partir del presupuesto de que en toda sociedad las relaciones entre sus miembros tienen inevitablemente zonas y matices de conflicto.

¹⁸ Entelman, Remo, "Derecho y conflicto", ob. cit., p. 59 y ss.

Como primera cuestión se destacó que la mayor parte de las disputas entre particulares no se dan entre una pretensión legítima y otra ilegítima, sino que a diario existen enfrentamientos entre alguien que pretende o aspira obtener lo que no le está prohibido por el ordenamiento jurídico y alguien que se lo niega, cuando conforme la ley no le está prohibido denegar. Dos posiciones, dos pretensiones opuestas e incompatibles pero ambas legítimas.

La segunda gran cuestión consistió en presentar al proceso judicial de una manera diferente para posibilitar a los intervinientes encarar con otra mentalidad y predisposición ese mecanismo de solución de conflictos, o cualquier otro.

Resultó importante determinar, entender que el sistema jurídico (el conjunto normativo y los órganos que lo componen) constituye un método que utiliza la violencia (el uso de la fuerza y la amenaza del uso de la fuerza o sanción) para la solución de conflictos que se dará en términos perdedor-ganador.

Poner en claro estas características explica por qué en la actualidad se propician los mecanismos pacíficos, es decir que no utilicen violencia ni amenacen con ella y que sean alternativos de los judiciales, además de la necesidad de cubrir el área de conflictos de naturaleza u orden permitido-permitido.

Así, por ejemplo, en muchos países la mediación ha surgido como la oferta nueva orientada a la resolución pacífica y extrajudicial de disputas, englobando situaciones que se dan en el área de lo permitido como aquellas que se encuentran reguladas en el sistema jurídico y, en este punto, se intentó implantar esta cultura estableciendo un sistema imperativo, autoritario que convierte, por ejemplo, la mediación en obligatoria.

Pero debemos tener claro que el recurrir a algún método alternativo de resolución de disputas (RAD o ADR) ocurre en etapas finales de, a veces, un muy largo proceso de situaciones de conflicto en el que se ha gestado, desarrollado, escalado, estancado y desescalado en la relación controvertida.

El abogado, frente a la consulta de su cliente y para efectuar un análisis integral de la situación de conflicto, debe requerir la mayor información posible, no solo sobre el conflicto en sí, sino también, sobre la totalidad de relaciones entre las partes e intensificar el análisis de los intereses que cada una de ellas puede tener que resulten incompatibles o en común con los de su adversario, aunque sean en sectores que en principio parecieran totalmente ajenos al conflicto.

Como vimos, el conocimiento de estos aspectos podría permitir ensanchar el conflicto, incorporando otras cuestiones o reclamos adicionales o podría dividir el objeto del conflicto permitiendo el intercambio en metas diversas.

La sociedad suele decir que los abogados ven problemas donde no los hay y que suelen complicar más aún los problemas. Debemos erradicar de nuestra mentalidad –y de la de la sociedad– esa idea, ya que el análisis profundo de todas las cuestiones y aspectos que involucran a las partes en conflicto nos llevará a obtener material para la eficaz negociación o la elección del sistema de solución más adecuado.

A su turno la división del objeto de conflicto en diversos aspectos para posibilitar la solución a través de la resignación de algunas metas y la obtención de otras no convierte al profesional en un “mal abogado” que no logró todo lo que su cliente pretendía. El apostar todo a ganar o perder, la mentalidad suma cero, no solo es una mentalidad poco proclive a la concertación, sino que puede transformar a quien la exhibe en parte perdedora.

Recordemos además que, aunque pensemos que tenemos todo para ganar nunca debemos colocar a la otra parte en una situación tal que sienta que no tiene nada que perder, ya que en ese punto no tendrá ningún interés en la solución del conflicto. Cierta vez, una persona que intentaba renegociar la modalidad de pago de una deuda, se dirigió al abogado de su acreedor con una frase que revela lo expresado en este punto. Así manifestó: “me encuentro entre la espada y la pared, y si usted sigue presionando más, solo obtendrá mi sangre”. Si el deudor siente que ya lo ha perdido todo, que está en la peor situación posible, no tendrá nada más por perder, de tal forma que cualquier “amenaza” de iniciar acciones, embargos, ejecución, no lograrán conmovir su sensación de que no vale la pena el esfuerzo de arribar a un acuerdo, cuando posiblemente el acreedor hubiera podido sacar un mejor provecho de un convenio, por ejemplo, frente a la insuficiencia de bienes para la ejecución.

Todas las herramientas que hemos intentado dar a lo largo de estos capítulos pueden ser utilizadas en los distintos tipos de conflictos y en los distintos mecanismos que utilicemos para lograr su solución. El objetivo de los métodos pacíficos no es solo resolver, solucionar o disolver el conflicto, sino en tratar de aportar algo más que generalmente el método judicial no logra, lo cual es: la preservación del vínculo (familiar, social, laboral, comercial, etc.) dentro del cual se produjo el conflicto.

Si identificamos claramente cuál es la situación de conflicto denunciada por las partes como objeto principal, advertimos otras metas posibles para dividir o multiplicar el conflicto para facilitar su solución, podemos evaluar la fuerza propia y la de nuestro oponente, consideraremos la posibilidad de realizar alianzas y tendremos en cuenta el factor tiempo, etc., todo ello nos será de mucha utilidad ya sea que el conflicto se plantee judicial o extrajudicialmente, que optemos por mecanismos tradicionales de solución o por mecanismos alternativos.

Si abordamos las situaciones desde la visión aportada por la teoría del conflicto distinguiremos las relaciones de cooperación de las relaciones no cooperativas.

Clasificar los conflictos como actorales y objetales nos permite diferenciar si el acento está colocado en el cálculo de ganancias y pérdidas o en el cálculo de *afectio*.

A través del análisis estático del conflicto nos enfocaremos en la identificación clara de los actores y sus intereses, en la toma de conciencia, el poder de los actores, la intensidad de los recursos que cada uno dispone y utiliza, las vinculaciones existentes entre las partes al margen del conflicto y la evaluación del conflicto como un instrumento en el desarrollo, mantenimiento y perfeccionamiento de las relaciones sociales.

La teoría de los juegos y los aportes que la doctrina ha efectuado con base en ella respecto a las relaciones cooperativas y no cooperativas nos permite entender al conflicto no ya como de suma cero (perdedor-ganador), sino como de suma variable (ganador-ganador) porque, como vimos, cada conflicto que pretenda ser de suma cero puede transformarse se en un conflicto con objetivos múltiples.

Las nuevas técnicas nos permiten entender las posibilidades con las que cada parte cuenta, la escala de sus valores, objetivos a los cuales la otra esté dispuesta a renunciar, pasando de una mentalidad adversarial a la cultura de la cooperación.

Vimos la importancia que reviste la percepción que tengan las partes respecto de la situación real, del adversario, de su propio poder, fuerza o posibilidad de triunfo en la contienda como factor que influye en su posición más o menos proclive a arribar a un acuerdo o solución del diferendo en términos no absolutos.

El análisis sobre el poder nos contacta con los elementos y recursos de que dispone cada una de las partes para alcanzar su objetivo.

Las investigaciones sobre la intensidad del conflicto nos colocan en el análisis dinámico con la comprensión de los conceptos de escalada,

estancamiento, desescalada. La teoría pone en evidencia los niveles de intensidad en los que puede operarse con métodos pacíficos como la negociación o a mediación.

También hemos analizado que no resulta indistinto si el conflicto se produce dentro de una organización con actores del mismo nivel jerárquico o de un nivel inferior o superior. La determinación de los grados de relación entre los actores y el cálculo de la interdependencia influye en la estrategia con que la contienda debe administrarse o gerenciarse.

Las investigaciones realizadas han permitido a la doctrina enunciar formulaciones que, si bien no pueden considerarse como leyes empíricas deben, sin embargo, ser tenidas en cuenta en la operación del conflicto, muy especialmente en vinculación con la intervención de terceros. Ellas son¹⁹:

1) Los conflictos son más regulables si el factor de amenaza es crecientemente balanceado con la generación de confianza.

2) Los conflictos son creados y mantenidos por factores objetivos y subjetivos y en el proceso de resolución debe tratarse primeramente a los subjetivos.

3) El conflicto obtiene mejor resolución si se eliminan sus aspectos cognoscitivos y perceptivos más que sus dimensiones afectivas.

4) Los conflictos asimétricos se resuelven mejor a través de intervenciones que traten de facilitar el poder del adversario más débil.

5) En situaciones de crisis, la violencia puede ser minimizada o eliminada a través de adecuados entrenamientos de control de aquellos directamente envueltos en la toma de decisión.

6) El conflicto es, a menudo, regulable por vía de modificar el entorno dentro del cual nace. La llamada interposición en el conflicto internacional es un ejemplo típico de esta técnica que es muy utilizada también en los conflictos familiares.

7) La regulación del conflicto requiere tratar de cambiar el estatus de pelea al de debate, lo que supone etapas como: primero, encapsulamiento del conflicto; segundo, creación o introducción de un agente que dé vigencia a las reglas de comportamiento y tercero: incorpora-

¹⁹ Entelman, Remo, ob. cit., pág. 72.

ción de un tercero que facilite la negociación, el arbitraje u otras formas similares de resolución.²⁰

Con estos conocimientos hemos pretendido brindar algunos elementos, herramientas distintas para poder primero entender en su total dimensión el conflicto y, así, lograr manejar y solucionar la contienda de una mejor manera para las partes.

Entonces, fue el objetivo de estas primeras páginas brindar al lector otro enfoque sobre los aspectos necesarios para que puedan entender el proceso judicial, la mediación, la conciliación, al arbitraje, es decir, los distintos mecanismos de solución de conflictos, desde la visión renovada de la teoría del conflicto esperando que ello contribuya a facilitar el estudio de los capítulos siguientes y facilite la práctica en la búsqueda del sistema de solución de conflictos más adecuado a cada situación.

²⁰ Entelman, Remo, “Derecho y conflicto”, ob. cit., p. 73.

CAPÍTULO IV

Jurisdicción e internet

En las primeras páginas, se ha señalado la importancia de los avances tecnológicos utilizados en la comunicación y celebración de relaciones a distancia, muchas veces, abarcando el ámbito internacional, lo cual podría plantear dudas sobre el sistema jurídico apropiado para la regulación de tales relaciones, como así también, respecto a cuáles serían las autoridades jurisdiccionales competentes para la solución de los conflictos surgidos en su ámbito.

La primera tentación que tendrá un juez ante una controversia surgida en el ciberespacio que le es sometida podría ser la de declararse competente, no en virtud de las reglas de D.I.Pr. aplicables, sino en tanto que el sitio al que se vincula el conflicto resulte accesible desde el territorio del foro. Así, podría encontrar proximidad, vinculación suficiente, por la facilidad en el acceso a la plataforma electrónica desde el territorio del Estado donde ostenta su jurisdicción. Estaríamos asistiendo a una suerte de competencia universal. Esta aparente sencilla solución esconde un riesgo importante: el tan temido “forum shopping” –ya que el actor podría elegir discrecionalmente el juez competente– dada la posibilidad de acceso desde distintos Estados; pero también, podría llegar a imponer una jurisdicción que tiene una débil vinculación con las partes y con la propia relación jurídica.

Por otra parte, la doctrina se ha cuestionado si se puede sujetar a las jurisdicciones estatales un fenómeno como la NET, que ha sido diseñada precisamente, para lograr la mayor independencia de las ubicaciones físicas, para desprenderse de los ordenamientos jurídicos estatales. Ella está caracterizada por permitir la realización de transacciones entre personas que pueden desconocer la real ubicación de la otra parte, de modo tal que también el sistema se presenta en principio como sumamente resistente, casi indiferente a la geografía, a la limitación territorial, a las barreras, a las fronteras estatales.

Se enfrentan aquí dos líneas de pensamiento:

1) Por un lado, la que denominamos tesis negatoria que entiende que internet no es multijurisdiccional, sino ajurisdiccional, una suerte de utopía ácrata;

2) Por el otro, la tesis afirmatoria, según la cual el espacio virtual, si bien con algunas características peculiares, merece ser jurídicamente reglado.¹

La denominada jurisdicción internacional es, en realidad, una noción comprensiva de varios aspectos:

- El poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida (Jurisdicción Directa).
- La prórroga de jurisdicción, sea a favor de justicia estatal o arbitral. A su vez, la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros nos introduce en la doble posibilidad de recurrir al:

a) Arbitraje tradicional.

b) Al denominado ciberarbitraje o arbitraje *online*.

- El poder de un tribunal (estatal o arbitral) de producir un fallo en condiciones de ser reconocido y ejecutado en otros Estados (Jurisdicción Indirecta).

Cabe preguntarse si estos tres aspectos de la competencia judicial internacional pueden ser igualmente aplicables a la contratación electrónica o si requerirán su reformulación o adaptación a las distintas formas de comunicación empleadas, específicamente, si deben formu-

¹ Feldstein, Sara, Flavia Medina, Mónica Rodríguez y Luciana Scotti, *Contratación Electrónica Internacional*. Año 2008, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/435/index.htm>.

larse nuevos criterios de atribución jurisdiccional frente al empleo de las modernas tecnologías.

En la búsqueda de una vinculación o contacto de proximidad suficiente entre la relación jurídica *online* y las autoridades estatales, es dable también distinguir las transacciones en las que se hace un pedido en línea y los bienes o servicios se envían al cliente fuera de línea – canales habituales de distribución– de aquellas transacciones que se realizan totalmente en línea, es decir, el contrato se cumple a través de la red (venta de libros digitales, sistemas de computación, antivirus, etc.), en los cuales resulta difícil vincular la relación jurídica con un territorio determinado, por ejemplo, para establecer el lugar de su cumplimiento. ¿Coincidiría con la ubicación de la computadora del comprador (por ejemplo, un programa que se descarga en la computadora del cliente) o con el sistema del vendedor (por ejemplo, la compra de valores en línea mediante procesos informáticos en el servidor del vendedor)?

Podemos adelantar que, para evitar esos problemas, siempre que sea posible, en los acuerdos en línea se debería designar el lugar en el que, de acuerdo con el contrato, se considera que el cumplimiento ha tenido lugar o, mejor aún, especificar el tribunal o tribunales que, previo acuerdo de las partes, tendrán autoridad jurídica en caso de controversia.

1. Jurisdicción directa²

Podemos afirmar que el “domicilio del demandado” (personal o comercial) resulta el criterio general por excelencia para la asignación de la competencia jurisdiccional en razón a los beneficios que ofrece desde el punto de vista práctico (facilita la realización de actos procesales como la notificación, la traba de medidas cautelares, la ejecución de la sentencia) y la garantía del debido proceso, facilitando la defensa

² Se puede consultar Rodríguez Mónica S., “Jurisdicción Internacional” en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Bueres A. (dir.) T. 6, Cap. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pp. 292-295. También “Jurisdicción Internacional” en Calvo Costa, C. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez y de Comercio*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 823 y ss.

en juicio; entendiéndose, actualmente, como igualmente vinculantes, las nociones de residencia habitual, sede principal de los negocios o establecimiento.

En el ciberespacio los contratantes pueden tener un domicilio virtual, una dirección electrónica con un sufijo geográfico (ar, br, uy, pe, fr, es, etc.) que no necesariamente, coincida con el domicilio, residencia o lugar del establecimiento físico. Además, la adopción de este criterio tiene el riesgo de que el deudor pueda desplazar fácilmente su dirección virtual modificando así el foro competente.

Entonces, corresponde cuestionarse si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la competencia judicial internacional.

En la Mesa Redonda de Ginebra de 1999 que se desarrolló para el análisis de las cuestiones de D.I.Pr. planteadas por el comercio electrónico e internet, se recomendó pedir a las partes que participan en las transacciones en línea que den a conocer su residencia habitual o su sede principal, ya que puede suponer una importante herramienta para determinar el tribunal competente para conocer de un conflicto contractual.³

Por su parte, en materia de jurisdicción internacionalmente competente, la jurisprudencia norteamericana supo distinguir entre los criterios atributivos de jurisdicción basados en la aplicación de la “personal jurisdiction”, para los casos civiles ocurridos en el *cyberspace*, así como el desarrollo de los conceptos de “contactos mínimos” y “fair-play and substantial justice”, establecidos en el caso *International Shoe*.⁴

³ Véase “Proyecto de Recomendaciones: Mesa Redonda de Ginebra sobre cuestiones de Derecho internacional privado planteadas por el comercio electrónico e Internet”, Universidad de Ginebra y La Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado (septiembre de 1999).

⁴ En el caso “International Shoe contra el Estado de Washington, 326 US 310 (1945)”, entre otros elementos importantes, se sostuvo que “las actividades en cuestión establecieron entre el Estado y la corporación contactos o vínculos suficientes para que sea razonable y justo, y de conformidad con los requisitos del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda, para que el Estado haga cumplir contra la corporación una obligación que surja de tales actividades”.; “... los términos ‘presente’ o ‘presencia’ se utilizan únicamente para simbolizar aquellas actividades del agente de la corporación en el Estado que los tribunales considerarán suficientes para satisfacer las exigencias del debido proceso (L. Mano, J., en *Hutchinson v. Chase & Gilbert*, 2 Cir., 45 F.2d 139, 141). Esas

En cambio, en cuestiones penales, se requiere la “physical presence” en el Estado del foro y en los casos civiles en los que se discute sobre los bienes del demandado puede surgir la “in rem jurisdiction”⁵ y, a su turno, en el fallo “Rannoch, Inc. v. Rannoch Corporation” se consideró que el mero hecho de que la página web se encuentre territorialmente en Virginia no es base suficiente para fundar la jurisdicción *in personan* debido a que no hay suficiente evidencia de que las actividades de internet sean directamente dirigidas a Virginia o que solo usen ese *web site* los allí residentes.

Asimismo, se ha establecido la doctrina de “long-arm”, que permite que el tribunal ejerza jurisdicción personal con respecto a no residentes en aquellas acciones en las que el actor, aunque no residente ha realizado alguna actividad, algún negocio en ese territorio.

Por su parte, la doctrina de los *contactos mínimos* entiende que el demandado puede estar sujeto a la jurisdicción específica o general *in personan* en el Estado del foro, mas, para afirmar la jurisdicción general, se debe demostrar que sus actividades son el resultado directo de su relación con el foro, que la demanda deriva de un foro donde el demandado realiza sus actividades y se trata del ejercicio de una jurisdicción que ha de ser justa.

Así, podemos entender que se ha desarrollado una noción de “contactos mínimos”⁶ empleando las siguientes pautas:

demandas pueden ser satisfechas por tales contactos de la corporación con el estado del foro como que sea razonable, en el contexto de nuestro sistema federal de gobierno, exigir a la corporación que defienda la demanda particular que se trae allí”. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/326/310> [Última consulta: agosto de 2018].

⁵ Puede verse la secuencia de fallos iniciados con los casos *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997); *Agar Corp. v. Multi-Fluid, Inc.*, 45 U.S.P.Q.2d (BNA) 1444 (S.D. Tex. June 25, 1997). *American Network, Inc. v. Access America/Connect Atlanta, Inc.*, 975 F. Supp. 494 (S.D.N.Y. 1997). *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), *aff’d*, 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997).

⁶ Se han declarado competentes los tribunales de California afirmando que la realización de negocios a través de internet era suficiente para determinar la competencia, agregando que no hay impedimento alguno para sostener que los mentados contactos mínimos no puedan ser electrónicos. Sin embargo, cabe observar que casi en todas las oportunidades los tribunales tuvieron en

- a) Que el demandado no residente debe haber obtenido beneficios derivados de una relación interactiva con residentes del Estado del foro.
- b) Que la pretensión articulada debe surgir de las actividades del demandado en el Estado donde se inició la demanda;
- c) Que el ejercicio de la jurisdicción personal no atente contra las nociones tradicionales de equidad y justicia.
- d) Que un demandado no residente puede ser sometido a la jurisdicción general o bien, a jurisdicción específica. La primera se da cuando el demandado ha desarrollado actividades de forma continua y habitual en el territorio, mientras que la segunda se presenta cuando el demandado tiene uno o más contactos con el Estado y dichos contactos han dado lugar a la pretensión articulada en la demanda.
- e) Que para decidir distinguió si el demandado se amparó en los beneficios del Estado del foro, centrado en la diferencia entre sitios interactivos o pasivos. El demandado no residente debe haber obtenido beneficios derivados de una relación interactiva con residentes del Estado del foro. Se sostuvo, que la mera publicación de un sitio web en internet –sea pasivo o interactivo– no puede resultar suficiente a los fines jurisdiccionales. Se marca la diferencia existente entre la publicidad gráfica, televisiva o radial que se proyecta de forma indiscriminada sobre el consumidor, mientras que el usuario de la red debe realizar actos positivos a fin de acceder a la información y los servicios ofrecidos.⁷

cuenta el grado de interactividad entre los usuarios y el sitio para determinar la pertinente competencia. Ver Feldstein de Cárdenas, Luciana B. Scotti, Mónica S. Rodríguez y Flavia Medina “La Contratación Internacional Electrónica: Perspectivas desde el Derecho Internacional Privado argentino” en Feldstein de Cárdenas, Sara (Dir.) *Contratación Electrónica Internacional*, 2008, pp. 67-77 <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-contratacion-electronica-internacional-una-mirada-desde-el-derecho-internacional-privado.pdf> [Última consulta: 02/2019].⁷ Feldstein de Cárdenas, S., Scotti, L., Rodríguez, M. S., Medina., F.: “Una mirada a la Contratación Internacional Electrónica desde el Derecho Internacional Privado”. Ponencia presentada para las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, 20 al 22 de octubre 2005. Colegio de Abogados de San Isidro.

1.1 Algunos resultados en el ámbito internacional

1.1.1. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En junio de 1997, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁸ convocó una Comisión Especial para estudiar aspectos de la jurisdicción internacional y los efectos de las decisiones de los tribunales extranjeros sobre cuestiones civiles y comerciales.

Tenía por objetivo, en primer lugar, armonizar las normas jurídicas limitando las jurisdicciones para entablar acciones con el fin de evitar una multiplicidad innecesaria de procedimientos, como así también, las posibles decisiones judiciales contradictorias; y, en segundo lugar, simplificar y agilizar el reconocimiento y el cumplimiento de las decisiones judiciales.⁹

Desde el 14 al 30 de junio de 2005 tuvo lugar el vigésimo período ordinario de sesiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Comisión II examinó el proyecto de Convenio de La Haya relativo a los acuerdos exclusivos de elección de foro y

⁸ La Conferencia de La Haya sobre D.I.P. fue creada, en 1893, como una organización intergubernamental con propósito de trabajar en la progresiva unificación de las normas de D.I.Pr. elabora y negocia tratados multilaterales.

⁹ La Comisión Especial preparatoria había examinado la pertinencia de las disposiciones del anteproyecto de Convenio en el ámbito del comercio electrónico. Esta cuestión fue nuevamente analizada por un grupo de especialistas en la materia, reunidos a comienzos del año 2000.

En febrero de 2000 tuvo lugar en Ottawa una reunión de expertos, bajo los auspicios del Gobierno canadiense, para analizar los problemas relativos al comercio electrónico y la jurisdicción internacional. Las conclusiones formuladas no prosperaron en la reunión de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya, de mayo de 2000. Por otro lado, la Comisión Especial había previsto organizar reuniones análogas de expertos en problemas de propiedad intelectual y jurisdicción internacional. Finalmente, la Conferencia se organizó de manera que pudieron analizar de forma más completa las nuevas prácticas comerciales de comercio electrónico, así como los problemas de propiedad intelectual y jurisdicción entre otras cuestiones.

aprobó el texto definitivo del proyecto. Finalmente, el 30 de junio de 2005, se adoptó el Convenio sobre acuerdos de elección de foro.¹⁰

El Convenio, en vigor desde el 1º de octubre de 2015, se aplica únicamente a los “contratos entre empresas” y tiene por fin establecer nuevas normas jurídicas sobre competencia, en las que se designe a los tribunales en cláusulas exclusivas de elección de foro, así como el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales así designados.

Conforme lo establece el artículo 3.c) ii, un acuerdo exclusivo de elección de foro puede ser celebrado por cualquier medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta, repectando así la validez de los acuerdos electrónicos:

Artículo 3. Acuerdos exclusivos de elección de foro. A los efectos del presente Convenio:

a) “acuerdo exclusivo de elección de foro” significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el apartado c) y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal;

b) un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario;

c) un acuerdo exclusivo de elección de foro debe ser celebrado o documentado:

i) por escrito; o

ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta;

¹⁰ Puede consultarse el texto definitivo del Convenio y las contribuciones realizadas al proyecto de texto por los Estados miembros y observadores y material en <http://www.hcch.net/index.en.php?act=Conventions.Pdf&cid=98> y http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=4

d) un acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas del mismo. La validez del acuerdo exclusivo de elección de foro no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato no es válido.

1.1.2 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales:¹¹

El Reglamento, igual que sus antecedentes, tiene por finalidad mejorar y agilizar la circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil dentro del mercado europeo. Coincide, en general, con las soluciones establecidas en el Reglamento (UE) 44/2001 y el Convenio de Bruselas.¹²

El Reglamento determina la competencia judicial en materia civil y mercantil. Estipula que las resoluciones adoptadas en un Estado miembro serán reconocidas en los restantes sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento, salvo en caso de oposición. La declaración relativa al otorgamiento de ejecución de una resolución debería producirse tras un simple control formal de los documentos presentados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos por el Reglamento.

Establece distintos supuestos de jurisdicción directa. Así:

a) Competencia general

El principio fundamental confiere jurisdicción general Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, cualquiera que sea su nacionalidad. La determinación del domicilio se efectúa en función de la ley del Estado miembro del tribunal compe-

¹¹ El Reglamento, de fecha 12 de diciembre de 2012, modificó y reemplazó al Reglamento (CE) n° 44/2001 que, a su vez, sustituyó el Convenio de Bruselas de 1968 (y su Protocolo).

¹² El Convenio de Bruselas de 1968 sigue aplicándose en los territorios de los Estados miembros que entran en su ámbito de aplicación territorial y que están excluidos del presente Reglamento en virtud del artículo 355 del TFUE.

tente. Cuando una parte no tiene un domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, para determinar si dicha persona tiene un domicilio en otro Estado miembro, el juez deberá aplicar su legislación interna.

Según las pautas establecidas en el artículo 24.2 del Reglamento, en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, como así también, en materia de validez de las decisiones de sus órganos; las autoridades y órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica esté domiciliada; aplicarán sus propias normas de D.I.Pr. para determinar dicho domicilio.

b) Competencia especial

A pesar del principio básico del foro del domicilio del demandado, este último puede ser llevado ante los tribunales de otro Estado miembro; en el marco de las competencias enumeradas por el Reglamento: competencia especial, competencia en materia de seguros, contratos de consumo, contratos de trabajo individuales y competencias exclusivas.

La competencia especial de los tribunales engloba, por ejemplo, en las cuestiones contractuales, el foro o tribunal del lugar en donde la obligación fue o debería haber sido cumplida, es decir, el lugar de ejecución del contrato. También se establecen foros especiales en materia delictual o cuasi delictual, daños y perjuicios, acciones de restitución, acción civil, basada en el derecho de propiedad, litigios relativos a la explotación de sucursales, *trustee* y auxilio o salvamento (art. 7).

Asimismo, en los casos de litisconsorcio pasivo, reconvencción, obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, en materia contractual, si la acción puede acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado (art. 8), responsabilidad derivadas de la utilización o la explotación de un buque (art. 9), en materia de seguros (art. 10 a 16), contratos con consumidores (art. 17 a 19) y trabajadores (art. 20 a 23) y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos (art. 24.1 párr. 2).

c) Competencia exclusiva.

El Reglamento, en el artículo 24, prevé competencias exclusivas de los tribunales:

- 1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles;
- 2) validez e inscripción en los registros públicos;

- 3) inscripción o validez de patentes, marcas, diseños y modelos o derechos;
- 4) ejecución de resoluciones judiciales.

1.2. La Jurisdicción directa en el Derecho argentino

En materia contractual la fuente interna –dando prioridad a la jurisdicción establecida por la autonomía de la voluntad–, prevé, en forma supletoria al acuerdo de parte, la competencia concurrente de los jueces del domicilio, residencia habitual o sucursal del demandado (criterio personal) o de los jueces del lugar de ejecución o cumplimiento del contrato (relativo al acto).¹³ En este sentido, el Código Civil y Comercial prescribe:

Artículo 2650.- Jurisdicción. No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;

b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;

c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que esta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

En el ámbito convencional, los célebres Tratados de Derecho Civil Internacional Montevideo¹⁴ establecen la jurisdicción de los tribunales estatales del domicilio del demandado o del lugar de la ley que rige el fondo de la relación jurídica, es decir, en materia contractual, el tribunal del lugar de ejecución del contrato. Así en lo pertinente expresa:

¹³ Dicha disposición no modifica el criterio de las soluciones adoptadas en los arts. 1215 y 1216 del Código Civil de Vélez.

¹⁴ Suscritos en el Primer Congreso Sudamericano de D.I.Pr (1888-1889) y Segundo Congreso Sudamericano de D.I.Pr. (1939-1940).

Artículo 56: Las acciones personales deben entablarse ante los jueces de lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia de juicio.

Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.¹⁵

En lo que respecta al Derecho de la Integración, en el ámbito específico del Mercosur, el Protocolo de Buenos Aires¹⁶ que regula lo concerniente a la jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial, establece una jurisdicción alternativa, concurrente. Así dispone:

Artículo 7: En ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor:

- a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato;*
- b) Los jueces del domicilio del demandado;*
- c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación.*

Como hemos señalado, los puntos de conexión elegidos –que resultan tradicionales en la materia– pueden plantear interrogantes frente a la ejecución de un contrato electrónico directo o propiamente dicho (ej., suministro o descarga de *software* o antivirus desde sitios web) o la consideración de la dirección electrónica como domicilio de las partes. Hemos también adelantado, que varios de estos inconvenientes pueden evitarse con la fijación de un domicilio físico y la adecuada aplicación de la teoría de la equivalencia funcional en esta materia.

¹⁵ Es fácil entender que, por la época en la que se sancionaron estos tratados no contemplaron cuestiones de jurisdicción en relaciones electrónicas, ni sistemas de solución de conflictos *online*, lo que lleva a muchos a considerarlos desactualizados y vetustos, incapaces de dar solución a las problemáticas actuales. No obstante, los principios a los que adscriben, además de no contrariar otras a las disposiciones convencionales y de fuente interna recientemente actualizada, pueden ser aplicados en las relaciones electrónicas, mediante la adecuada interpretación, por ejemplo, de la teoría de la equivalencia funcional.

¹⁶ Ratificado por la Argentina por Ley n° 24.669.

2. Cooperación judicial internacional

Sería una simplificación considerar que las normas de competencia judicial internacional poseen como única misión el establecimiento de normas reguladoras de determinados foros de competencia, es decir, limitarse a determinar la llamada jurisdicción internacional directa.

También están dirigidas a solucionar problemas de aplicación tales como, el control de oficio, la precisión del foro del domicilio del demandado en caso de pluralidad de demandados, la elección el foro de competencia adecuado en la de acumulación de acciones, la cuestión de la litispendencia y, también, la colaboración judicial internacional de primer y segundo grado, al procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, etc.

Estas cuestiones, se encuentran reguladas en distintas disposiciones de fuente internacional como interna. Así, por ejemplo, el Código Civil y Comercial, establece:

Artículo 2611.- Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.

Artículo 2612.- Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.

A su turno, también se establece las situaciones en las que, un juez nacional, tiene competencia para disponer medidas cautelares¹⁷ y, entre otros, contempla los casos de cooperación con la jurisdicción extranjera.

Así, en el artículo 2603 se prevé que los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares:

(...) b. a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal;

c. cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina (...).

Se consigna, expresamente, que el cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal.

Es fácil advertir la importancia que el tema de la cooperación judicial internacional reviste en el proceso electrónico de solución de conflicto y la aceptación o rechazo de las comunicaciones electrónicas en la materia. Por ello, tal cuestión será retomada más adelante.

3. Prórroga de jurisdicción

Poner fin a actividades perjudiciales en un medio en constante evolución, como internet, mediante mecanismos judiciales vinculados a un territorio puede convertirse, como analizamos, en una tarea compleja. Para complementar el recurso ante los tribunales puede acudir a procedimientos alternativos de solución de conflictos que resultan útiles en la medida en que ofrezcan a los titulares de derechos, mecanismos aptos para obtener medidas correctivas rápidas y eficaces.

¹⁷ Las medidas provisionales o cautelares son aquellas que tienen por objeto mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar derechos cuyo reconocimiento es reclamado ante el juez que entiende sobre el fondo del asunto.

Distintos instrumentos vigentes en el ámbito internacional y regional o de integración, receptan el principio de autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes elegir, seleccionar el tribunal competente para resolver cualquier controversia que surja en el desarrollo de su relación jurídica.¹⁸

Las empresas en sus sitios y las distintas plataformas en internet suelen contener cláusulas que disponen distintos sistemas de solución de conflictos o que instituyen una prórroga de jurisdicción a favor de jurisdicciones estatales como arbitrales.

Los ordenamientos jurídicos nacionales, como así también, los textos de fuente convencional suelen establecer diversos requisitos en torno a la validez del acuerdo de prórroga de jurisdicción relativo:

- Al momento de la celebración.
- A las formalidades extrínsecas del acuerdo.¹⁹

3.1. Cláusulas de elección de foro en el derecho argentino

3.1.1. Fuente interna

En materia de jurisdicción internacional, conviene resaltar, que el derecho argentino de fuente interna admite la prórroga, la cual puede ser válidamente celebrada en cualquier tiempo, vale decir, antes,

¹⁸ Véase el Convenio de La Haya s. elección de foro y el Reglamento (CE) 1215/2012. En Estados Unidos, la “Uniform Computer Information Transactions Act” (UCITA), aprobada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) julio de 1999, establece que las partes, al celebrar un acuerdo, pueden elegir un tribunal y un derecho aplicable exclusivos, salvo que la elección sea irracional o injusta. Véase la UCITA, NCCUSL, art. 110.a), en <http://www.uniformlaws.org/home>. Estos planteos son compatibles con las recomendaciones formuladas por el Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe) que invita a los gobiernos y las organizaciones internacionales a respetar la libertad de contrato.

¹⁹ Artículo 739 CPCC (Forma del compromiso). El compromiso deberá formalizarse por: escritura pública o instrumento privado o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel a quien hubiese correspondido su conocimiento.

durante o después del estallido de la disputa, permitiendo la celebración de acuerdo o la sumisión al foro.

Artículo 2605.- Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

En igual sentido, se encuentra previsto en el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con tal que se encuentren reunidas las siguientes condiciones: a) que se trate de cuestiones exclusivamente de índole patrimonial; b) que se trate de cuestiones de índole internacional y c) que la prórroga no esté prohibida por las leyes, que la jurisdicción de los tribunales argentinos sea exclusiva.

Artículo 2607.- Prórroga expresa o tácita. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

Tal disposición contempla similar criterio al dispuesto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁰, aunque puede advertirse la actualización normativa con la aceptación de medios de comunicación electrónica para la celebración del acuerdo de prórroga.

²⁰ Artículo 2º: “La prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria”.

3.1.2. Ámbito internacional y comparado

En el ámbito convencional, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940²¹, si bien admiten la prórroga la limita en el tiempo ya que no podrá celebrarse sino *post litem*, vale decir, después del estallido de la controversia, como solución congruente con un contexto internacional poco proclive a la admisión del principio de la autonomía de la voluntad. Así el artículo 56, en lo pertinente dispone:

“...Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admita voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta”.

En el ámbito específico del Mercosur el antes referido Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial establece, en relación con el acuerdo de elección, que se puede pactar la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales imponiendo como únicos requisitos del acuerdo válido en forma escrita y no abusivo.

En cuanto al momento en que podrá efectuarse el acuerdo arbitral, faculta a las partes a celebrarlo antes, durante o después del estallido de la controversia.

Artículo 5: El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio...

A su turno la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY), por un lado, reconoce la validez de los acuerdos arbitrales celebrados por escrito y obliga a los tribunales estatales a remitir a las partes a arbitraje en el caso de que una de las partes recurra a ellos y, por otro lado, dictado el laudo, obliga a los tribunales estatales a reconocerlos y a ordenar su cumplimiento forzoso.

²¹ Ratificado por la Argentina por Decreto Ley n° 7.771/56, vinculándonos con Uruguay y Paraguay.

En la Unión Europea, la previsión respecto al acuerdo de prórroga se encuentra contenida en el artículo 25 del Reglamento (UE) n°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido bajo la denominación de Reglamento de Bruselas I, que establece:

Artículo 25 1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes.

3.2. Acuerdo electrónico de prórroga internacional

El acuerdo de foro estará sometido a diversos recaudos de formación y validez extrínseca como ser la forma escrita o ajustado a las prácticas habituales entre las partes o conforme a los usos del comercio internacional, entre otros.

Para poder realizar en forma válida la prórroga de jurisdicción, resulta importante determinar, en primer lugar, la ley que regirá la celebración del acuerdo de prórroga. Primeramente, se debe verificar la existencia del acuerdo de prórroga y el lugar y momento de su celebración, lo que nos lleva a efectuar algunas consideraciones.

Ya sea que el acuerdo de prórroga de jurisdicción se encuentre inserta en el contrato o en un documento separado, es un contrato que se celebra mediante el empleo de medios telemáticos o informáticos y que incorporan o utilizan formas de contratación de las nuevas tecnologías. Donde, el primer interrogante que se plantea es respecto a si debemos considerarlo un contrato entre ausentes o entre presentes.

En él coexisten elementos de simultaneidad o instantaneidad entre oferta y aceptación (característica del contrato entre presentes) y también distancia entre los contratantes quienes pueden encontrarse en Estados diferentes (contrato entre ausentes). Por ello, la modalidad

del acuerdo electrónico plantea cuestiones respecto al momento de su celebración o conclusión, como así también, a la determinación del lugar en el que se encuentran las partes (oferente y aceptante), la inexistencia de un “documento escrito”, de firma manuscrita, entre otras.

3.2.1. El Acuerdo electrónico ¿se considera celebrado entre presentes o ausentes?

Tradicionalmente se define a los contratos entre ausentes a aquellos celebrados por intermedio de mensajero, por correspondencia, por mandatario, entre otros.

Parte de la doctrina requiere que las partes se encuentren en diferentes lugares con la imposibilidad de intercambiar declaraciones sin que medie un tiempo considerable y, en esta inteligencia, se les reconoce esta característica a los contratos digitales.²²

Otros, con base en que lo determinante para la existencia del acuerdo es la manifestación del consentimiento, estiman que la “simultaneidad” entre la declaración de un contratante y la percepción por la otra es el elemento distintivo entre contratos entre ausentes o presentes, colocando a los contratos electrónicos o cibernéticos en esta última categoría.

El contrato de formación instantánea (tradicionalmente entre presentes) es aquel en que existe la posibilidad real de producirse el intercambio oferta-aceptación de manera inmediata y excluye la posibilidad de revocar la oferta o retirar la aceptación.

Son considerados contratos entre presentes, los celebrados oralmente o por comunicación ininterrumpida (fax, télex, radio y teléfono). Entre las formas de celebración introducidas por el avance tecnológico

²² Por ejemplo, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico española del 18/01/2001 lo define como “todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”.

encontramos el intercambio electrónico de datos (EDI), e-mails, mensajes de texto, chats, uso de redes electrónicas (cerradas o abiertas), entre otros.

Cabe advertir que la utilización de los medios electrónicos y concretamente de internet, permite la posibilidad de celebrar contratos entre presentes y no presentes en la red dependiendo de la tecnología utilizada ya que el intercambio electrónico de datos puede funcionar de forma instantánea o interactiva (redes punto a punto— contrato entre presentes) o de manera que exista cierto margen de tiempo, sean minutos u horas²³ y el sistema de intercambio electrónico de datos puede funcionar en forma no instantánea.

Cuando se trata de contratos celebrados digitalmente, en vez de distinguirlos como contratos entre presentes o ausentes, considerando la inmediatez temporal de las manifestaciones de la voluntad de las partes involucradas, resultaría más apropiado referirnos a contratos simultáneos o no simultáneos. A su turno observamos que, en la contratación electrónica, también pueden advertirse ambas modalidades de acuerdos dependiendo si el intercambio de comunicaciones electrónicas se efectúa sin intervalo de tiempo, en forma instantánea (ej., por chat o WhatsApp) o si media cierto período entre la oferta y la aceptación (ej., cuando el mensaje ingresa a la casilla de correo del destinatario).

En ambos casos, se deberá determinar el momento y lugar en que se produce el acuerdo de voluntades (oferta-aceptación), es decir, establecer el perfeccionamiento del acuerdo. No obstante la importancia de aquella distinción para saber el momento del acuerdo (y a partir de cuándo surtirán efecto sus disposiciones), no menos importante resulta el lugar del acuerdo, que podría sujetar a la *locus regit actum* la validez extrínseca o formal de la prórroga realizada, lo cual resulta fundamental, si consideramos la utilización formas electrónicas para comunicar el acuerdo de voluntades.

No obstante, si bien existe certidumbre cuando, en el acuerdo, las partes se encuentran físicamente presentes, su determinación puede plantear incertidumbre en los acuerdos a distancia. Contamos con las siguientes teorías clásicas:

²³ Por ejemplo, en las redes de valor añadido en la cual los mensajes quedan guardados en la red en los buzones de cada usuario.

- 1) *Sistema de la aceptación*: el contrato se perfecciona cuando la oferta es aceptada.
- 2) *Sistema de la remisión*: entiende, considera que el contrato se encuentra celebrado cuando la aceptación ha sido remitida al proponente.
- 3) *Sistema de la recepción*: el momento de la formación del contrato es aquel en la que la aceptación haya sido recibida por el oferente.
- 4) *Sistema de la información*: establece que hay acuerdo cuando cada una de las partes tiene conocimiento de la conformidad prestada por la otra.

A su vez, estos sistemas combinados pueden dar lugar a otras dos teorías:

- *Teoría de la cognición presunta*: considera que el contrato celebrado por correo o telegrama se concluye en el momento en el lugar en el que el oferente tenga conocimiento de la aceptación y, a su vez, se entiende que existe este conocimiento cuando llega la aceptación al oferente, salvo que este demuestre que, sin su culpa, le fue imposible tener acceso a ella.
- *Teoría mixta entre expedición y cognición*: el contrato en relación con el oferente se perfecciona en el momento de la expedición de la aceptación (*mailbox rule*) pero en relación con el aceptante, el contrato está concluido cuando su aceptación sea conocida por el oferente (cognición).

Las diferentes teorías enunciadas encuentran cabida en los distintos ordenamientos, tanto de fuente interna como convencional.

3.2.2. Soluciones en el Código Civil y Comercial

Siguiendo el criterio adoptado en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940²⁴, el Código Civil y Comercial, en el artículo 2652, *in fine*, dispone: “La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada”.

²⁴ Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1940, artículo 42: “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rigen por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada”.

A su turno, la fuente interna, modificando el criterio del Código anterior, adopta el sistema de la recepción²⁵ al establecer:

*Artículo 971.- Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo.*²⁶

Artículo 980.- Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato:

a) entre presentes, cuando es manifestada;

b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.

Cabe referir que, en este tópico, existen asimetrías en las disposiciones de fuente interna de los Estados Parte del Mercosur, ya que Brasil y Paraguay adoptan el sistema de la expedición; la Argentina y Uruguay se inclinan por el criterio de la recepción, en tanto que Venezuela adopta el sistema de la cognición.

3.2.3. La Convención de Naciones Unidas sobre comunicaciones electrónicas

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales fue elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –conocida por su acrónimo en inglés UNCITRAL– aprobada en Nueva York el 23 de noviembre de 2005, y entró en vigor el 1º de marzo de 2013.

La Convención tiene por objeto facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional garantizando

²⁵ No obstante esta afirmación, nótese que el artículo prevé que el consentimiento puede también prestarse mediante la realización del acto que lo evidencie lo cual implicaría la adopción, en tal supuesto, de la teoría de la aceptación, donde el acuerdo quedará perfeccionado con la realización del acto por parte del aceptante.

²⁶ El Código Civil, al adoptar el sistema de la remisión, establecía, en el artículo 1154: “La aceptación hace solo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente”.

que los contratos concertados electrónicamente y las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel.

Será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados y, establece, que no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse este.

Como en instrumentos anteriores, el documento elaborado por UNCITRAL no resulta aplicable a comunicaciones electrónicas realizadas, contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; a las operaciones en un mercado de valores reglamentado, las operaciones de cambio de divisas; los sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra. Tampoco se aplicará a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

El punto que nos interesa remarcar en este tema es la disposición tendiente a precisar el momento y lugar en el que se tienen por enviadas y recibidas las comunicaciones electrónicas, en nuestro caso, las tendientes a la celebración del acuerdo de prórroga de jurisdicción. Así establece:

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas.

1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de este o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el

control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de este, en el momento en que esa comunicación se reciba.

2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de este.

3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en el artículo 6.

4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquel en que se tenga por recibida la comunicación en virtud del párrafo 3 del presente artículo.

Nótese, que la norma no tiene por objeto establecer en qué momento o país se arriba al acuerdo de voluntades y se produce la conformación del pacto, sino que, simplemente, establece dónde y cuándo se tienen por efectuadas las manifestaciones de voluntad, quedando así la determinación de la perfección del acuerdo a lo que establecen las normas internas o convencionales de cada Estado (que pueden adoptar el sistema de la aceptación, remisión, recepción, cognición, etc.).

3.3. Validez extrínseca del acuerdo de prórroga de jurisdicción

Una vez que se ha establecido la existencia del acuerdo, se debe comprobar si ha cumplido con las exigencias y requisitos para la formalización de un acuerdo de prórroga válido.

Nos encontramos en la tarea de determinar el sistema jurídico aplicable para evaluar la validez extrínseca del contrato.

3.3.1. Fuente interna

La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deberán observarse al tiempo de la formación del acto jurídico como requisito para su validez; tales como la escritura, la presencia de testigos, que el acto sea hecho ante escribano público, o por un oficial público o con el concurso del juez del lugar, entre otros.

El cumplimiento de una determinada forma lleva a las partes a comprender la importancia del acto a realizar y posibilita el conocimiento a los terceros mediante la publicidad (ej., testigos o inscripciones registrales).

Desde la antigua Escuela Estatutaria Italiana, existe consenso en que la ley del lugar de celebración del acto jurídico debe regir su forma.

Tradicionalmente, este criterio fue adoptado de manera general por el sistema argentino de fuente interna²⁷ y convencional; admitiendo, asimismo, las formas adoptadas por las partes, no obstante, los límites que puedan presentarse con las exigencias de formas especiales u obligatorias.

Artículo 2649.- Formas y solemnidades. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

Se advierte la adopción de la regla *locus regit actum*, limitado a las exigencias de una forma específica determinada por la ley que rige el fondo de la cuestión, estableciendo así, la adecuada equivalencia de formas.

²⁷ Ver artículos 12, 950, 1180 y 1181 del derogado Código Civil de Vélez.

Si bien el último párrafo del artículo comentado parecería estar en concordancia con la solución prevista en el artículo 2652, *in fine*, antes analizado, corresponde aclarar que, conforme el texto de ambas normas, la ley del Estado de donde parte la oferta aceptada establecerá la forma del acuerdo (ej., escrito, firmado, etc.) y, a su vez, determinará el sistema de perfeccionamiento y siendo que el Estado de donde parte la oferta aceptada puede adoptar, por ejemplo, el sistema de la recepción, conocimiento o conocimiento presunto, remitirá a otro derecho y, por lo tanto, las formas del acto no quedarán sometidas a la ley del lugar de perfeccionamiento o celebración del acuerdo, descartando así, la aplicación de la regla *locus regit actum*.

Por otra parte, aceptando la libertad de formas, se prevé:

*Artículo 284: Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.*²⁸

Así también que:

Artículo 285: El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

3.3.2. Fuente convencional

Adoptando la regla *locus regit actum*, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 prescribe: “Las formas y solemnidades”.

²⁸ La autonomía de la voluntad en materia de formas de los actos jurídicos estaba prevista en el Código Civil en su artículo 974: “Cuando por este Código, o por leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”.

dades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran y otorgan” (art. 36).²⁹

La Convención Interamericana s. Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V)³⁰, por su parte, admite la amplitud de formas en cuanto establece:

Artículo 13: Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de ejecución. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, este será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

A su turno, los Principios UNIDROIT prescriben:

Artículo 12: Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

3.4 La validez formal del acuerdo electrónico

En los acuerdos celebrados por medios electrónicos, el desconocimiento o imprecisión respecto a la real o efectiva ubicación de los contratantes al momento del consentimiento, hacen de difícil aplicación la regla *locus regit actun* al acuerdo de prórroga.

²⁹ La solución adoptada modifica el criterio seguido en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Ley 3192): Artículo 32: “La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”.

³⁰ Debemos recordar que este instrumento no está vigente en la Argentina y, hasta la fecha, solo vincula a México y Venezuela.

Por la importancia que el tema reviste, ha sido objeto de consideración expresa en numerosas disposiciones regulatorias en el ámbito internacional.

3.4.1. Ley Modelo de UNCITRAL

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL ideada, concebida como modelo de modificación o elaboración de normas de derecho interno, establece la igualdad de tratamiento entre las modalidades tradicionales de celebración del acuerdo y la utilización de tecnología. Así dispone, en el artículo 11:

En la concertación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.³¹

En la Unión Europea, el Reglamento (UE) N°1215/2012, la forma del acuerdo de prórroga se encuentra regulada por el artículo 25 que, en lo pertinente, dispone:

Artículo 25 1. ...

El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por

³¹ Análogamente, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior” establece, en el Artículo 9, lo siguiente: “Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de los contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán, en particular, que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”.

las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

Por su parte, la Ley Modelo UNCITRAL estima como válidos aquellos acuerdos que se han formalizado con la utilización de cualquier medio de telecomunicación que deje constancia del acuerdo, texto de alguna manera, abarcadora del correo electrónico y del intercambio electrónico de datos (EDI).

Ahora bien, cabe observar que una interpretación extensiva del artículo II respecto de la expresión “contenidos en un canje de cartas o telegramas” propicia la inclusión de otros medios de comunicación, en particular el télex, el fax. Quizás se podría sostener que el comercio electrónico también quedaría comprendido en el texto aludido, a tenor de lo establecido por la Ley Modelo UNCITRAL sobre la materia junto con su guía para la incorporación al derecho interno.

En rigor, la cuestión más delicada surge respecto a la manera en que el acuerdo de arbitraje aparece descrito por la expresión “canje de cartas o telegramas” o “intercambio de cartas o telegramas” en la Ley Modelo y en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Es cierto que desde una interpretación literal las expresiones estarían aludiendo a un mutuo intercambio de textos escritos.

3.4.2. Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro³²

Sin pretender reiterar lo ya analizado respecto al Convenio de La Haya de 2005, cabe sí recordar, que en su artículo 3.c), la disposición contempla la posibilidad de realizar un acuerdo exclusivo de prórroga si ha sido celebrado o se encuentra documentado “ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta” ampliando así el concepto tradicional de es-

³² <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=98>

critura, a todo medio de comunicación que permita el posterior acceso a los términos exactos del acuerdo.

3.4.3. Convención de Naciones Unidas de 2005

Un interesante avance en materia de contrataciones electrónicas resulta la Convención de Naciones Unidas sobre utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que fue elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (NUDMI o UNCITRAL) con la finalidad de encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económico.

Como era de esperar, por ser tema central objeto del instrumento, se dedica extensamente a determinar las cuestiones relativas, no solo a precisar el momento y lugar en el que las comunicaciones surten efecto, sino también a confirmar la validez de las comunicaciones electrónicas.

Así, por ejemplo, se prescribe:

Artículo 9. Requisitos de forma: 1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.

2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método empleado:

i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o

ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra.

4. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se proporcione o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se tendrá por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en cuanto comunicación electrónica o de otra índole; y

b) Si, en los casos en que se exija proporcionar la información que contiene, esta puede exhibirse a la persona a la que se ha de proporcionar.

5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y

b) El grado de fiabilidad requerido se determinará teniendo en cuenta la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso.

Se advierte la adopción del criterio de la equivalencia funcional para evaluar los requisitos formales tales como escritura, firma, etc., que puedan imponerse para la validez de un acuerdo, lo que resulta aplicable al convenio de prórroga de jurisdicción.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)

1. Nociones y modalidades de las ODR

Hemos señalado que internet no solamente se ha erigido en un espacio de intercambio de información, de productos, en un área que posibilita la celebración de contratos cibernéticos internacionales, sino que además ofrece a los usuarios que por ella se comunican y navegan, diversos mecanismos de resolución de conflictos, sistemas de solución de controversias en línea, dirimiéndose las disputas dentro de su ámbito, con sus propias herramientas.

Así se considera que es un campo adecuado para desarrollar cualquier método alternativo de solución de controversias, sean de autocomposición (negociación, mediación, conciliación) como de heterocomposición (el arbitraje¹).

¹ El arbitraje es un procedimiento de solución de controversias privado y vinculante y funciona en un marco jurídico internacional sólidamente establecido y públicamente aplicable. Sobre él, se han alegado beneficios tales como el ahorro de gastos, la celeridad de procedimiento, entre otros, y puede ofrecer

Existen muchos proveedores de mecanismos alternativos de solución de conflictos, los ADR (Alternative Dispute Resolution), que cuando emplean nuevas tecnologías, herramientas de comunicación en las distintas fases del procedimiento, se han dado en llamar Sistemas de Solución de Controversias en Línea (SSCL) u ODR (*On Line Dispute Resolution*).

También se advierten varios centros de arbitraje *online*, tales como, el Magistrado Virtual², Online Ombuds Office, iCourthouse, Mediation Arbitration Resolution Services, Webmediate.com, el Centro de Arbitraje en línea auspiciado por la Cavecom-e, entre otros.³

Las legislaciones nacionales, las convenciones internacionales y los reglamentos de las distintas instituciones de arbitraje no contienen normas fácilmente adaptables al empleo de medios electrónicos y a los procedimientos en línea, puesto que exigen que las piezas fundamentales (convención arbitral, demanda, contestación, reconvencción, laudo) consten por escrito y deban estar firmadas por las partes, los jueces o los árbitros y prevean instancias en las que las partes y sus representantes tengan contacto físico, presencial con el tribunal arbitral.

Se advierte así que estas exigencias (documento escrito, firmado y presencia física de las partes durante el proceso) se presentan como un importante obstáculo a la aceptación y reconocimiento de la validez de

una solución única a las controversias multijurisdiccionales derivadas del comercio en las redes mundiales.

² El Magistrado Virtual (EE. UU.) se encuentra diseñado para casos de conflictos relativos al uso de la red o por uso indebido de material protegido por leyes de propiedad intelectual. Al finalizar el proceso, la queja, la respuesta de la otra parte y la decisión se colocan en el sitio Web, pasando a ser información pública, siguiendo el modelo de la WTO, que es el ente que decide las disputas por nombre de dominio de sitios Web.

³ Para el caso de Latinoamérica, se encuentra el Cibertribunal Peruano (Perú), órgano de resolución de conflictos y controversias ocurridas en y por el uso de internet, en materia de comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual, entre otros. Este mecanismo propicia la conciliación entre las partes y el arbitraje como la alternativa de resolución de conflictos. Por su parte, en el ámbito europeo, la empresa ARyME (ADR Resources) es una institución española de carácter privado dedicada a proveer información especializada y servicios en mecanismos alternativos de solución de controversias a través de internet y que lanzó en 2004 su arbitraje *online*.

un procedimiento desarrollado por el sistema de solución de conflictos en línea.

Los medios electrónicos pueden mejorar el acceso a los mecanismos de solución, al tiempo que aumentan la velocidad y la eficacia con la que se realizan los procedimientos y se reducen los correspondientes costos. Estos sistemas se caracterizan por la utilización de redes de computadores y programas especiales para resolver controversias utilizando algunos de los métodos usuales de solución alternativa de controversias. Se valen de internet para permitir el acceso remoto a los servicios sin tomar especial consideración del lugar físico en el que se encuentran las partes en disputa.

Las partes involucradas en controversias derivadas del comercio en la red quizá no estén suficientemente familiarizadas con los procedimientos jurídicos requeridos para una solución eficiente. Permitir entablar una acción judicial o defenderse contra una denuncia accediendo a un sitio Web y cumplimentando los formularios electrónicos, guiados en las diversas fases del proceso, reduciría, sin duda, las barreras de acceso a cualquier procedimiento existente. Además, la posibilidad de presentar documentos en forma electrónica permite que las partes remitan de manera inmediata a un gran número de documentos a cualquier distancia sin costo alguno. Tales documentos pueden procesarse, almacenarse y archivarlos mediante sistemas automatizados de gestión y quienes estén autorizados pueden examinarlos desde cualquier lugar, las veinticuatro horas del día, mediante una interfaz de internet. Con el desarrollo de sistemas multimedia, las partes también pueden llevar a cabo reuniones en línea, reduciendo en gran medida los gastos de viaje y los costos de organización.

Junto con la creación de un sistema técnico que permita que los procesos se realicen en línea, es preciso establecer el marco jurídico adecuado a las necesidades de las nuevas plataformas. Las reglas de arbitraje vigentes pueden proporcionar una base para cualquier adaptación al entorno en línea que se requiera.

Entre las cuestiones cuya regulación debe abordarse, cabe destacar los derechos de acceso de las partes a los documentos, la confidencialidad, las medidas a adoptar en los casos de problemas de autenticidad, la seguridad y veracidad de los datos de contacto a efectos de notificación, el cómputo de los plazos (habida cuenta de las posibles diferencias de huso horario entre los lugares desde los que las partes realizan las operaciones) y los requisitos para la escritura y firma de las

cláusulas de solución de controversias, las notificaciones a las partes de los distintos actos procesales y las sentencias. Además, los plazos para cumplimentar los diversos trámites en el marco del procedimiento pueden acortarse, lo que se traducirá en un desarrollo más rápido y económico de los procedimientos.

Además de los sitios web comerciales que contienen mecanismos de solución de controversias, existen páginas web de organismos de gobierno, que permiten a los contribuyentes presentar reclamos y resolver los conflictos con el Estado vía internet.

Podría definirse a los mecanismos ODR como aquellos sistemas en línea que se valen de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para propiciar soluciones rápidas y eficientes a conflictos que pueden generarse en el espacio del comercio electrónico. A estos sistemas pueden acudir los sujetos que se ven inmersos en algún tipo de disputa derivada de la relación comercial, independientemente de su carácter contractual o extracontractual.

Estos sistemas se caracterizan por ser: ágiles; de bajo costo; confidenciales; neutrales e imparciales; transparentes (están constituidos en un sentido técnico por reglas públicas predeterminadas); voluntarios (las partes deciden si acuden a ellos); con interacciones asincrónicas; pueden contar con la intervención de mediadores humanos o en algunos casos son automatizados (prescinden de la intervención de un ser humano en el proceso) y, en algunos de ellos, si alguna de las partes falla en el cumplimiento del acuerdo, esto se registra en evaluaciones públicas de la conducta del comerciante.⁴

El amplio espectro de servicios ofrecidos comprende: mediación, arbitraje, manejo de conflictos, negociación automática, negociación asistida, mediación asistida.

Los distintos métodos pueden ser desarrollados sincrónicamente (*online*) en tiempo real y todos conectados al mismo tiempo, o asincrónicamente, fuera de línea, en los que los participantes no están simultáneamente en el proceso (*offline*).

⁴ Estas características crean sistemas idóneos que permiten evitar otras instancias, como, por ejemplo, un litigio jurisdiccional tradicional o a los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) en el intento de hacer valer sus derechos o intereses.

Como un primer tipo, están los mecanismos con intervención humana. A ellos pueden acudir los sujetos directamente o porque así lo estipularon mediante una cláusula compromisoria o de compromiso arbitral. Los intercambios de documentos (físicos) y demás informaciones se realizan, en forma segura, por distintos medios electrónicos puestos a disposición por la entidad.

En los *procesos automáticos de manejo de reclamos* se ofrece al sujeto afectado un cuestionario detallado para que incluya la información relativa a su disputa, la posibilidad de expresar su frustración con el problema y se prosigue luego con un sistema de comunicación que provee al cliente un seguimiento al proceso de resolución; una explicación de las reglas que se aplican a su caso, una estimación realista de las posibilidades de éxito basada en la casuística de antecedentes similares resueltos anteriormente y una resolución apelable. Uno de estos mecanismos es el reintegro del dinero para tarjetas de crédito (*chargeback*) que opera muy bien en países como Estados Unidos y en Europa y que, en algunos casos extremos, si existen muchos procedimientos de este tipo en contra del mismo comerciante, este será excluido del sistema de aceptar pagos con tarjeta. Otro ejemplo son los acuerdos para dinero en depósito (*escrow*).

A su turno, la *negociación asistida* es un método más complejo consistente en una negociación entre partes, sin intervención de terceros en el que el sitio ODR pone a disposición de las partes, una plataforma de comunicación web en la que se indican los pasos a seguir, se otorga asesoría y las fórmulas tipos para las transacciones. Un ejemplo lo constituye el portal de ventas E-Bay que ofrece a sus miembros resolver las diferencias que surgen de las transacciones realizadas en el sitio, utilizando la empresa de Resolución de Conflictos en línea llamada Square Trade.⁵

⁵ SquareTrade (EE.UU), certificada por Better Business Bureau, ofrece un proceso gradual de negociación no-asistida, en el que las partes pueden entenderse entre sí (de forma gratuita) en torno al conflicto y, si existe la posibilidad de fracasar, puede solicitarse la intervención de un mediador (con un costo bajo). Esta compañía también ofrece la posibilidad de arbitraje donde el árbitro revisará los hechos, la evidencia disponible y tomará una decisión basada en las reglas y disposiciones legales.

Este servicio permite mantener la confiabilidad en el portal de ventas electrónico, ya que el cumplimiento de las obligaciones evita la calificación negativa del vendedor y les permite a ambas partes salir satisfechas al resolver su disputa en un ámbito ágil, sencillo de utilizar, confidencial y confiable.

Los servicios de negociación *online* admiten además dos versiones: la negociación automatizada y la negociación asistida.

La *negociación automatizada* es un procedimiento de oferta “a ciegas” en el que un algoritmo automático evalúa las propuestas de cada parte y si las dos propuestas se encuentran dentro de un espacio determinado (por ejemplo, el 40 % del monto de la disputa) el litigio se soluciona mediante una transacción y el caso se decide por el valor medio, mientras en el monitor aparece el mensaje: “Congratulations your case settled”.⁶

Sitios web como Cybersettle, (<http://www.cybersettle.com>), Settlement Online (<http://www.settlementonline.com>) y clickNsettle (<http://www.clicknsettle.com>) ofrecen servicios que son totalmente en línea y centrados, principalmente, en la negociación de acuerdos monetarios, el intercambio de ofertas de liquidación. Normalmente, una persona agraviada (o su compañía de seguros) inicia una demanda en el sitio seguro del servicio y establecerá un plazo para su resolución, habitualmente de 30 a 60 días. Por medio de mensajes de correo electrónico, la otra parte conoce que una oferta de arreglo se ha propuesto y también, le da acceso al sitio web. La parte puede aceptar o negarse a participar. Si decide participar, inicia una sesión en la página web y presenta una oferta. Los programas informáticos comparan automáticamente la demanda con la oferta de liquidación y envía correos electrónicos a ambas partes para que sepan si están dentro del “rango” de la solución o si ha habido algún movimiento hacia la solución.⁷

⁶ Las partes acuerdan aceptar el resultado si el objetivo predeterminado se cumple, evitando la dilación del conflicto por sumas minúsculas. Si las propuestas no se acercan al espacio predefinido, las ofertas se destruyen y ninguno de los sujetos conoce cuál fue la oferta de la contraparte.

⁷ Cybersettle y SettlementOnline permiten tres rondas de licitación. Las aplicaciones informáticas, mediante mensajes de correo electrónico informan que una oferta de acuerdo se ha hecho y pide a la otra parte de exponer contraofertas para la segunda y tercera ronda. Los programas informáticos comparan las

OneAccord utiliza un proceso de negociación innovador y un programa informático que permite a varias partes participar en la negociación con en intereses comunes. Un tercero –facilitador– ayuda a las partes a completar un “formulario de negociación individual”, que describe el acuerdo de base y deja espacios en blanco para las cuestiones no resueltas. El facilitador trabaja con cada parte por separado para conocer sus preferencias confidenciales en cada uno de los temas y los posibles resultados. Una vez ingresados los datos de las partes, el software OneAccord desarrolla paquetes de liquidación. El facilitador evalúa con las partes los paquetes de liquidación y perfecciona las preferencias. Una vez que una de las partes desea poner fin a la negociación, un acuerdo por escrito final es elaborado con la solución actual y firmada por todas las partes.

SquareTrade⁸ y WebMediate⁹, entre otros, también ofrecen sistemas de mediación en línea.

Normalmente, una parte llena un formulario en línea en el que se identifica el problema y las posibles soluciones. Un mediador toma contacto con la otra parte para ver si va a participar en la mediación; si acepta, puede llenar su propia forma o responder a las iniciales través del correo electrónico. Este primer intercambio de puntos de vista puede ayudar a las partes para entender mejor el conflicto y, posiblemente, llegar a un acuerdo. Si el conflicto sigue sin resolverse, el me-

ofertas y contraofertas para cada ronda y determinan si las partes han llegado a un acuerdo. Si el *software* determina que los acuerdos no se han alcanzado, sus ofertas siguen siendo futuras posiciones de negociación.

En Cybersettle, se llega a una solución si hay menos de 20 % entre las ofertas en cualquiera de las rondas, y luego el reclamo se conformará con el promedio de las dos cantidades. SettlementOnline, por el contrario, permite a las partes para establecer su rango de solución propia para cada caso individual.

ClickNsettle, por el contrario, permite muchas rondas de ofertas y contraofertas en un plazo determinado, si un acuerdo no se alcanza en tiempo especificado, las ofertas expiran y la ciber-negociación falla. Las partes son, por supuesto, libres de volver a presentar su reclamación o seguir adelante con otro mecanismo de solución de controversias, como el arbitraje.

⁸ <https://help.squaretrade.com/support/s/article/How-do-I-file-a-claim> FAQ. 2019

⁹ Véase WebMediate, Bienvenido a la Revolución Resolución de Controversias, en <http://www.webmediate.com/intro.html>.

diador trabajará con las partes para ayudar a determinar las cuestiones, articular los intereses y evaluar las posibles soluciones.

Durante la mediación, el *software* otorga a las partes dos canales de comunicación: un diálogo privado, entre cada parte y el mediador, y un canal de diálogo abierto, con todos los participantes, incluido el mediador. Los costos varían según la tecnología utilizada (e-mail, mensajería instantánea, salas de chat, videoconferencia) y la duración de las sesiones de mediación.

SquareTrade no cobra honorarios en la etapa inicial y si las partes no pueden resolver el caso mediante la negociación directa automatizada, entonces tienen la opción de solicitar la ayuda de un mediador.¹⁰

WebMediate ofrece una amplia gama de servicios de cyber-mediación.¹¹ Casi todos los casos entran en su sistema a través de un proceso de mediación totalmente ciber-automatizado.

Si la disputa no se resuelve a través de WebSettlement, las partes pueden optar por involucrar una experiencia WebMediator en línea y agotadas estas opciones, las partes pueden elegir WebArbitration.

El proceso de ciber-arbitraje termina con una decisión vinculante del árbitro. Es un proceso más formal que WebMediation, en el que a las partes se les anima a someter su caso a un WebArbitrator seleccionado de la nómina de la red WebMediate. Cada parte tiene amplia oportunidad de presentar argumentos y refutar las posiciones adoptadas por el otro. Concluida las presentaciones, los WebArbitrator dan una decisión a las partes en forma escrita.

¹⁰ SquareTrade se esforzó en explicar que el mediador no es un juez o árbitro, simplemente busca “facilitar la solución orientada a la discusión positiva entre las partes... El mediador solo se recomienda una resolución si las partes lo soliciten”. La recomendación del mediador no es vinculante para las partes.

¹¹ Junto con otros sistemas de solución de controversias, incluido el arbitraje. Afirma ser la “única compañía para proporcionar una gama totalmente integrada de los procesos de ADR en línea” WebMediate ofrece la oportunidad de comenzar con mecanismos de solución de controversias de menor alcance y, si ellas no llegan a un acuerdo, se puede pasar a otros mecanismos de solución de controversias de gran alcance.

Ver WebMediate, Bienvenido a la Revolución Resolución de Controversias, en <http://www.webmediate.com/intro.html>.

Pueden encontrarse proveedores de servicio de arbitraje *online*, en su modalidad vinculante y no vinculante. En el arbitraje *online* en materia de contratación electrónica, existe casi un 80 % de casos que corresponden a conflictos entre empresas –*business to business*–, mientras que solo un 20 % se refieren a conflictos *business to consumers*. En su gran mayoría se desarrollan en inglés (90 %) y el resto opta por el idioma francés o alemán.

El arbitraje que parece tener mayor éxito es el “non-binding arbitration” o arbitraje no vinculante, en el que el árbitro formula una recomendación que las partes pueden rechazar o aceptar, si la aceptan celebran entonces una transacción, mientras que, si la rechazan, son libres de llevar su controversia a los tribunales.¹²

Una variante es “el arbitraje unilateralmente vinculante” en los que el proveedor se compromete a someterse al arbitraje impulsado por su cliente, obligándose, además, a cumplir con el laudo si el cliente lo invoca; en tanto, el cliente no está obligado a recurrir a arbitraje y puede optar por la justicia estatal.

Entre las iniciativas, además del ya célebre Cibertribunal peruano, se pueden citar: el Resolution Forum, el Settle Techase, el Squaretrade, el Web Mediate, el Virtual Magistrate, solamente en Estados Unidos. En Europa, destacan el ARBITEC, y el Chatered Institute of Arbitrators de Londres para la Asociación Británica de Agencias de Viajes ABTA (Association of British Travel Agents) y la empresa Ford, y en Asia, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, entre tantos otros.

2. Arbitraje online o electrónico

No existe una terminología única para referirse a este tipo de procesos arbitrales desarrollados a través de medios informáticos. Así se los llama arbitraje multimedia, arbitraje virtual, arbitraje electrónico

¹² La intervención de un tercero en un procedimiento de solución de conflictos, sin facultad decisoria (*iudicium*) y al solo efecto de emitir un dictamen no vinculante puede enmarcarse en la mediación o conciliación, sin necesidad de recurrir a un concepto híbrido como el del “non-binding arbitration”. No obstante, dado el uso habitual de este término, lo mantendremos en este trabajo.

o –teniendo en cuenta que la telemática es el fruto de la unión de telecomunicaciones e informática–, arbitraje telemático.

Corresponde recordar que el primer centro de arbitraje virtual fue creado por la Universidad de Massachussets en 1996 y actualmente el arbitraje *online* se evidencia como la estrella de la denominada tecnología ODR (*online dispute resolution*) que pone fin a cualquier limitación geográfica que pueda existir entre dos o más partes permitiendo que todo el proceso arbitral se desarrolle en “salas virtuales”.

Este tipo de arbitraje ha venido empleándose, fundamentalmente, en controversias relativas a la organización y funcionamiento de la red y especialmente, las que se entablan entre proveedores de servicios de la red y los usuarios.

Se destaca que también puede ser de suma utilidad incluso para el arbitraje de consumo, ya que posibilitaría el fácil acceso a un procedimiento seguro de solución de conflictos para quienes quizá, no podrían –o no optarían– por reclamar sus derechos ante los tribunales estatales.

Ahora bien, con relación al arbitraje electrónico, se plantean numerosos interrogantes respecto a cuestiones tales como la posibilidad de ejercicio y la extensión de la autonomía de la voluntad en materia de elección de foro, las condiciones de validez que deberán revestir las cláusulas sobre elección de jurisdicción concertadas *online*, la validez y eficacia que corresponde atribuirle al convenio arbitral electrónicamente celebrado, los mecanismos que deben implementarse para la protección de la parte más débil del contrato y, en general, la forma en que se garantizará el debido proceso legal.

Cabrá analizar, si las doctrinas tradicionales y principios generales pueden contribuir a dar una respuesta adecuada a las cuestiones que se planteen en el uso de medios electrónicos y a través de internet o, tal como sostienen los autonomistas, su naturaleza casi anárquica requiere de nuevas soluciones, nuevas teorías especialmente diseñadas para este ámbito.

2.1 Principios del pacto arbitral electrónico

2.1.1 *La buena fe y las cláusulas abusivas*: el reconocimiento de este principio provocaría la nulidad del convenio arbitral que vulnere el dogma contractual de la buena fe o que coloque a una de las partes en cualquier situación de abuso o privilegio, por ejemplo, con respecto

a la designación de los árbitros. Así, entre otros documentos está expresamente reconocido en la exigencia impuesta en el artículo 4 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual civil y comercial, al imponer al acuerdo de prórroga su pacto en forma “no abusiva”.

También el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional en el Mercosur¹³ dispone en su artículo 4:

1. La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe.

2. La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado.

Idéntica redacción le fue dada al artículo 4 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile.¹⁴

2.1.2. *La igualdad entre las partes*: el convenio arbitral celebrado vía digital no puede implicar desequilibrios para alguna de las partes. El principio de igualdad responde a la exigencia del derecho fundamental de amparo constitucional.

Sin embargo, es posible que el pacto de arbitraje digital no se corresponda con una relación bilateral y que se encuentre incorporado en las cláusulas generales de contratación. En este caso, cuando el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa el pacto de arbitraje digital o cuando no haya sido firmado (o no conste) o cuando resulte ambiguo, oscuro e incomprensible se entenderá como no incorporado al contrato principal.

2.1.3. *Protección de la parte jurídicamente más débil*: podrá considerarse nula la cláusula arbitral digital cuando, tratándose de una relación en la que participe un consumidor, un trabajador o asegurado –quienes

¹³ Aprobado por la República Argentina mediante Ley n° 25.223, depositó el instrumento de ratificación el 30 de marzo de 2000. En vigor desde el 9 de octubre de 2002.

¹⁴ La Argentina depositó el instrumento de ratificación con fecha 30 de marzo de 2000, Uruguay lo ratificó el 29 de julio de 2004, Paraguay 13 de octubre de 2008 y Brasil 9 de octubre de 2010. [Última consulta: 20/05/2019]. http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx

no poseen igual poder de negociación que su contraparte— se exija la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. Se considera que el débil jurídico estará mejor protegido en un foro específicamente creado para la solución de sus conflictos y al amparo de la ley que le es propia.

Pensamos que, con el fin de facilitar la solución de los conflictos, la posibilidad de alegar la nulidad de la cláusula deberá reservarse a la parte cuya protección se pretende, quien podrá decidir, al momento del estallido de la controversia, si el arbitraje electrónico acordado le otorga la protección y seguridades suficientes o prefiere recurrir a su foro personal.

2.1.4. *La “perpetuatio arbitralis” o “conservación del pacto arbitral”*: en virtud de este principio la vigencia y efectos del arbitraje resulta inmune a la rebeldía o contumacia unilateral de alguna de las partes que no cumpla con el deber de colaboración en la designación del árbitro o árbitros, en la adopción del laudo y su eficacia nacional y transnacional, de conformidad a los efectos de cosa juzgada del laudo y su eficacia forzosa. Una dimensión específica del principio de conservación del pacto de arbitraje telemático lo constituye la confirmación tácita de este último cuando, si el convenio arbitral se encuentra afectado por algún vicio y las partes o la parte que pueda invocarlo accede a que se dicte el laudo sin oponer la nulidad, se entenderá que ha confirmado el pacto de arbitraje electrónico.

2.1.5. *Autonomía del acuerdo arbitral telemático*: en este contexto del principio “pro-arbitraje”, tampoco resulta difícil extender al pacto de arbitraje telemático la doctrina y la jurisprudencia que defiende la autonomía del convenio arbitral accesorio ante una eventual nulidad del contrato principal en la que se halle inserto aquel. Tanto las legislaciones nacionales en materia de arbitraje, como las normas de fuente convencional, han acabado reconociendo la separabilidad del convenio arbitral del negocio principal, mediante la incomunicabilidad de los vicios que afectan al contrato inválido al pacto de arbitraje. El fundamento se encuentra en la distinta causa o función que cumple ese último con respecto al negocio sustantivo. Ello puede tener especial transcendencia para el pacto de arbitraje telemático al poderse “aislar” del negocio o cláusula general en la que se incorpora, sirviendo de conexión a otras normas diferentes a las aplicables a esas últimas, y ello en la medida en que el pacto arbitral puede determinar el derecho

aplicable e incluso el procedimiento a seguir por los árbitros, siendo ello más importante por el carácter universal y sin fronteras del medio donde tiene lugar el negocio online.

2.1.6. *Kompetenz-kompetenz*: es la facultad reconocida a los árbitros para pronunciarse respecto de su propia competencia. Tal facultad excluye la concepción contractualista respecto a la naturaleza del arbitraje, ya que no podría dar razón el contrato de esa capacidad exclusiva del árbitro frente a la parte.¹⁵

2.2. Factores determinantes del éxito del arbitraje electrónico

Cabe resaltar, entre otras particularidades, que, en este tipo de procedimientos, las comunicaciones se realizan *online*, se designa al árbitro, se demanda, se contesta la demanda, se ofrecen las pruebas, se dicta el laudo y se lo notifica por la misma vía. Una de sus características es, precisamente, que las partes no se encuentran sino solamente en el espacio virtual, y suelen someterse a la decisión del árbitro o tribunal arbitral, reconociendo el derecho en caso de incumplimiento, de solicitar la ejecución judicial del laudo.

Cabría suponer entonces, que existen diversas situaciones con características propias de cada relación, autónomas, y cuestiones heterónomas, que dependen de factores externos que influyen en el análisis sobre la conveniencia de adoptar o no procedimientos electrónicos, cibernéticos de resolución de conflictos.

Entonces, el éxito del arbitraje internacional en línea dependerá de una multiplicidad de factores de índole:

Tecnológica: el desarrollo de nuevas tecnologías, que brinden a los usuarios las seguridades suficientes para su desenvolvimiento, y su adecuación a sus necesidades. La elaboración de programas específicos, diversos aplicativos, que permitan a los usuarios desplazarse en el medio electrónico con total comodidad, facilidad, seguridad.

¹⁵ Se puede ampliar sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en Feldstein de Cárdenas, Sara, *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1998.

Económica: como la demanda del mercado, la cuantía de las disputas, los costos para los usuarios. En el ámbito electrónico, la franja de mayor litigiosidad se produce en cuestiones en las que la cuantía en debate suele ser pequeña, de escasa magnitud. Por tal motivo, los costos del servicio no podrán ser elevados, sino que habrán de resultar proporcionados para convertirse en una de las ventajas adicionales de este tipo de resolución de conflictos.

Social: la consolidación del comercio electrónico, su utilización y aceptación dependerá de los usuarios que depositen confianza en el sistema.

Jurídica: la posibilidad que los laudos emitidos por los centros dedicados a arbitrajes electrónicos sean protegidos por los tratados internacionales y reconocidos por las legislaciones nacionales. Así, es indispensable que quienes recurran a estos ODR, tengan también la seguridad jurídica que el laudo, de ser necesario, será reconocido y ejecutado.

Para ello, el sistema de solución electrónico de conflicto deberá contemplar, resguardar aquellas garantías consideradas esenciales, y deberá tenerse presente las particularidades del arbitraje electrónico para dotarlo de validez.

2.3. Límites materiales y formales del arbitraje electrónico

De lo desarrollado hasta aquí, podemos concluir que se advierten algunos obstáculos jurídicos que el arbitraje *online* deberá superar para constituirse en un instrumento eficaz de resolución de disputas.

Al respecto, se sostiene que existen por los menos dos grupos:

- *Límites materiales:* que se relacionan con cuestiones que no son arbitrables y,
- *Límites formales:* vinculados con la exigencia de forma escrita de algunos actos, tales como el convenio arbitral, la demanda, la contestación, la reconvencción.

Parte de la doctrina¹⁶ opina que algunas cuestiones o problemas fundamentales están relacionados con:

¹⁶ En este sentido, ver la extensa bibliografía de la Dra. Feldstein de Cárdenas, Sara, "Arbitraje electrónico: una solución para y por Internet", "La lex informática: La insoportable levedad del no ser", "El conflicto de civilizaciones;

- a) La validez y eficacia del convenio arbitral electrónicamente celebrado.
- b) El respeto de las garantías del debido procesal legal.
- c) El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral electrónico.

Otros autores¹⁷, en cambio, consideran que se deberá centrar atención en superar las barreras que pudieran presentarse para:

- a) Entender correctamente practicados los actos de notificación a las partes asegurando su autenticidad;
- b) La práctica de la prueba y, por último,
- c) Los conflictos que pudiera generar su deslocalización, todo ello con absoluto celo a los principios de audiencia, contradicción e inmediatez imperantes en todo proceso arbitral.

2.3.1. Requisito de la forma escrita en el acuerdo de arbitraje

La incorporación del arbitraje como solución de conflictos en las transacciones *online* hace variar la forma en que puede plasmarse entre las partes el convenio.

Se entiende por convenio arbitral celebrado por vía electrónica aquel en el que se hace constar la voluntad inequívoca por las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas que tienen lugar en la red, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión.

En relación con la validez formal del acuerdo de arbitraje, bien sabemos que la forma escrita es comúnmente exigida por la gran mayoría de las legislaciones.

Por ejemplo, el ya referido Protocolo de Buenos Aires exige la forma escrita del acuerdo arbitral. Así el artículo 4 expresa:

En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los

Una nueva mirada a internet”, entre otros.

¹⁷ Ribón Seisdedos, Eugenio: “Marco jurídico español del comercio electrónico”. Bilbao, 22 de septiembre de 2005.

tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva.

Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales.

No obstante, debemos advertir que tal formalismo no es impedimento para el uso de medios electrónicos. La exigencia formal de escritura puede ser sustituida por una formalidad electrónica.

En efecto, existen diversas soluciones para adaptar la exigencia de forma escrita en el ciberespacio.

Desde una primera mirada, es posible adoptar una visión extensiva de la noción de escrito, asimilándola a la de documentos informatizados, tener presente las nuevas corrientes de interpretación basadas en la aplicación del criterio de “equivalencia funcional”, basado en el análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito en soporte papel con miras a determinar si el documento electrónico satisface dichos objetivos y funciones. Así, el convenio arbitral celebrado por vía electrónica tendrá plena validez y producirá todos sus efectos siempre que se haga constar su existencia.

Una segunda perspectiva se funda en consideraciones de índole histórica. En este sentido, se sostiene que las convenciones internacionales y las legislaciones estatales imponen la forma escrita porque cuando fueron elaboradas ese era el modo de comunicación habitual y no existían otros modos alternativos de dejar constancia de las expresiones y del consentimiento.

La prueba de la existencia y de la aceptación del convenio arbitral resulta decisiva para poderlo hacer exigible o para pedir su formalización judicial en caso de que alguna de las partes no quiera designar árbitro o no se pusieran de acuerdo en su nombramiento. La prueba se regirá por las reglas generales del Derecho y por lo dispuesto sobre el valor de los documentos electrónicos en las normas procesales y en la legislación sobre firma electrónica.

Recordamos que la Convención de Nueva York, dispone, en el artículo 2.2., que la expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

La tendencia contemporánea de interpretación amplia de la Convención entiende que ella no realiza una enumeración taxativa, ni exhaustiva de lo que debe considerarse por escrito, permitiendo que

caigan bajo su ámbito entre otras, las comunicaciones electrónicas, los *emails*, el *click wrap*.

En su 32º período de sesiones, el 10 de junio de 1998, la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) organizó una jornada conmemorativa especial, para celebrar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958). Entre los temas tratados, especialmente figuraba la consideración del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.

Posteriormente, la CNUDMI adoptó, el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones, una recomendación por la cual “Recomienda que el párrafo II del artículo 2º de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ...se aplique reconociendo que las circunstancias que se describe no son exhaustivas”.

Resulta entonces un importante adelanto en el tema que nos ocupa la modificación del 7 de julio de 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL introducida en el artículo 7.4 (opción I):

El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Asimismo, debemos tener presente que la CNUDMI, en la misma sesión, aprobó una recomendación sobre de la interpretación de los artículos II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York (1958) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, considerando que al llevar a cabo dicha interpretación debe tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, así como el asegurar la aplicación uniforme de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional.

Por otra parte, y en relación con el tratamiento de las comunicaciones y pruebas electrónicas en el procedimiento considerados en este punto, debemos recordar que la Convención de N.U. sobre Utilización

de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, en su artículo 8, reafirma el principio general de no discriminación que figura en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Comercio Electrónico. Esta disposición significa que no debe haber disparidades en la forma de tratar las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel, pero no tiene la finalidad de prevalecer sobre ninguno de los requisitos enunciados en el artículo 9. Al decir que “no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica, no se negará validez ni fuerza ejecutoria”, el párrafo 1 del artículo 8 se limita a indicar que la forma en que se presente o se conserve cierta información no puede alegarse como único motivo para denegar a esa información eficacia jurídica, validez o ejecutabilidad. Sin embargo, no debe interpretarse esta disposición dando por sentado que establece la validez jurídica absoluta de toda comunicación electrónica o de cualquier información consignada en ella (véase A/CN.9/546, párr. 41).

Observamos entonces, en los documentos internacionales una tendencia a la amplitud del concepto, del requisito de escritura, no solo en el acuerdo arbitral, sino en toda comunicación o documento electrónico a fin de facilitar, posibilitar su utilización y valor como medio de prueba.

Por ello, y teniendo en cuenta la existencia de ciertos instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7), la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la misma Comisión sobre Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; habida cuenta también que, en los últimos años se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención de Nueva York, en lo que respecta al requisito de forma que rige a) los acuerdos de arbitraje, b) los procedimientos arbitrales y c) la ejecución de las sentencias arbitrales; no se advierten obstáculos para adoptar la interpretación recomendada relativa a:

- a) que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, y

b) que el párrafo 1) del artículo VII de la citada Convención, se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del país en donde se invoque el acuerdo de arbitraje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo.

El artículo 7.4 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su versión revisada, aprobada el 7 de julio de 2006, expresa: “El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella es accesible para su ulterior consulta. Por ‘comunicación electrónica’ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el telegrama, el télex o el telefax”.

En el ámbito regional americano, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur¹⁸ dispone:

Artículo 6: 1. La convención arbitral deberá constar por escrito.

2. La validez formal de la convención arbitral se regirá por el derecho del lugar de celebración.

3. La convención arbitral realizada entre ausentes podrá instrumentarse por el intercambio de cartas o telegramas con recepción confirmada. Las comunicaciones realizadas por telefax, correo electrónico o medio equivalente deberán ser confirmadas por documento original, sin perjuicio de lo establecido en el numeral cinco... A su turno en el numeral 5 se dispone: Si no se hubieren cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerará válida si cumpliera con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tienen contactos objetivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 literal b).

¹⁸ Entró en vigor el 9/10/2002. La República Argentina depositó el instrumento de ratificación el 30/3/2000.

Como es lógico, idéntica redacción posee el artículo 6 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile.

2.3.2. El requisito de firma del acuerdo arbitral

Hemos referido anteriormente que otro requisito habitualmente exigido para la validez del acuerdo es la firma de las partes.

El creciente empleo de técnicas de autenticación electrónica en sustitución de las firmas manuscritas y de otros procedimientos tradicionales de autenticación ha planteado la necesidad de crear un marco jurídico específico para reducir la incertidumbre con respecto a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del empleo de dichas técnicas modernas a las que puede denominarse en general “firmas electrónicas”.

La firma digital es una secuencia algorítmica de datos asociados a un mensaje informático que garantiza la integridad del documento electrónico al tiempo que da certeza de que el firmante es quien dice ser. Suele reconocérsele la propiedad de dar mayor seguridad, fiabilidad que los documentos firmados en papel, disminuye costos y tiempos de transacción.

Se trata del uso de secuencias algorítmicas con criptografía asimétrica que cruza una clave pública con otra privada en una secuencia segura.

La doctrina suele atribuirle 4 atributos esenciales:

- 1) autenticidad
- 2) integridad
- 3) no repudio
- 4) confidencialidad

Respecto a esta última característica corresponde aclarar que el hecho de que un documento se encuentre firmado digitalmente no garantiza la confidencialidad de la información que contiene, en virtud de que, de ser interceptado, su contenido puede ser leído por cualquier persona que tenga acceso a la clave pública. Para garantizar la confidencialidad del mensaje o documento no basta entonces con que se encuentre firmado, sino que debe estar, además, encriptado.

Las empresas multinacionales utilizan la firma digital en sus comunicaciones entre sedes ubicadas en diversos países.

En Latinoamérica, por ejemplo, Brasil, Chile y México tienen en funcionamiento su legislación e infraestructura de firma digital y otorgan licencias que circulan con validez legal.

En la Argentina, la Bolsa de Cereales de Rosario fue la primera en incorporarla para sus transacciones reduciendo el plazo utilizado para sus operaciones de veinte (20) a dos (2) días.

En la legislación argentina, se emplea el término “Firma Digital” en equivalencia a los **términos** “Firma Electrónica Avanzada” o “Firma Electrónica Reconocida” utilizados por la Comunidad Europea o “Firma Electrónica” adoptado en otros países como Brasil o Chile.

2.3.2. i. La Ley n° 25.506

La República Argentina ha sancionado la Ley sobre firma digital n° 25.506, promulgada de hecho el 11 de diciembre de 2001 – Decreto Reglamentario n° 2628/02.

El artículo 2 determina que es la aplicación a un documento digital de un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento y bajo absoluto control del firmante, aunque debe ser susceptible de verificación por terceros en forma tal que permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

La ley dispone que la firma electrónica es digital cuando se utilizan certificados digitales emitidos por las Autoridades de Certificación Licenciadas (ACL).

Las ACL además del soporte técnico y la provisión de las firmas son la tercera parte confiable integrada a la infraestructura de firma digital por la que se da un plexo tecnológico y normativo de seguridad con control de la Autoridad de Aplicación.

El sistema de infraestructura de firma digital está constituido por el conjunto de leyes, normativa legal complementaria, *hardware*, *software*, bases de datos, redes, procedimientos de seguridad, etc., que permiten que distintas entidades (individuos u organizaciones) se identifiquen entre sí de manera segura al realizar transacciones en redes.

La legislación argentina distingue los términos “firma digital” y “firma electrónica” que no poseen el mismo significado. La diferencia radica en el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos, dado que en el caso de la “Firma Digital” existe una presunción “*iuris tantum*” en su favor; esto significa que, si un *documento firmado digitalmente* es verificado correctamente, se presume *salvo prueba en contrario* que proviene del suscriptor del certificado asociado y que no fue modifica-

do. Por el contrario, en el caso de la *firma electrónica*, ante el supuesto de ser desconocida la firma por su titular corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Este conjunto normativo conforma una Infraestructura de Firma Digital de alcance federal.

Según el Decreto n° 409/2005, la Subsecretaría de Gestión Pública actúa como Autoridad de Aplicación del régimen normativo que establece la infraestructura de la firma digital establecida por Ley n° 25.506 y en las funciones de entidad licenciante de certificadores, supervisando su accionar.

El Ente Licenciante es el órgano técnico-administrativo encargado de otorgar las licencias a los certificadores y de supervisar su actividad.

Los Certificadores Licenciados son aquellas personas de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que obtengan una licencia emitida por el ente licenciante para actuar como proveedores de servicios de certificación en los términos de la Ley n° 25.506 y su normativa complementaria.

Por su parte, las Autoridades de Registro son entidades que tienen a su cargo las funciones de validación de la identidad y otros datos de los suscriptores de certificados. Dichas funciones son delegadas por el certificador licenciado.

El riesgo de que distintos países adopten criterios legislativos diferentes en relación con las firmas electrónicas exige disposiciones legislativas uniformes que establezcan las normas básicas de lo que constituye en esencia un fenómeno internacional, en el que es fundamental la armonía jurídica y la interoperabilidad técnica.

2.3.2. ii. La Ley Modelo sobre firma digital

Pretendía establecer un trato igual en el derecho para los contratos en línea y fuera de línea (es decir, un “entorno independiente del formato de los contratos”), proporcionando normas y reglas para dar validez a contratos concertados por medios electrónicos, definir las características de un escrito y una firma electrónicos válidos, y prestar asesoramiento sobre el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos (por ejemplo, la admisibilidad y la fuerza probatoria que debe darse a los mensajes de datos).

2.3.2. iii. La Ley Modelo sobre Comercio electrónico

En igual sentido, la Ley de CNUDMI sobre comercio electrónico reconoce que entre sus objetivos figuran “...el de permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre soporte informático que, a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, son esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional...”.

2.4. Independencia e imparcialidad

Otro de los obstáculos que tendrá que superar el arbitraje electrónico, como método de heterocomposición de conflictos, es el relacionado con la garantía de independencia e imparcialidad que debe asegurarse a quienes son sus usuarios.

En este aspecto, el proveedor del servicio (ODR), para obtener resultados, deberá construir un esquema suficientemente neutral. Deberá ofrecer a los usuarios árbitros que se encuentren involucrados con la observancia de reglas éticas, de códigos de conducta que los aleje de los propios conflictos de intereses, del fraude, de la corrupción.

2.5. Garantía del debido proceso

Es este, posiblemente, uno de los aspectos centrales, capitales, en lo que hace a la aceptación de un procedimiento alternativo *online*, tanto por los Estados, como por las partes que decidan utilizarlo para dar fin a sus diferendos.

El usuario al momento de elegir el mecanismo ODR apropiado debe ser anoticiado acabadamente de las consecuencias jurídicas de tal decisión. La adopción o aceptación de una cláusula de prórroga virtual no debe ser automática, pasar inadvertida; es por eso que la existencia de una cláusula de prórroga a favor de un cibertribunal o tribunal arbitral electrónico debe destacarse en el contrato y resultar a las claras las consecuencias de su adopción.

Las partes deben tener, asimismo, la posibilidad de participar activamente en el desarrollo del proceso, en todas sus etapas, mediante el

acceso al expediente, aporte de pruebas, recepción de comunicaciones, entre otras medidas posibles. Los centros administradores de arbitrajes electrónicos suelen poner a disposición de los usuarios, además de un reglamento (característica propia del arbitraje institucionalizado), una serie de aplicaciones vinculadas con formularios, calendarios, lenguajes, así como un entorno informático conocido y compatible para el uso de cualquier formato de archivos.

Cada una de las partes enfrentadas en el litigio deben tener la oportunidad de ser oídas, en condiciones de poder responder las aseveraciones efectuadas por la otra parte. En los arbitrajes electrónicos, los proveedores de tales servicios, generalmente basados en el envío e intercambio de mensajes electrónicos, deben brindar a las partes oportunidad y términos suficientes para poder ser escuchadas, teniendo especial consideración respecto a la participación de consumidores menos preparados, con menores recursos.

Vemos que el Dr. Ribón Seisdedos, en lo atinente a las garantías del debido proceso, pone énfasis en *la notificación electrónica*. Considera que existen precedentes que admiten las comunicaciones electrónicas en los procesos arbitrales, como ser el Convenio Europeo sobre Comercio Internacional hecho en Ginebra el 21/4/1961 que preveía en el artículo I-2º el “intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor”. Así también el Reglamento de Arbitraje de la CCI que establece en el artículo 3: “las notificaciones o las comunicaciones puedan efectuarse, por carta, correo o por cualquier otro medio de telecomunicación”, precepto que transcribe el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (ordinal cuarto).

Aceptada la posibilidad de emplear comunicaciones electrónicas en el proceso arbitral, es necesario asegurar:

- a) la autenticidad de la comunicación,
- b) la integridad del mensaje y
- c) su confidencialidad.

Para garantizarlas, existen varias posibilidades desde las más tradicionales, como la utilización de un *password* o PIN (que resultan ser más elementales y ofrecen poca seguridad), a las más sofisticadas como la firma con pluma digital sobre una pizarra digitalizada o las derivadas de la biometría digitalizada (identificación mediante huellas dactilares, pupila o voz), que, si bien ofrecen, garantizan un elevado grado de seguridad, no se hallarían, en principio, disponibles al público

en general y la posibilidad de su uso puede requerir un *hardware* o *software* avanzados, específicos.

Entre estos extremos se considera aconsejable que se imponga el uso de la firma electrónica, que ya hemos brevemente analizado, por su alto grado de confiabilidad, seguridad y su relativamente fácil adopción e implementación.

Una cuestión importante relativa al proceso electrónico está dada en los supuestos de rechazo de alguna de las partes a las comunicaciones electrónicas formuladas por el propio tribunal, cuando una de las partes de manera contumaz desatienda las notificaciones y exista convenio arbitral, debería estarse a la inserción en boletines electrónicos o la publicación edictal electrónica de tales comunicaciones, a cuyo efecto deberían prever los programas de arbitraje telemático un apartado o ventana de comunicaciones públicas, redundando ello en la rapidez y economía del sistema; pudiendo ser de práctica inmediata y a un costo insignificante.

Otra cuestión fundamental constituye el cumplimiento de los plazos procesales en el ciberarbitraje, por ello se emplean los sistemas de sellamiento de tiempo (*time stamping*). Los certificados digitales de sellamiento de tiempo (*digital time-stamp certificates*), registran la fecha y hora exacta de la transacción que se integra en el documento que será firmado por el remitente. Así, el propio documento (demanda, prueba, etc.) contendrá a como de “carga” la fecha y hora de su presentación electrónica ya que se incorpora automáticamente al momento de la firma para la remisión del documento.

2.6 Práctica de la prueba

Hemos ya destacado que la totalidad del proceso se desarrolla en el contexto virtual por cuanto la presentación de la prueba tendrá también esta característica.

2.6.1 Documentos: el avance de la tecnología ha revolucionado los sistemas probatorios. La aplicación de las nuevas tecnologías como medios de prueba ha sido reconocida por la jurisprudencia estatal admitiendo la validez de los documentos electrónicos que terminan siendo equiparados legislativamente a los documentos en papel. Así también ha otorgado valor probatorio del acuerdo de partes, al correo electrónico.

En forma temprana algunos antecedentes jurisprudenciales se basaron en el intercambio de correos electrónicos entre las partes, para tener probada la existencia del acuerdo o como principio de prueba por escrito de las obligaciones asumidas.¹⁹

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico

En el artículo 9 relativo a la admisibilidad y fuerza probatoria del mensaje de datos establece que, en todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos por la sola razón de ser tal, o de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

Asimismo, en el inciso 2 de dicho artículo establece: “toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

La Ley Modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de los modernos medios de comunicación.

En la preparación de la Ley Modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como “escrito”, “firma” y “original” con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo

¹⁹ CNCom., sala E, 28/11/08, Unión del Sur Calzados S.A. c. Salvarregui, Nicolás J. Roberto y otro, s. ordinario. CNCom., sala C, in re ‘Zachara, Ivone E. y otro c/ Banco Itaú Buen Ayre S. A.’ del 09-02-07.

13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.²⁰

Se consideró oportuna que la Ley Modelo debía permitir a los Estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito.

Por ello, sigue el “criterio del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con las técnicas del comercio electrónico.

La adopción de este criterio pretende no dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico, que las aplicables a la documentación consignada sobre papel, obstaculizando su utilización y originando mayores costos.

Así, el documento papel cumple las siguientes funciones:

- Proporcionar un documento legible para todos,
- Asegurar la inalterabilidad del documento en el tiempo,
- Permitir la reproducción,
- Permitir la autenticación de datos firmándolos,
- Permitir la presentación de una forma aceptable ante autoridades públicas o tribunales.

La documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos.

Artículo 6 - Escrito: 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la

²⁰ De la Guía Electrónico para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio.

ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Artículo 7 – Firma: 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, este requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

- a) Si se utiliza un método para identificar a la persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
 - b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado a los fines para lo que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.
- 3) ...”

Artículo 8 – Original: 1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:

- a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;
 - b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.
- 2)...”

2.6.2. Las Audiencias en línea

Dentro de las nuevas aplicaciones tecnológicas a la fase probatoria del proceso arbitral, se destaca por su inmediatez y fiel respeto al principio de contradicción el uso de la videoconferencia, resultando el interrogatorio de las partes por los árbitros, una fase esencial del arbitraje. La videoconferencia posibilita la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes, creando una “reunión virtual” entre personas participantes en la que la distancia física deja de ser un impedimento. El uso de la videoconferencia es posible tanto en la fase de audiencia con las partes, como para interrogar a testigos o ratificar el informe de peritos.

El beneficio de su uso para el sector empresarial es evidente al evitar sus desplazamientos y el de los profesionales, quienes pueden atender desde su empresa la resolución del conflicto teniendo a su alcance todo lo necesario para cubrir cualquier contingencia.

Ribón Seisdedos sostiene que la videoconferencia puede tener un gran valor en el arbitraje telemático de consumo, sin limitar el arbitraje de consumo a la ubicación física de las 73 Juntas arbitrales existentes en España.²¹

Otro medio de prueba puede ser la reproducción del caso por realidad virtual en la que los árbitros podrán tener la oportunidad de introducirse en una reproducción del desarrollo de los acontecimientos (ej., responsabilidad por una avería en un vehículo o cobertura del seguro por inundación en una vivienda).

La realidad virtual es una tecnología de comunicación multisectorial que, controlada por ordenador, permite al usuario la interacción intuitiva con datos. Es una base de datos gráficos interactivos, explorable y visualizable en tiempo real en forma de imágenes tridimensionales de síntesis capaces de provocar una sensación de inmersión en la imagen.

La reproducción del caso por realidad virtual acercará aún más al árbitro a la situación del conflicto ayudándolo en la toma de una real dimensión de los hechos, claro está, cuando la cuestión debatida requiera, haga necesaria tal medida.

3. Cooperación judicial internacional y reconocimiento y ejecución de laudos electrónicos

El carácter internacional de un número relevante de litigios surgidos en el ciberespacio genera con frecuencia la necesidad de hacer reconocer o ejecutar una decisión judicial en el extranjero.

En nuestro país, la jurisdicción internacional indirecta está regulada en los códigos procesales²², como así también se encuentra prescripta

²¹ Ribón Seisdedos, E.: “Marco jurídico español del comercio electrónico”. Bilbao, 22 de septiembre de 2005.

²² Por ejemplo, en los artículos 517 a 519 bis del C.P.C.C.N.

en el Código Civil y Comercial de la Nación en los artículos 2603, 2611 y 2612 ya transcriptos.

También se encuentran en vigor diversas convenciones internacionales que vinculan a la Argentina con distintos Estados, así, el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y el de 1940, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979; y en el ámbito del Mercosur, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur de las Leñas de 1992 (Decisión del Consejo Mercado Común N° 5/92).

Las normas vigentes de fuente interna y convencional solicitan una serie de condiciones externas o requisitos formales, como la presentación de documentación por escrito legalizada y traducida, que resultan incompatibles con la desmaterialización propia de las nuevas tecnologías. Sin embargo, estas formalidades podrían ser superadas si recurrimos al criterio de equivalencia funcional, anteriormente analizado.

Asimismo, requieren que las decisiones judiciales o laudos arbitrales emanen de un órgano competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

Como vimos, no existen criterios uniformes para la determinación del juez competente en materia de contratos electrónicos, incertidumbre que dificulta el posterior reconocimiento o ejecución de una decisión extranjera.

Cabría preguntarse si el orden jurídico del Estado de ejecución calificaría como una citación que cumple con las pautas mínimas del debido proceso a una notificación realizada *online* en un ciberarbitraje, o bien si una audiencia llevada a cabo en el espacio virtual sin la presencia física de las partes ni del árbitro garantiza el derecho de defensa.

El respeto al debido proceso legal, y fundamentalmente, la garantía de la defensa en juicio constituye un requisito para la procedencia del *exequatur*.

Por otra parte, la normativa vigente exige que la decisión extranjera no sea contraria al orden público internacional del Estado requerido.

En los EE. UU., a la luz de la primera enmienda de la Constitución, los jueces locales suelen rechazar el reconocimiento y ejecución de

aquellas decisiones que limitan esa libertad condenando por difamación o por ciertos contenidos ilícitos.

Así, en el caso “Yahoo”, un juez francés condeno a la sociedad Yahoo Inc. a colocar un dispositivo que filtrara ciertas páginas web a fin de impedir que los internautas franceses tuvieran acceso a un contenido ilícito accesible a través del portal. Por su parte, le fue solicitado el reconocimiento y la ejecución de dicha sentencia francesa a un tribunal de California, el que rechazó la solicitud, fundado en que esa decisión violaba manifiestamente su orden público, exteriorizado, en este caso, en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

En suma, sin un cuerpo de normas jurídicas precisas en materia de contratación electrónica internacional, que respalden debidamente una decisión arbitral *online*, es posible que esta no pueda ser fácilmente reconocida o ejecutada por los tribunales judiciales nacionales.

El Reglamento (UE) n° 1215/2012 establece que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro son reconocidas en los otros Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a un procedimiento complementario. El Reglamento entiende por “resolución” cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como: auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución. La decisión extranjera no puede nunca ser objeto de una revisión de fondo.

3.1 La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales extranjeros²³

Ya hemos analizado varios aspectos de este texto sobre el que se ha dicho que es el instrumento de carácter práctico más importante del derecho privado uniforme, que se ha conformado con resolver algunas cuestiones básicas en la materia.

Cuando las partes han acordado el arbitraje y ante el estallido de la disputa, una de ellas mediante el recurso a tácticas, a añagazas, pueden desear dilatar el procedimiento iniciando la acción ante los tribunales

²³ Aprobada por la Argentina por ley 23.619 del 28 de septiembre de 1988.

estatales y, aún más, recoger la noción de sentencia extranjera, entendiéndose por tal la que ha sido dictada en territorio distinto al del Estado donde se solicita su reconocimiento o ejecución, o que no haya sido considerada como nacional por el Estado en el cual se pide dicho reconocimiento o ejecución. Estos criterios se desprenden del artículo I de la Convención, cuando establece que son aquellas dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento o ejecución.

Por tanto, siguiendo a la doctrina diremos que para saber cuándo existe una sentencia extranjera podemos aplicar dos criterios, ambos negativos:

- Que no se haya dictado en el territorio del Estado ante el cual se pide reconocimiento y ejecución, o
- Que, aun dictada en dicho territorio, el ordenamiento jurídico del Estado requerido no la considere como laudo nacional, sino valga la aclaración, lo estime extranjero a pesar de haber sido dictado dentro de su territorio.

Consagra el principio rector que inspira las modernas legislaciones y convenciones internacionales que se basa en la presunción de validez de los acuerdos arbitrales y la regularidad de las sentencias arbitrales extranjeras. Establece el requisito de la obligatoriedad de la sentencia extranjera, no su firmeza. Este tema ha dado lugar a una gran diversidad en su interpretación, dado que del texto del instrumento bajo examen no surge una definición del término obligatorio, cuestión que le permitió a la más autorizada de las doctrinas vaticinar las consecuencias negativas de esta omisión. Sin embargo, se entiende que decir que un laudo es obligatorio es decir menos que laudo firme. Primordialmente lo que logra la Convención de Nueva York es superar el tedioso, el nada favorecedor doble *exequatur*.

Exige la presentación de un número mínimo de documentos para respaldar la petición de la parte que invoca a su favor una sentencia arbitral extranjera. Solamente se trata de la copia del acuerdo arbitral y del laudo, en su caso traducido si el idioma en que se ha dictado es distinto de aquel en que se redactó el acuerdo arbitral.

Invierte la carga de la prueba, obligando a quien resiste el reconocimiento y/o ejecución a probar que no se encuentran reunidos los requisitos que lo impiden. En este sentido, cabe señalar que las causales se encuentran taxativamente establecidas en el artículo V de la

Convención. Se trata de motivos oponibles por parte del demandado. De este modo, el laudo se encuentra revestido de una presunción de validez *ab initio*.

Posibilita la denegación o rechazo de oficio por parte del juez requerido, cuando el laudo se opone al orden público internacional o se trata de una cuestión no arbitrable de conformidad con la ley del foro.

Permite el reconocimiento, así como la ejecución parcial del laudo, el denominado *exequatur* parcial.

Tal como vimos, del artículo IV b surge que la solicitud de reconocimiento o ejecución del laudo debe ir acompañada del original del acuerdo celebrado entre las partes o una copia certificada; y que según el artículo II inc. 2 el acuerdo arbitral, para ser válidamente considerado, debe haberse celebrado por escrito, ser firmado por las partes o estar contenido en un intercambio de cartas o telegramas. Ciertamente, si los tribunales estatales se alinean dentro de una concepción estricta, se pronunciarán por la invalidez del acuerdo celebrado por medios electrónicos, mientras que, desde otra perspectiva dentro de una interpretación amplia, lo considerarán válido. Ahora bien, si esta fuera la hipótesis, habrá que saber que la prueba consistiría en la presentación del documento electrónico con firma digital, que se haya asegurado la identidad, la autenticidad, integridad, la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas. En este aspecto, deberá quedar garantizado que no han participado en el desarrollo del procedimiento terceros no autorizados y, sobre todo, que el laudo no fue manipulado en forma espuria, durante su emisión o su notificación. Este es, el aspecto más problemático de esta delicada cuestión. Para superar estas dificultades los proveedores de servicios más cautos, a fin de que los laudos caigan bajo el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, han establecido que el laudo electrónicamente emitido, sea además notificado en soporte papel, firmado por los árbitros y en su caso protocolizado con arreglo a los derechos estaduales.

4. Deslocalización del arbitraje electrónico

Sostiene James Graham²⁴ que el arbitraje virtual tiene por ventaja eliminar los problemas ligados a la determinación de la jurisdicción competente.

La cuestión de la localización de la sede no constituye un tema sin importancia en la medida en que el *locus arbitrii* puede intervenir en algunos casos como para la aplicación de las reglas imperativas de procedimiento de un Estado, la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer los recursos en anulación, la satisfacción de la condición de reciprocidad (cuando sea requerida para la aplicación de las convenciones relativas al reconocimiento y la ejecución de los laudos). Así, el artículo 1422 *a contrario* combinado con el artículo 1415 del Código de comercio mexicano subordina la competencia de juez de apoyo mexicano a la condición de que el arbitraje tenga su sede en el territorio nacional.

La noción de sede en el arbitraje tradicional comporta dos aspectos diferentes:

Por un lado, se trata de una noción material en el sentido en que ella designa un lugar en donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales como la audiencia de las partes, la firma de la sentencia o su rendición. Sin embargo, se trata también de una noción jurídica designando de manera abstracta el lugar elegido por la voluntad de las partes como la sede del arbitraje.

En la mayoría de los casos, los dos lugares se confunden. Esto no impide que, a fin de facilitar el acceso a las partes, y la comunicación directa con el árbitro, sea posible encontrar de manera excepcional una disociación entre estas dos localizaciones en la medida en que los aspectos de ejecución material se efectúan en otro lugar que esté designado por las partes o por los árbitros como la sede del arbitraje.

En esta eventualidad, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en retener como sede la designada por las partes. Así la Corte de Apelación de París consideró que se debía de subrayar que *la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) bajo la dependencia de la voluntad*

²⁴ Graham, James: "La deslocalización del arbitraje virtual". *Revista de Derecho Informático*. Lima, Alfa-Redi, noviembre 2001.

de las partes, y no una noción material dependiente del lugar en donde la audiencia se tuvo o el lugar efectivo de la rúbrica de la sentencia.

Si para el arbitraje virtual excluimos inmediatamente la idea de una localización del centro virtual por el emplazamiento del servidor sobre el cual se encuentra porque esto es fácilmente desplazable y sobre todo no presenta ningún vínculo concreto con las jurisdicciones de un Estado, se presentan dos hipótesis:

A) la sede es fijada en un territorio estatal, aunque el procedimiento arbitral se hace en el espacio virtual, o

B) la sede es presuntamente localizada también en el ambiente cibernético.

A. La sede territorial ficticia

Las partes pueden elegir de manera ficticia un lugar de arbitraje situado sobre el territorio de un Estado y ninguna dificultad particular se presenta en la medida en que no hay ninguna objeción para permitir a un tribunal arbitral, por razones de comodidad, de tener las audiencias otra parte que el lugar de la sede fuera en el espacio virtual.

Cabría así recomendar que las cláusulas compromisorias que prevén un arbitraje bajo un centro virtual deberían también incluir una disposición que fija de manera ficticia la sede del arbitraje en un Estado, además que “los lugares jurídicos como la sede siguen la mundialización, por su admisión como una ficción pura, suelta de la localización material del arbitraje”.

Es lo mismo respecto a los derechos estatales que exigen que la rendición del laudo sea localizado sobre el territorio, porque no se trata de determinar el lugar en donde materialmente la sentencia fue pronunciada, sino de determinar el “ambiente jurídico” en cual se inserta el arbitraje, entre otras cosas para poder después prever los recursos ante los tribunales estatales.

B. La sede virtual deslocalizada

Si las partes quieren fijar la sede en el espacio virtual surgen, entonces, reales dificultades. Para beneficiar de los tribunales estatales, es posible también elegir una ley procesal de un Estado que está utilizando este criterio para establecer la competencia de sus jurisdicciones. Sin embargo, esto tiende más y más a desaparecer.

Si la elección se efectúa sobre una ley nacional no permitiendo el embargo de las jurisdicciones de este Estado o sobre un reglamento de

arbitraje o sobre la *lex virtualis*, parece que estamos en un callejón sin salida en la medida que ningún Estado puede *prima facie* anular el laudo.

Ante la deslocalización estaríamos en presencia de una sentencia flotante. Sin embargo, la doctrina se interroga respecto a si ello sería realmente un inconveniente.

¿Podemos sostener que el hecho de que los Estados no puedan anular un laudo arbitral electrónico los coloca en una situación de resignación frente de un acto de justicia privada?

Debemos concluir que no, en la medida que su ejecución o su reconocimiento podrán siempre ser rechazados en el Estado en donde la parte que obtuvo el laudo favorable quiera solicitar la ejecución o embargar los bienes. He ahí un real punto de anclaje.

Otra cuestión importante respecto al reconocimiento y ejecución del laudo electrónico está dada por que la Convención de Nueva York está basada sobre un mecanismo Estado de origen – Estado de recepción.

En el arbitraje virtual, el Estado de recepción subsistirá en la medida que la mayoría de las sentencias deberán ser ejecutadas en un Estado. Sin embargo, careceríamos del Estado de origen porque la sede del arbitraje se encuentra en el espacio virtual.

Además, la Convención dispone que su campo de aplicación concierne únicamente sentencias “extranjeras” definidas estas como habiendo sido rendidas sobre el territorio de otro Estado que este en donde el reconocimiento o la ejecución es requisado.

Sin embargo, el artículo primero prevé también que la Convención se aplique para un laudo dictado sobre el territorio del Estado de recepción si ella ahí no es considerada como una sentencia nacional. Entonces, si una sentencia puede ser extranjera cuando ha sido dictada en el territorio del Estado nacional, debería serlo *a fortiori* si fue rendida en un espacio internacional como es internet. Esto, además que la disposición convencional, está interpretado por la doctrina como autorizando un despego completo del arbitraje a todo orden jurídico y, sobre el particular, ya hemos manifestado nuestras serias objeciones.

Por lo tanto, concedemos que para los Estados que aplican la Convención bajo la reserva de reciprocidad las sentencias plenamente deslocalizadas en el espacio virtual no pueden ser ejecutadas según las disposiciones de la Convención a falta de haber sido dictadas en un Estado que ha ratificado la Convención de Nueva York, y en consecuencia necesitan una específica localización.

Se ha esgrimido que la solución sería considerar que la sede del arbitraje se encuentra en el espacio virtual e interpretar la Convención de Nueva York en el sentido que todos los Estados parte reconocerían una sentencia virtual y pondrían a su disposición sus jurisdicciones.

Sin embargo, ciertos autores defendieron vehementemente la idea de que las sentencias no susceptibles de recursos en anulación no podrían beneficiarse de la Convención de Nueva York. El debate se iniciaba al sujeto del antiguo artículo 1717 del Código judicial belga excluyendo *ex officio* todo recurso en anulación para los asuntos no teniendo ningún vínculo con Bélgica y al sujeto del artículo 192 de la ley de derecho internacional privado suizo si la facultad de exclusión de todo recurso fue ejercida por las partes, sistema que ha inspirado directamente el nuevo artículo 1717 de la ley belga del 19 de mayo 1998. La mayoría de la doctrina condenó tal punto de vista contrario al texto y a la lógica de la Convención.

En efecto, esta declara aplicarse a las “sentencias extranjeras obligatorias” y no a las “sentencias extranjeras obligatorias pero susceptibles de un recurso en anulación”.

Si bien alguna doctrina afirma que no hay ningún obstáculo real en el sistema instituido por la Convención de Nueva York a la admisión de sentencias rendidas por instituciones de arbitraje deslocalizadas en el internet y que tendríamos así un sistema mundial, uniforme y abierto para resolver los conflictos que *per se* van a ser transnacionales; no creemos que ella sea conveniente más allá de nuestras serias objeciones a considerar a internet como un “espacio virtual” anacional y ajurídico.

Nadie podrá ignorar que internet se ha convertido en una infraestructura de creciente valor en múltiples dimensiones, no solamente para enfrentar el comercio global sino como una fuente innovadora de educación, entretenimiento y además como poderoso instrumento para coordinar actividades de toda índole, personales, empresariales y gubernamentales, incluso aquellas que auxilian a los jueces en su delicada tarea de impartir justicia.²⁵

²⁵ Feldstein de Cárdenas, Sara: “Internet. Un Golem de la Postmodernidad? *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. elDial*. Editorial Albremática. 2006.

Según nuestra perspectiva constituye un medio de comunicación novedoso, en evolución pero nunca un territorio virtual; vemos entonces más conveniente la adopción del criterio de designación de una sede territorial ficticia que nos permitirá estar en mejores condiciones para determinar algunas exigencias tales como, por ejemplo, los vínculos más estrechos o la conexión razonable entre el foro elegido y los términos del contrato base en los casos en los que el derecho aplicable a la prórroga de jurisdicción así lo requiera.

5. Algunos casos puntuales

5.1. Despegar.com²⁶

La plataforma virtual del sitio de contratación de viajes y reservas hoteleras pone a disposición de los usuarios un procedimiento de consultas y reclamos y conciliación electrónicos. Deja en claro, que la empresa es una agencia de viajes en línea y, como tal, su principal vía de contacto es su Plataforma (independientemente, cuenta con líneas telefónicas para urgencias). Así establece:

En el caso de que Usted necesite efectuar un reclamo y/o consulta, solicitar modificaciones y/o cancelaciones –siempre que su tarifa lo permita–, solicitar el re- envío de vouchers o tickers, y/o descargar su factura, Usted podrá acceder durante las 24 horas al link “Mi Cuenta si se encuentra registrado en la Plataforma (o a través de “Mi reserva” o “Mis Viajes”) con su número de Solicitud de compra, donde podrá realizar cualquier gestión.

Recomienda que, para realizar cualquier reclamo, sugerencia o consulta, se debe realizar la descripción detallada de los hechos, adjuntando la copia de los antecedentes de respaldo, explicando lo ocurrido

²⁶ En los Términos y Condiciones hablan de la responsabilidad de las empresas aeronáuticas, marítimas, etc., pero no refieren situaciones en las que asuman responsabilidad por la intermediación realizada. <https://comercial.despegar.com/ar/termsandconditions> [Última consulta: 08/06/2019].

y formulando en términos claros y simples la solución que desea. La agencia de viajes analizará el reclamo y dará respuesta al mismo correo electrónico informado por el usuario y le hará saber si de la revisión de los antecedentes resultara procedente acoger en todo o en parte el reclamo, enviando, por mail, el correspondiente acuerdo, sin perjuicio de poder ofrecer alguna solución alternativa, diferente a la propuesta por el usuario.

Prevé: Si Usted estuviera de acuerdo con la propuesta de DESPEGAR, deberá firmar el correspondiente acuerdo y enviarlo a DESPEGAR.COM a la dirección que le será indicada. Una vez que DESPEGAR haya recibido el documento, un agente de atención al cliente se pondrá en contacto con Usted para informarle la fecha de pago y demás condiciones de cumplimiento del acuerdo.

Puede considerarse que el procedimiento establecido es de carácter mixto ya que el reclamo, negociación o propuesta y el acuerdo se efectúan a través de la Plataforma electrónica de la empresa y, solamente luego de aceptado el acuerdo, la firma y demás trámites tendientes al cumplimiento se realizarán en forma física, tradicional.

5.2. Mercado libre²⁷

La versión de términos y condiciones vigente desde el 12/08/2019 consigna que cualquier persona que no acepte estos términos y condiciones generales, los cuales tienen un carácter obligatorio y vinculante, deberá abstenerse de utilizar el sitio o los servicios.

El usuario debe leer, entender y aceptar todas las condiciones establecidas en los Términos y Condiciones Generales y en las Políticas de Privacidad, así como en los demás documentos incorporados a estos por referencia, previo a su registración como usuario de Mercado Libre, optando de forma expresa por recibir estos y toda otra información por medios digitales.

Los Servicios solo están disponibles para personas que tengan capacidad legal para contratar. No podrán utilizar los servicios las personas

²⁷ https://www.mercadolibre.com.ar/ayuda/terminos-y-condiciones-de-uso_991

que no tengan esa capacidad, los menores de edad o usuarios de Mercado Libre que hayan sido suspendidos temporalmente o inhabilitados definitivamente. Si estás registrando un usuario como empresa, se debe tener capacidad para contratar a nombre de tal entidad y de obligar a esta en los términos de este Acuerdo.

Se fija como domicilio de Mercado Libre S.R.L. la avenida Caseros 3039, piso 2, Capital Federal, código postal C1264, República Argentina.

Muy brevemente se establece lo referido a la legislación aplicable y la jurisdicción competente, sometiendo, ambas cuestiones a la jurisdicción argentina.

Así, se establece en el término 18: *Jurisdicción y Ley Aplicable. Este acuerdo estará regido en todos sus puntos por las leyes vigentes en la República Argentina.*

Cualquier controversia derivada del presente acuerdo, su existencia, validez, interpretación, alcance o cumplimiento, será sometida ante la Justicia Nacional Ordinaria.

5.3. Yahoo.com²⁸

En junio de 2017, Yahoo y AOL se unieron para convertirse en Oath, una empresa digital y de medios móviles que forma parte de Verizon. Por ello, se establecieron nuevas condiciones del servicio que debían ser aceptadas por los usuarios y entraron en vigor a partir del 25 de mayo de 2018. Se establecieron distintas Condiciones de Servicio según el territorio y si bien revisten características similares, se puede advertir diferencias significativas que merecen destacarse, particularmente en lo que respecta a la jurisdicción y el sistema de solución establecido.

En las Condiciones de Servicio para la Argentina (ar), Chile (cl), Colombia (co), México (mx), Perú (pe) y Venezuela (ve), se establece que la edad mínima para el uso del servicio es de 13 años y la empresa Oath Hispanic Americas LLC establece su dirección en: One Alhabama Plaza, 8th Floor, Coral, Gables, FL 33134.

Surge advertir la posibilidad de celebrar un contrato internacional de servicios electrónicos por un menor de edad (según las leyes locales)

²⁸ <https://policies.oath.com/us/es/oath/terms/otos/index.html#14.2>

lo que llevaría a restar validez a cualquier acuerdo de prórroga de jurisdicción o sistema de solución de conflicto que se pueda pactar en su entorno. Cabe reiterar que, la aceptación de los términos y condiciones del servicio (indispensables para la apertura de la cuenta de correo) implicará (para quienes tengan capacidad de pactar) la aceptación del sistema de solución de conflictos fijado.

Resulta oportuno llamar la atención que las Condiciones del Servicio para Brasil, si bien establecen la edad mínima de 13 años, precisan: “si usted tiene entre 13 y 18 años de edad, debe contar con la autorización de sus padres o tutores legales para poder aceptar nuestras Condiciones y utilizar el Servicio”. Tal condición no se prevé en las reglas vigentes para la Argentina; no obstante, ello no evita la nulidad del acuerdo suscrito por un incapaz para contratar.

Respecto al domicilio denunciado, corresponde señalar que, en las Condiciones del Servicio vigentes para Brasil, la empresa Oath do Brasil Internet Ltda. denunció domicilio en Av. Brigadeiro Farina Lima 3.66 – 9º andar, Sao Paulo/SP, 04538-132, Brasil.

Se advierte así que en la Argentina no se tomaron las debidas diligencias tendientes a la protección de los usuarios del servicio, en comparación a las previsiones que sí adoptó el país vecino.²⁹

Seguidamente, se establece la posibilidad de acudir a “Tribunales de Asuntos Menores” o al “Arbitraje Vinculante”.

ACUERDO DE ARBITRAJE VINCULANTE. ACUERDO DE ARBITRAJE. Tanto usted como OATH se comprometen a resolver cualquier disputa, controversia o reclamo que pudiera surgir de cualquier manera de o relacionarse con estas condiciones o de cualquier servicio que reciba de nosotros (o de cualquier publicidad por dichos servicios), incluida cualquier disputa entre usted y nuestros empleados o agentes (“disputa(s)”), únicamente mediante acciones de arbitraje de manera individual o en un tribunal de asuntos menores. Usted entiende que, al aceptar estas

²⁹ Con similar previsión, las Condiciones para Canadá prescriben que se requiere la edad legal para establecer un contrato vinculante en su provincia o territorio de residencia, y la empresa Oath (Canadá) Corp. constituye domicilio en 99 Spadina Avenue, Suite 2000, Toronto, Ontario M5V 3P8.

condiciones, las acciones de arbitraje o asuntos menores serán las únicas vías para resolver cualquier disputa entre nosotros. También entiende que, al aceptar estas condiciones, Usted y OATH ceden el derecho a presentar un reclamo ante un tribunal o frente a un jurado (excepto en situaciones que podrían resolverse en un tribunal de instancia para asuntos menores). Y tanto Usted como OATH ceden el derecho a proceder con cualquier demanda colectiva o representativa. Si bien los procedimientos de arbitraje pueden ser diferentes que los de los tribunales, un juez mediador puede indemnizar los mismos daños de manera individual y conceder el mismo resarcimiento que un tribunal, además de emitir una sentencia sobre la indemnización, la cual podría presentarse y ejecutarse en cualquier tribunal que tenga la jurisdicción correspondiente. Las partes entienden que, en la ausencia de esta disposición obligatoria, podrían tener el derecho de llevar a cabo una demanda en un tribunal y tener un juicio con jurado. Además, entienden que, en algunos casos, los costos del arbitraje podrían superar los del litigio, de modo que el derecho de descubrimiento podría ser más limitado en el arbitraje que en un tribunal.

La parte que opte por resolver la situación mediante el arbitraje previsto debe avisar por escrito a la otra parte sobre la disputa al menos 30 días antes de comenzar con el proceso de arbitraje. El aviso a Oath debe enviarse por correo postal a Oath a: Disputes, 701 First Avenue, Sunnyvale, CA 94089 o por correo electrónico a disputes@oath.com. Si corresponde, en su caso el aviso se enviará a la o las direcciones de correo electrónico y a la o las direcciones de correo postal que Oath tenga en sus registros al momento de enviar el aviso. El aviso debe describir la naturaleza del reclamo y la reparación judicial solicitada. Si la Disputa no se resuelve en 30 días, entonces cualquier parte puede proceder para solicitar un proceso de arbitraje.

Se advierte, que se otorga la misma calidad de escritura al aviso remitido por correo postal o e-mail, e igual importancia al domicilio físico como electrónico, resultando así válidas las notificaciones efectuadas por correo postal o electrónico.

En primer término, se recurre a un procedimiento de autocomposición y en caso de fracaso queda expedito la instancia ante los Tribunales

de Asuntos Menores o el procedimiento arbitral ante la Asociación de Arbitrajes de Estados Unidos (AAA), recurriendo, entonces, a un procedimiento de solución mixto.

Respecto al derecho aplicable, se consigna que “Estas Condiciones se rigen por la Ley Federal de Arbitraje” distinguiendo si se trata de un arbitraje comercial o de consumo.

La AAA aplicará las Reglas de Arbitraje Comercial a cualquier Disputa en conformidad con estas Condiciones, a menos que use los Servicios para uso personal y doméstico de manera individual. En tal caso, la AAA implementará las Reglas de Arbitraje de Consumo (con excepción de cualquier regla o procedimiento que regule o permita las demandas colectivas) ...³⁰

Salvo pacto en contrario, el arbitraje se llevará a cabo o la demanda colectiva menor se presentará en el condado de la residencia principal del usuario o en el de Santa Clara, California.

En cualquier momento antes o durante el proceso de arbitraje, Oath puede elaborar un ofrecimiento de conciliación cuya cantidad y condiciones no se revelarán al juez mediador a menos y hasta que emita una indemnización sobre el reclamo. Si no acepta el ofrecimiento y el juez mediador le concede una indemnización por una cantidad de dinero mayor que la oferta y menor que \$5,000; Oath establece aceptar: (a) pagar \$5,000 en lugar de la cantidad menor de indemnización, (b) pagar las cuotas y los gastos razonables del abogado y (c) devolver cualquier cuota de administración por el proceso de arbitraje y los gastos y cuotas del juez mediador que surgieron durante el arbitraje de la Disputa. Si el juez mediador lo indemniza con una cantidad mayor que \$5,000, no impugnaran la sentencia, pagando la cantidad de la indemnización.

Con respecto a los gastos del arbitraje, las condiciones prevén que Oath reintegrará cualquier gasto administrativo que cobre la AAA por

³⁰ A continuación, en la página se facilitan los links de consulta de la normativa aplicable. Así: “...Puede consultar los procedimientos (incluyendo el proceso para comenzar un arbitraje), las reglas y la información de cuotas en el sitio web de AAA disponible en inglés (www.adr.org). Estas Condiciones rigen en el caso de que surjan discrepancias con las Reglas de Arbitraje Comercial o de Consumo de la AAA”.

el arbitraje de la Disputa disponiendo: “Si usted nos proporciona un aviso firmado donde indica que no puede pagar este gasto administrativo, pagaremos la cuota directamente a la AAA. Si el arbitraje procede, también pagaremos cualquier gasto administrativo o de arbitraje posterior”.

Además, se establece la divisibilidad del acuerdo, por cuanto, si un tribunal con jurisdicción competente indica que cualquier parte de este contrato no es válida, el tribunal volverá a formular el acuerdo en la medida de lo necesario para remediar la o las secciones inaplicables, de modo que las partes tendrán que arbitrar su Disputa sin consultar ni remitirse a dichas secciones.

Opción de Tribunal de Instancia para Asuntos Menores: como alternativa al arbitraje, se puede llevar a cabo una demanda individual ante un tribunal de instancia para asuntos menores en su condado de origen (o si representa a una empresa, puede acudir al condado donde se encuentra la sede de su negocio), o bien ante el condado de Santa Clara, California siempre que su Disputa cumpla con los requisitos del tribunal de instancia para asuntos menores.

Las reglas no permiten demandas o arbitrajes colectivos, incluso si las reglas de procedimiento de la AAA lo aceptaren. Se prevé: “... El proceso de arbitraje o de juicio en virtud de estas condiciones no se puede llevar a juicio, mantener o resolver en nombre de o por un grupo colectivo, como un procurador general privado, o en cualquier otro título de representación. Además, los procedimientos individuales no se pueden combinar sin el consentimiento de todas las partes. Cualquier pregunta sobre el cumplimiento o la interpretación de este párrafo se decidirá mediante un tribunal, no con un juez mediador”.

De igual modo, se renuncia a acudir a Juicios por Jurados: “...Ambas partes renuncian incondicionalmente a cualquier derecho de tener un juicio con jurado para todos los tipos de reclamos, procedimientos o contrademandas de cualquier manera a partir de o en relación con estas condiciones. En caso de que se lleve a cabo un litigio, este párrafo se aportará como prueba para mostrar el consentimiento por escrito para tener un juicio ante un tribunal”.

Se puede resumir que las Condiciones del Servicio de Oath previeron un sistema mixto de solución de conflictos, consistente en la posibilidad de arribar a un acuerdo en cualquier momento de la disputa (autocomposición) y previendo el arbitraje comercial internacional ante la AAA o el arbitraje de Consumo y, para el caso que no pueda re-

currirse a arbitraje, prevé la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Nueva York, en Nueva York o en el Tribunal de Distrito de los EE. UU.

“En dichos casos, usted y Oath aceptan someterse a la jurisdicción personal de los tribunales ubicados dentro del condado de Nueva York, en Nueva York o el Distrito Sur de Nueva York, y aceptan renunciar a cualquier objeción sobre el ejercicio de la jurisdicción sobre las partes por dichos tribunales y emplazarse en dichos tribunales”.

Hemos ya señalado que las condiciones del servicio en la Argentina no han cuidado aspectos básicos de protección de los usuarios del servicio en comparación a las previsiones que sí adoptaron otros Estados, no solo en cuanto al uso comercial de la plataforma, sino también en la contratación de consumo.

Nótese que, con independencia de las previsiones especiales respecto a los tribunales de asuntos menores y arbitrajes de consumo, la Argentina no admite prórroga de Jurisdicción en las relaciones con consumidores, por cuanto tales disposiciones no serían válidas y no podrá recurrirse al arbitraje descripto.

5.4. Microsoft³¹

El acceso en el sitio web a los términos y condiciones no contiene cláusulas especiales para Latinoamérica, lo que llevaría al usuario local a someterse a las condiciones internacionales.

Para el uso de los servicios de marca Skype gratuitos y de pago para el consumidor todas las referencias a “Microsoft” en estos Términos significan Skype Communications SRL, 23 - 29 Rives de Clausen, L-2165 Luxemburgo. En tanto que, para todos los demás Servicios, se está contratando con Microsoft Corporation, One Microsoft Way, Redmond, WA 98052, EE. UU.

Nuevamente se advierte que las empresas poseen domicilios físicos en el extranjero, por cuanto se establece una relación contractual internacional de uso o de consumo.

³¹ Para residentes de EE. UU. <https://www.microsoft.com/en-us/legal/arbitration>. Para residentes de Unión Europea <https://www.microsoft.com/en-us/legal/arbitration/EU-ODR.aspx>

Establece una noción amplia de las cuestiones entendidas por disputa al expresar que se encuentra cubierto todo excepto IP. El término “disputa” es tan amplio como puede ser. Incluye cualquier reclamo o controversia entre las partes con respecto a los servicios, el *software* relacionado con los servicios, el precio de los servicios o del *software*, su cuenta de Microsoft, publicidad, *marketing*, comunicaciones, su transacción de compra, facturación o estos Términos, bajo cualquier teoría legal que incluye contrato, garantía, agravio, estatuto o regulación, excepto disputas relacionadas con el cumplimiento o la validez de sus derechos de propiedad intelectual, los de sus licenciantes, nuestros o de nuestros licenciantes.

En lo que respecta a la ley aplicable y la jurisdicción competente, prevé: *Elección de la ley y lugar para resolver disputas. Si vive en (o, si es un negocio, su lugar principal de negocios se encuentra en) los Estados Unidos, las leyes del estado donde vive (o, si es un negocio, donde se encuentra su lugar principal de negocios) rigen todos los reclamos, independientemente de los principios de conflicto de leyes, excepto que la Ley Federal de Arbitraje rige todas las disposiciones relacionadas con el arbitraje. Usted y nosotros aceptamos irrevocablemente la jurisdicción exclusiva y la jurisdicción de los tribunales estatales o federales en el Condado de King, Washington, para todas las disputas que surjan de estos Términos o los Servicios o que se relacionen con ellos (excepto el arbitraje y el tribunal de reclamos menores)*, estableciendo, además limitaciones a las garantías y responsabilidades por parte de la empresa.

Se establece el arbitraje obligatorio y la imposibilidad de entablar demandas colectivas. Prevé: *Si usted vive en (o, si es un negocio, su lugar principal de negocios está en) los Estados Unidos. Esperamos no tener nunca una disputa, pero si lo hacemos, usted y nosotros acordamos intentarlo durante 60 días para resolverlo de manera informal. Si no podemos, usted y nosotros aceptamos un arbitraje individual vinculante ante la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”) de conformidad con la Ley Federal de Arbitraje (“FAA”), y no presentar una demanda en el tribunal frente a un juez o jurado. En cambio, un árbitro neutral decidirá y la decisión del árbitro será final, excepto por un derecho limitado de revisión bajo la FAA. No se permiten demandas colectivas, arbitrajes de toda la clase, acciones de abogados generales privados y cualquier otro procedimiento en el que alguien actúe como representante. Tampoco se combinan procedimientos individuales sin el consentimiento de todas las partes. “Nosotros”, “nuestro” y “nosotros” incluye Microsoft, Skype*

(consulte la sección 10) y las filiales de Microsoft y, si utiliza Skype Pay by Mobile, su proveedor de telefonía móvil.

Ante el conflicto, establece que, si los representantes de servicio al cliente, no pueden resolverlo, se debe enviar un *Aviso de Disputa* por correo de EE. UU. a Microsoft Corporation, ATTN: CELA Arbitration, One Microsoft Way, Redmond, WA 98052-6399, EE. UU. (o a su teléfono móvil operador de telefonía en su lugar principal de negocios en los Estados Unidos marcado ATTN: Departamento Legal); indicando nombre, dirección, forma de contacto, y descripción del problema y qué tipo de solución se pretende.³²

Si la disputa no se resuelve después de 60 días, se podrá iniciar un arbitraje.

Se prevé la opción de recurrir ante el tribunal de reclamos menores del condado de residencia del usuario (o, si es un negocio, su lugar principal de negocios) o en el condado de King, Washington, EE. UU., si cumple con los requisitos del tribunal.

Respecto al procedimiento de arbitraje, establece que la AAA llevará a cabo cualquier arbitraje bajo sus Reglas de Arbitraje Comercial.

Si los servicios son utilizados para uso personal o doméstico, o si el valor de la disputa es de \$75,000 o menos se aplicarán sus Reglas de arbitraje para el consumidor. En una disputa que involucre \$25,000 o menos, cualquier audiencia será telefónica a menos que el árbitro encuentre una buena causa para celebrar una audiencia en persona. Cualquier audiencia en persona se llevará a cabo en su condado de residencia o, si es un negocio, su lugar principal de negocios o en King County, Washington, si su disputa es con Microsoft.

El árbitro puede otorgar los mismos daños individualmente que podría un tribunal. El árbitro puede otorgar una medida cautelar o declaratoria.

Según las Reglas de AAA, el árbitro decide sobre su propia jurisdicción, incluida la posibilidad de someter a arbitraje cualquier reclamo, receptando el principio conocido como competencia de la competencia que ya analizamos.

³² El formulario se encuentra disponible en <https://go.microsoft.com/fwlink/?LinkId=245499>.

Seguidamente prevé que si la disputa es inferior a determinado monto el usuario será reembolsado de inmediato de los honorarios y gastos del usuario los gastos de la AAA y del árbitro.

Si rechaza la oferta de conciliación por escrito, la disputa va hasta la decisión de un árbitro (llamada “laudo”) y si el árbitro le otorga más que esta última oferta por escrito Microsoft podrá: i) pagar el premio mayor o \$1,000; ii) pagar los honorarios razonables de su abogado, si corresponde y iii) reembolsará los gastos (incluidos los honorarios y costos de testigos expertos) que su abogado acumule razonablemente por investigar, preparar y presentar su reclamo en el arbitraje.

En disputas que involucran más de \$ 75,000, las reglas de AAA regirán el pago de las tarifas de presentación y los honorarios y gastos de AAA y del árbitro.

Consigna que cualquier reclamo ante el tribunal o arbitraje de reclamos menores deberá presentarse dentro de un (1) año a partir de la fecha en que podría presentarse por primera vez. De lo contrario, está permanentemente bloqueado. Nótese que esta disposición podría contradecir normas de prescripción que no resultan disponibles en el derecho argentino.

5.5. WhastApp³³

Esta plataforma también contiene términos y condiciones generales de uso que, a pesar de su aceptación por los usuarios que accedan a ella, pueden no resultar aplicable en algunas situaciones que involucren a menores de edad y cuestiones relativas a la prórroga de jurisdicción en caso de su uso particular o familiar que implica la contratación con consumidores reguladas por normas tuitivas que no resulta disponibles por las partes.

Para el empleo de la plataforma, se fija que la edad mínima para contratar el servicio en los 13 años o la edad mínima requerida en el lugar de residencia del usuario; además de tener la edad mínima requerida para usar los Servicios en virtud de la ley aplicable, de no ser así, establece que *para poder aceptar nuestras Condiciones en tu país, tu padre, madre o tutor deben aceptar nuestras Condiciones en tu nombre.*

³³ <https://www.whatsapp.com/legal/?lg=es&lc=US&eea=0>

En lo que respecta al sistema de resolución de conflictos, para usuarios residentes en la República Argentina prevé un acuerdo de prórroga de jurisdicción del Distrito Norte de California y su legislación como aplicable.

Concretamente el término establece: *Foro y jurisdicción. Si eres un usuario de WhatsApp ubicado en los Estados Unidos o Canadá, la sección “Disposición de arbitraje especial para los usuarios de los Estados Unidos o Canadá” se aplica en tu caso. Por favor también lee dicha sección atentamente y en su totalidad. Si no estás sujeto a la sección “Disposición de arbitraje especial para los usuarios de los Estados Unidos o Canadá”, aceptas que resolverás cualquier Reclamo que tengas con nosotros relacionado, derivado o conectado de algún modo con nuestras Condiciones, nosotros o nuestros Servicios (denominados, de forma individual, “Conflicto” y, en conjunto, “Conflictos”) exclusivamente en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California o un tribunal estatal ubicado en el condado de San Mateo en California, y aceptas someterte a la jurisdicción personal de dichos tribunales con el propósito de litigar dichos Conflictos.*

Legislación vigente. Las leyes del estado de California rigen nuestras Condiciones, así como cualquier Conflicto, ya sea en un tribunal o arbitraje, que pudiera surgir entre tú y WhatsApp, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes.

5.6. Instagram³⁴

Por su parte, los Términos y Condiciones de Uso del Servicio de Instagram, bajo el título “Cómo resolveremos las disputas”, distingue las relaciones de consumo, de los demás casos:

Si eres consumidor, las leyes del país donde resides se aplicarán a cualquier reclamación, causa o conflicto (“reclamación”) que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones, o en relación con ellas. Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En todos los demás casos, aceptas que la reclamación se debe

³⁴ <https://help.instagram.com/581066165581870>

resolver de forma exclusiva en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California o en un tribunal estatal ubicado en el Condado de San Mateo. Asimismo, aceptas someterte a la jurisdicción personal de cualquiera de estos tribunales con el propósito de litigar cualquier reclamación, y aceptas que estas Condiciones, así como cualquier reclamación, se rigen por las leyes del estado de California (independientemente de las disposiciones relativas a conflictos de derecho).

5.7. Tije Travel³⁵

Las disposiciones establecidas en estos Términos y Condiciones estarán regidas en todos sus puntos y serán interpretadas por las leyes vigentes en la República Argentina.

En lo que respecta a la jurisdicción competente, se fija que en caso de surgir cualquier desacuerdo, controversia o conflicto respecto a la interpretación o cumplimiento de los presentes Términos y Condiciones, dicha circunstancia será sometida a la resolución del Tribunal Arbitral de la Asociación Argentina de Agencias de Viajes y Turismo y/o de los Tribunales Arbitrales que funcionen en sus Regionales. En caso de sometimiento de dicha jurisdicción, los contratantes se sujetan y dan por aceptadas todas las condiciones establecidas por la Reglamentación del Tribunal Arbitral. En forma supletoria, y frente a cualquier contingencia que importase la imposibilidad de someterse a dichos tribunales, las partes se someterán a la jurisdicción de la Justicia Nacional en lo Civil con sede en la Capital Federal, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción al que pudieran tener derecho en virtud de sus domicilios presentes o futuros.

³⁵ <https://www.tije.travel/condicionesgenerales/>

Conclusión

El carácter dinámico de las relaciones internacionales y regionales da nacimiento a figuras novedosas que parecerían, en un principio, estar ajenas a toda normativa, principio, regulación posible, que tienta a los estudiosos a alegar inmediatamente su naturaleza *sui generis* y, en consecuencia, intentar encontrar en ellas características nuevas, distintas, originales, que justifiquen tal encuadre y la elaboración de normativas específicas anacionales.

En el caso de internet hemos visto que parte de la doctrina alega además su carácter “ajurisdiccional” que lo desprendería por completo de los sistemas jurídicos nacionales y consecuentemente, en lo aquí desarrollado, el procedimiento de solución de conflictos acordado por su intermedio y desarrollado íntegramente en su ámbito gozaría de una cierta “deslocalización” que conduciría a la plena autonomía y autosuficiencia reguladora.

Sin embargo, del análisis de las cuestiones propuestas en esta oportunidad, hemos podido ratificar nuestras hipótesis iniciales así:

Hemos constatado la necesidad de la armonización legislativa en materia de contratación electrónica para facilitar, permitir la concertación de acuerdos internacionales *online*, imprescindible en los negocios internacionales y en las áreas integradas.

Resulta apropiada la elaboración de instrumentos específicos en la materia que contemplen las particularidades propias de estos nuevos medios de solución de controversias. No obstante, hasta tanto la ansiada normativización se produzca, los criterios tradicionales adoptados por el Derecho Internacional Privado, en principio, proporcionan vías de solución idóneas en materia de solución electrónica de conflictos.

En relación con la jurisdicción internacional en materia de contratos electrónicos, la prórroga a favor de tribunales arbitrales resulta una alternativa viable y eficaz, para posibilitar la solución de conflictos derivados de las relaciones internacionales digitales y del comercio electrónico.

Hemos visto también en el presente trabajo, que entre los mecanismos alternativos de solución de disputas por vía digital se encuentran algunas iniciativas, proyectos y proveedores de servicios que procuran adaptar a la nueva realidad de la NET la resolución de los posibles conflictos que se den en las relaciones electrónicas.

Los probados beneficios que el arbitraje brinda como método de resolución de las controversias por excelencia en la esfera internacional, pueden extenderse a los operadores del comercio electrónico que en él confíen.

No debe pensarse que los ODR atienden solo las desavenencias nacidas entre los colosos de los mercados internacionales, ya que pueden resultar un procedimiento eficaz para la resolución de disputas entre empresas pequeñas, medianas y también para los consumidores, ofreciendo a los usuarios en asuntos de pequeña cuantía un procedimiento basado en el intercambio de *emails*, de comunicaciones electrónicas a través de sus páginas *webs*. Ello facilita, posibilita, la solución de conflictos entre partes que de otra forma no tendrían acceso a la justicia o no llevarían sus diferendos a resolución judicial dada la escasa cuantía del asunto en consideración a los gastos, el tiempo y demás inconvenientes que el proceso ordinario implicaría.

Teniendo en cuenta la iniciativa de UNCITRAL, los legisladores deberán contemplar la necesidad de la modificación, o reemplazo de las reglas existentes en la materia, emprendiendo las reformas en sus leyes de arbitraje o de derecho internacional privado, que se adecuen a la realidad del entorno cibernético.

Sin embargo, no observamos entre los principios del arbitraje *online*, electrónico o cibernético, ninguno que no pueda ser predicado, observado en el arbitraje tradicional. Así la buena fe, la autonomía y conservación del acuerdo arbitral electrónico, la competencia de la competencia, la igualdad de las partes y la protección de la parte considerada más débil por el ordenamiento jurídico; son principios, presupuestos reconocidos, receptados y regulados por distintas normas de los ordenamientos jurídicos estatales de fuente interna como convencional.

En alusión a ello, el marco normativo del arbitraje virtual deberá prestar particular interés en garantizar a los usuarios la validez al acuerdo arbitral celebrado electrónicamente y ordenar el proceso digital, cibernético con respeto a la observancia del debido proceso legal, garantizando el acceso de las partes al expediente, su derecho de defensa, la seguridad en las notificaciones, la no interceptación de las comunicaciones digitales que se cursen, como así también la confidencialidad de las cuestiones que se debatan, y del laudo electrónico cuando así sea requerido.

Como es lógico suponer, y se desprende del desarrollo efectuado, resulta imperiosa la emisión de un laudo electrónico en condiciones

tales de ser reconocido y ejecutado en los Estados, en caso de ser ello necesario. De lo contrario, en el supuesto que el laudo solo tenga efectos cuando las partes lo acatan y cumplen voluntariamente estaríamos frente a una norma moral, no jurídica ya que habríamos desprovisto al laudo de un requisito esencial para ser considerado una norma jurídica particular, cual la posibilidad de su ejecución forzosa.

Con respecto a los medios de autocomposición electrónica analizados, la mediación en línea, además de mejorar algunos de los beneficios de la mediación tradicional, permite al mediador a adaptar el proceso a las necesidades particulares de las partes. El proceso permite una mayor flexibilidad, más soluciones creativas y decisiones más rápidas. En particular, los beneficios de los cyber-mediación incluyen el ahorro de costes, la comodidad y, en opinión de algunos autores, el tema de poder evitar el planteo y resolución de los complicados asuntos jurisdiccionales.

A pesar de las ventajas mencionadas, también se suelen remarcar varias desventajas en comparación con la mediación tradicional. La práctica de la mediación no puede ser reproducida fácilmente en el entorno en línea, porque el ciberespacio no es una imagen espejo del mundo físico. La comunicación electrónica no puede sustituir a la capacidad de fomentar en el proceso las conversaciones cara-a-cara, que es uno de los valores más importantes de la mediación.³⁶

Hay un acuerdo casi universal de que la mediación es más eficaz si las partes están físicamente presentes ante el mediador.

Como afirma Eisen, “la gran paradoja de la mediación en línea es que se impone una distancia electrónica a las partes, mientras que la mediación es generalmente una forma oral de solución de controversias diseñada para involucrar a los participantes en el contacto interpersonal directa. La mediación se basa normalmente en una discusión informal cara a cara de los problemas entre los participantes. La creación de una atmósfera en la que las partes puedan confiar en el mediador para ayudar a alcanzar una resolución de su disputa se considera vital, si no indispensable, por la mayoría de los mediadores”. Ayudar

³⁶ Eisen, Joel B. ¿Estamos listos para la Mediación en el ciberespacio? 1998. *BYU L. Review*. 1305, 1308, 1310 (1998). <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1998/iss4/1> [Última consulta: 9/2018]

a escuchar y comprender las preocupaciones del otro, empatizar con los demás, expresar sentimientos y emociones se considera una parte importante de la mediación. Las expresiones orales de sentimientos en una confrontación cara a cara tienen un contexto más rico y más significativo que las expresiones escritas de sentimientos en un intercambio de correo electrónico. De este modo, resulta más difícil evaluar la flexibilidad de una parte determinada, o la confianza, o la fuerza de los sentimientos de una parte en cuestiones particulares.

También la negociación puede ser más eficaz cuando las partes son capaces de comunicarse entre sí libremente. Se estima que, para muchos participantes, la mediación es sobre la “purga” de los sentimientos y emociones que no podría expresar en un ambiente más formal como una sala de audiencias. La oportunidad de contar la propia versión del caso directamente a la parte contraria y expresar las emociones que acompañan puede ser catártico para los participantes en la mediación.

Sin embargo, también la distancia puede facilitar el desprenderse de análisis meramente emocionales y centrarse en las ventajas o desventajas de la propuesta recibida.

En la defensa de los procedimientos de cyber-mediación frente a los ataques de ser “impersonal”, se argumenta que el problema con el contacto cara a cara es que no tiene en cuenta el hecho de que el anonimato es muy valorado en internet. Si tiene que haber contacto cara a cara para cada solución de controversias, el ODR tiene más probabilidades de fracasar porque el anonimato es parte de la cultura de internet. La ventaja del ODR es que se puede preservar el anonimato y resolver la controversia, al mismo tiempo.

Cabe señalar que algunas de las desventajas resaltadas son específicas para un método determinado. Por ejemplo, el procedimiento de cyber-mediación totalmente automatizado solo puede manejar las disputas cuando el importe de la liquidación es el único problema sin resolver. De hecho, para que un cyberprocedimiento totalmente automatizado de mediación funcione correctamente, las partes tendrían que haber llevado a cabo las conversaciones iniciales, de acuerdo con la información básica en torno al conflicto y haber determinado que una de las partes es responsable de daños y perjuicios. Entonces, las partes se han puesto de acuerdo para limitar las discusiones a la cuestión concreta de una cantidad adecuada de compensación monetaria. El procedimiento se limita a la etapa final de negociaciones para determinar una cifra de indemnización.

Algunos autores han argumentado que la falta de presencia personal en la ciber-mediación puede hacer más difícil para el mediador mantener un control efectivo sobre las partes negociadoras.

El soporte en línea, por lo menos el entorno de correo electrónico, le hace difícil al mediador administrar o moderar el tono de las interacciones. El mediador, por lo menos al principio, es una voz desencarnada y no puede utilizar su propia personalidad para poner las partes a gusto y crear un entorno para la solución del problema. Del mismo modo, ausente la presencia física de las partes enfrentadas, el mediador tiene dificultades para utilizar las señales intuitivas de lenguaje corporal, la expresión facial y la tonalidad verbal que forman parte de procesos de mediación cara a cara.

Se ha esgrimido como una desventaja de operar en la web, cuestiones relativas a su acceso y falta de conocimiento suficiente por parte de los actores.

El acceso continuo a internet durante todo el tiempo que se tarda en resolver el conflicto (que puede variar de horas, días, semanas) puede plantear problemas para aquellos con acceso limitado y perjudicar a quienes están menos familiarizados con los equipos y su uso o aquellos que son incapaces de realizar comunicaciones detalladas por escrito.

Sin embargo, parecería que no es un problema importante la falta de acceso, en particular los de los conflictos generados por la propia actividad de internet. Cada vez son más los sitios que ofrecen acceso a la red desde centros especializados, institutos o colegios profesionales, mesas de entradas de edificios públicos, etc., hasta bares con servicio “wi fi”, por lo que podemos decir que hoy se accede a internet desde cualquier lugar muchas veces en forma gratuita.

La mayoría de las personas que participan en actividades en línea, sea desde su hogar, oficina o por tener un buen acceso a la web, poseen conocimientos suficientes para operar en ella. Si han tenido conocimientos lo suficientemente para ejercer el comercio en línea –siendo que, por lo general se requiere una cuenta de correo electrónico y algunas habilidades en el manejo de internet, pagos con tarjetas de crédito o transferencias bancarias, etc.–, poseen conocimientos lo suficientemente sofisticados para comunicarse con eficacia en el mismo medio durante el procedimiento de solución –ODR– elegido.

Por otra parte, como analizamos en los capítulos iniciales, la evaluación de los costos resulta un factor importante en la solución de un conflicto. Se ha destacado la reducción de los costos como una

importante ventaja del proceso ODR; no obstante, cuando las controversias en línea refieren a pequeñas sumas de dinero, a pesar de que la ciber-mediación puede ser una de las alternativas menos costosas, las tasas relativamente modestas que requieren pueden quedar fuera del alcance de muchos individuos involucrados en disputas de *e-commerce*.³⁷

De la breve recorrida efectuada y sobre la base de su éxito comercial hasta el momento, parece que, la mediación con mecanismos cibernéticos totalmente automatizado, están demostrando ser un foro conveniente para un número importante de litigantes. La Cyber-mediación, que utiliza *software* sofisticado –con mediación tradicional y las tecnologías en línea–, por el contrario, parece hasta el momento haber tenido un éxito más limitado.

Del análisis de los distintos sistemas de solución de conflictos en línea, sean de autocomposición como de heterocomposición, podemos advertir que sus características no resultan antagónicas con las desarrolladas en forma física, en cuanto, uno como otro, deben resguardar los mismos valores y regirse por similares principios; en tanto las particularidades que pueda presentar el empleo de un medio electrónico (respecto a los requisitos formales de escritura, originalidad, etc.), puede fácilmente sortearse mediante la correcta interpretación y aplicación de la teoría de la equivalencia funcional.

Los términos y condiciones de los sitios electrónicos de ventas y las plataformas electrónicas de diversas empresas contienen condiciones de elección de jurisdicción estatal o arbitral, muchas veces a favor de autoridades extranjeras, aún en situaciones de contratos de consumo y con menores de edad, las cuales resultan nulas para el derecho argentino que impide a los consumidores efectuar prórroga de jurisdicción,

³⁷ SettlementOnline, por ejemplo, exige el pago de U\$S 300 para cada arreglo alcanzado (tasa de U\$S 150 por cada reclamación resuelta, con una adicional U\$S 150). SettlementOnline, Solución Propuesta del Programa Piloto de Línea, en <http://settlementonline.com/Proposal.html>
Las tarifas de los servicios de CyberSettle generalmente se toman de la cantidad de la solución, a pesar de que las empresas de seguros están obligadas a pagar un adicional de 150 dólares en la presentación y las tasas de participación. Cybersettle precios Fiscal en http://www.cybersettle.com/products/atty_pricing.asp (cónsul. 27/11/2002).

como así también las obligaciones contractuales con menores de 13 a 18 años sin consentimiento de quienes ejerzan la responsabilidad parental.

Hemos también advertido que los términos y condiciones vigentes para otros países poseen cláusulas más protectorias de sus residentes al establecer, por ejemplo, domicilio comercial de la empresa en el territorio donde realiza la actividad y reside el usuario.

Más allá de las observaciones efectuadas, el lector debe entender que, siendo plenamente capaz de asumir derechos y obligaciones mediante cualquier forma de acuerdo, al aceptar mediante un sencillo clic en el término ACEPTAR (muchas veces sin considerar, o al menos leer, los términos y condiciones a los que adscribe), está consintiendo, prorrogando, acordando dirimir cualquier controversia suscitada en el ámbito de la plataforma utilizada, a la jurisdicción allí establecida –estatal o arbitral– implicando, en muchos de los casos analizados, una jurisdicción extranjera; que posiblemente, implique también, el posterior trámite de reconocimiento y ejecución de sentencia y laudo extranjero.

Es claro que la tecnología avanza y los beneficios que brinda su utilización no se detiene al previo análisis de los aspectos jurídicos que regularían su empleo.

Los juristas tienen la obligación, no solo de advertir los inconvenientes que plantea la nueva modalidad empleada, sino también a intentar esclarecer el panorama y brindar algunas sugerencias de interpretación o aplicación que contribuyan, en cierta medida, a la actualización jurídica.

Esperamos haber podido poner, en este punto, nuestro pequeño grano de arena.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Alterini, Atilio A., “El derecho privado y las nuevas tecnologías. El instrumento informático. Un enorme desafío. Modernidad sin revoluciones y prudencia sin temores”, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n° 41, Argentina, 2000.
- Axelrod, Robert, *La evolución de la cooperación: el dilema del prisionero y la teoría de juegos*. Madrid, Alianza, 1996.
- Barceló, Rosa J., *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Basabe, Nélica, “Resolución de conflictos en internet”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2001-B, 904, 2001.
- Biocca, Stela M, Sara L. F. de Cardenas y Victoria Basz, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 3° ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 2003.
- Bilbao, Jesús M, “Introducción a la Teoría de los Juegos no cooperativos”, *Matemática Aplicada II*, Universidad de Sevilla, <http://hercules.us.es/~mbilbao/pdffiles/intrjueg.pdf>; <http://www.esi2.us.es/~mbilbao/pdffiles/intrjueg.pdf>
- Brenna, Ramón G., “Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley”, *Informática y Derecho (Aportes de Doctrina Internacional)*. Volumen 7, Comercio electrónico; y en <http://ecomder.com.ar>
- Brizzio, Claudia R., *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- Burnstein, Matthew, “A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment”, en Boele-Woelki, Katharina y Kessedjian,

- Catherine (eds.), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- Cafferata, Fernando J., "Utilización de la red de Internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", en *Revista Jurídica*, La Ley 2001-B, 1281, 2001.
- Calvo Caravaca, Alfonso L. y Javier Carrascosa González, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Madrid, Ed. Colex, 2001.
- Carrillo Gómez, Nathalie "Resolución Pacífica de Conflictos - Experiencia de Formación", <http://webdelprofesor.ula.ve/arquitectura/rojomaria/P/Nathalie%20Carrillo.pdf>
- Colángelo, María N., y Carlos E. Álvarez, "El contrato electrónico en Argentina", en *Revista Doctrina Judicial* 2000-3-445.
- Dahrendorf, Ralf., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Madrid, Rialp, 1962.
- Dascal, Marcelo, "Epistemología, controversias y pragmática". Israel, Universidad de Tel Aviv. *ISEGORIA/12*, 1995.
- Deutsch, Morton, *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven: Yale University Press, 1973.
- Domínguez Bilbao, Roberto y Silvia García Dauder, "Introducción a la Teoría del Conflicto en las Organizaciones". *WORKING PAPERS 2002/48*, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, 2003, https://www.academia.edu/8139509/Introducci%C3%B3n_a_la_Teor%C3%ADa_del_Conflicto_en_las_Organizaciones
- Domínguez Bilbao Roberto y Silvia García Dauder, "Conflicto constructivo e integración en la obra de Mary Parker Follet", Universidad Autónoma de Barcelona. *Rev. Athenea Digital* - núm. 7, primavera 2005.
- Dreyzin de Klor, Adriana, "Derecho Aplicable al Comercio Electrónico", en Calvo Caravaca, A., y Oviedo Albán, L., (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado*, Tomo II, Bogotá, Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.
- Durkheim, E. *Las reglas del método sociológico*. Buenos Aires, Dedalo, 1964.
- Eisen, Joel B. "¿Estamos listos para la Mediación en el ciberespacio?" 1998. *BYU L. Review*.1305, 1308, 1310 (1998), <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1998/iss4/1>

- Entelman, Remo, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona, Gedisa, 2002.
- , “Derecho y Conflicto”. Material de estudio de la carrera de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas de la Facultad de Derecho, UBA. En: <http://www.justierradelfuego.gov.ar/Mediacion/Documentos/Libro%20Teor%C3%ADa%20del%20Conflicto%20de%20Remo%20Entelman.htm>.
- Farinella, Favio, “Comercio electrónico en internet”, *Revista Doctrina Judicial*, 1998-2-873.
- , “Internet. Nombres de dominios, jurisdicción y ley aplicable”, *Revista Doctrina Judicial* 1999-3-654.
- Feldstein de Cárdenas, Sara: “Internet. Un Golem de la Postmodernidad?”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. elDial. Editorial Albremática. 2006.
- , “La Jurisdicción internacional en el comercio electrónico”, *Anuario Departamentos de Derecho Privado*, Separata de la Revista del Notariado, Edición del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001.
- , *El Arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1998.
- , *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- Feldstein de Cárdenas, Sara; Mónica Sofía Rodríguez, Flavia Medina y Luciana Scotti, “Contratos electrónicos internacionales: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado argentino” Primera parte. *Síntesis Forense*, n° 119, Colegio de Abogados de San Isidro. Setiembre/octubre 2006. – Segunda Parte en *Síntesis Forense*, n° 120, Colegio de Abogados de San Isidro. Diciembre 2006/Enero 2007.
- , “Contratación Electrónica Internacional: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado”. elDial.com - CC15F6
- Feldstein de Cárdenas, Sara; Luciana B. Scotti, Mónica S. Rodríguez y Flavia Medina “La Contratación Internacional Electrónica: Perspectivas desde el Derecho Internacional Privado argentino” en Feldstein de Cárdenas, Sara (Dir.) *Contratación Electrónica Internacional*, 2008, pp. 67/77 <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-contratacion-electronica-internacional-una-mirada-desde-el-derecho-internacional-privado.pdf>.

- Feldstein, Sara; Flavia Medina; Mónica Rodríguez y Luciana Scotti: *Contratación Electrónica Internacional*. Año 2008, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/435/index.htm>
- Feldstein de Cárdenas, Sara; Luciana Scotti; Mónica S. Rodríguez; Flavia Medina “Una mirada a la Contratación Internacional Electrónica desde el Derecho Internacional Privado”. *Libro de Ponencias*, XI Jornadas Rioplatenses de Derecho, 20 al 22 de octubre 2005. Colegio de Abogados de San Isidro.
- Fernández Ruiz Jorge, “El Premio Nobel de Economía y la Teoría de los Juegos: un encuentro más”, *Rev. Análisis Económico*, vol. XXI, núm. 48, tercer cuatrimestre, (Universidad Autónoma Metropolitana Unidad, Azcapotzalco, México, 2006, <http://www.redalyc.org/pdf/413/41304805.pdf>).
- Fisher, Roger, Ury William con Bruce Patton, *Sí de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Norma, 1985.
- Fuertes-Planas Aleix, Cistina “El Conflicto Social”, n° V, 2008, <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/handle/123456789/1540>
- Gago, Fernando, “Contratos en internet. Legislación Nacional. Aspecto Intrínseco, Capacidad, Objeto y Consentimiento”, *Revista Jurídica*, La Ley. 2000-A, 902.
- , “Contrato en internet. Ley aplicable - Autonomía de la Voluntad”, *Revista Jurídica* La Ley 2000-C, 1053.
- Garro, Alejandro y Pilar Perales Viscasillas, “Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)”, *RCE*, n° 44 2003 39 562004, diciembre 2003.
- Gautrais, Vincent, Guy Lefebvre y Karim Benyekhief, “Droit du commerce électronique et normes applicables: l’émérgence de la lex mercatoria”. *Revue des Affaires Internationales* (RDAI), 1997.
- Geller, Paul E., “Conflict of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World”, en Hugenholtz, Bernt P. (ed.) *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Proceeding of the Royal Academy of Sciences and the Institute for Information Law, Kluwer Law International, La Haya, 1996.
- Giddens, Antony, *Sociología*. Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- Gilbert Ceballos, Jorge, *Introducción a la Sociología*. Santiago, Chile, LOM Editores, 1997.

- Guisado Moreno, Ángela. “El comercio electrónico y su disciplina; ¿un nuevo derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Rev. Derecho de los negocios* 13:145:28 a 47, Madrid, 2002.
- Goldenberg, Pablo y Álvaro Marí Hernández, “La Contratación en internet”, en *Revista El Derecho* 170-1093.
- Gómez Porchini, José M., “Control, desviación y conflicto sociales”, 11 de junio 2012, *VALE LA PENA* gomezporchini.blogspot.com.
- Graham, James: “La deslocalización del arbitraje virtual”. *Revista de Derecho Informático*. Alfa-Redi, noviembre 2001.
- Harold, Thomas; Teoría del Conflicto, hacia un nuevo paradigma, *Academia*, https://www.academia.edu/10398623/TEORIA_DE_CONFLICTO_HACIA_UN_NUEVO_PARADIGMA.
- Himes, Joseph. S. *Conflict and Conflict Management*, Athens, University of Georgia Press, 1980.
- Illescas Ortiz, Rafael, “Comunicación comercio y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas”, *RCE*, núm. 40, julio/agosto 2003.
- Jandt, Fred E. *Ganar, Ganar Negociando, Cómo convertir el conflicto en acuerdo*. 2° reimpresión, México, Compañía Editorial Continental, 1987.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 4° Edición, 9° reimpresión. Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- Ledesma Narváez, Marianella, *El Procedimiento Conciliatorio, un enfoque teórico – normativo*. Lima, Gaceta Jurídica 2000.
- Martínez Nadal, Apolonia, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Madrid, Ed. Civitas, 2000.
- Marzorati, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- Mathiason John R. y Cristian Kuhlman, “International Public Regulation of the Internet: Who Will Give You Your Domain Name?” Minneapolis, 21 de marzo de 1998 <http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/130/dftmail/Mathiason/htm>
- Maturana Miquel, Cristian, “Conflicto y sus formas de solución”, *El Derecho Procesal Orgánico – Parte General*. Chile, 2012, https://kupdf.net/download/derecho-procesal-organico-2012-cristian-maturana2_599d010cdcod60a20b53a1f8_pdf

- Medina, Francisco. J., Pedro J. Luque, y Serafín Cruces, “Gestión del conflicto”, en L. Munduate y F. J. Medina (Coords.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid, Ediciones Pirámide, 2013.
- Mendia Irantzu y Marta Areizaga, “Prevención de conflictos”, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, Edit. Icaria y Hegoa, 2005-2006, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/176>.
- Mendia Irantzu y Marta Areizaga, “Sistema de alerta temprana de conflictos”, *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, Edit. Icaria y Hegoa, 2000, <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/209>.
- Monsalve, Sergio, “John Nash y la teoría de los juegos”. *Revista Lecturas Matemáticas*, Vol. 24, 2003.
- Moore, Christopher W., *Negociación y mediación*, Ed. Centro de Investigación por la Paz Gernika, Gernika Gogoratzuz, País Vasco, 1994.
- Moore, Christopher W., *El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Ediciones Granica, 1995.
- Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *Contratos electrónicos*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- Muñiz Arguelles, Luis, “La contratación electrónica y las normas generales de contratación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 71, n° 3, San Juan, 2002.
- Novel Martí, Gloria, *Mediación Organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*, Madrid, Reus, 2010.
- Núñez, Javier, “Internet (Su impacto en la Contratación Moderna)”, en *Jurisprudencia Argentina 1999-II*, Buenos Aires.
- Oyarzábal, Mario J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, *Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 13/11/2002, JA 2002-IV, fascículo n° 7.
- , “La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional”, *Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, *El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003.
- Palazzi, Pablo y Julián, Julián Peña, “Comercio Electrónico y Mercosur”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 17, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998.

- Paris Albert, Sonia. *La transformación de los conflictos desde la filosofía de la paz. Tesis doctoral*. Castellón de la Plana: Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, 2005. www.tdx.cat, enero 2013.
- , *Filosofía de los Conflictos. Una teoría para su transformación pacífica*, Barcelona, Ed. Icaria-Antrazyt- Paz y Conflictos, 2009.
- Parra Triana Francy. J., Una mirada antropológica sobre el conflicto, la desigualdad y los procesos de reinserción social en Colombia, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2016.
- Perlo, Claudia. L., “Aportes del Interaccionismo Simbólico a las Teorías de la Organización”, *Invenio*, vol. 9, núm. 16, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, junio, 2006, pp. 89-107, Rosario, Argentina, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4292948.pdf>
- Perez Luño, Antonio Enrique, *Ensayos de información jurídica*. México, Distribuciones Fontamara, 1996.
- Piaggi, Ana I. “La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce”, *Revista Doctrina Societaria (Buenos Aires)* n° 144, 1999.
- Ribón Seisdedos, Eugenio, “Marco jurídico español del comercio electrónico”. Bilbao, 22 de septiembre. 2005.
- Rizo García, Marta, “Alfred Schütz y la Teoría de la Comunicación. Reflexiones desde la Comunicología Posible”, <http://inkorruptibles.over-blog.com/2017/07/alfred-schutz-y-la-teoria-de-la-comunicacion.reflexiones-desde-la-comunicologia-posible-ii-marta-rizo-garcia.html>.
- , “La Intersubjetividad como Eje Conceptual para pensar la Relación entre Comunicación, Subjetividad y Ciudad”, *Razón y Palabra*, N° 47, octubre-noviembre 2005, <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n47/mrizo.html>.
- Rizo Garcia, Marta, “Sociología fenomenológica y comunicología: Sociología Fenomenológica y sus aportes a la comunicación interpersonal y mediática”, *Revista Fronteiras – Estudos midiáticos*, 25-32, janeiro/abril 2009, Vol. 11 n° 1, p. 29.
- Robbins, Stephen. P., *Comportamiento Organizacional, Conceptos, Controversias y Aplicaciones*, 6ª edición, México, Prentice Hall, 1994.
- Rodríguez, Mónica S. y Oliva Alicia: “Jurisdicción internacional en materia contractual” – *Colección de Análisis Jurisprudencial*

- *Derecho Internacional Privado y de la Integración - Serie de libros universitarios*. Buenos Aires, La Ley, abril 2004.
- Rodríguez, Mónica Sofía, “La comunicación entre tribunales en la multiplicidad de procedimientos de insolvencia”. *Diario jurídico El Dial. Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Editorial Albremática. 2006.
- , “Arbitraje en Internet”- Primera Parte. *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración n° 49*. www.eldial.com. Editorial Albremática, noviembre de 2009.
- , *Algunas reflexiones en materia de jurisdicción internacional y resolución de conflictos en la contratación electrónica*, 2011, dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/2419.
- , “La utilización de los avances tecnológicos y la solución de conflictos: una mirada desde la justicia estatal y privada”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año VII, Número 11, 2013. file:///C:/Users/monica/Downloads/97-165-1-SM%20(4).pdf.
- , “Jurisdicción Internacional” en Calvo Costa, C. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez y de Comercio*. Buenos Aires, La Ley, 2015.
- , “Jurisdicción Internacional” en Bueres A. (dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, T. 6, Cap. 2. Buenos Aires, Hammurabi, 2017.
- Salerno, Marcelo U., “Los contratos en el Mercado Virtual”, el *Revista Jurídica*, La Ley 1999-E.
- Sarra, Andrea V., *Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- Schulze, Corinna y Jeffrey Baumgartner, *Don't panic!, Do electronic commerce*. Unión Europea. Comisión Europea de Comercio Electrónico. 2000. book_proofed.PDF (dariocopellino.com)
- Sirelli, Pierre, “L'adéquation entre le village virtuel et la création normative, Remise en cause du rôle de l'État”, en Boele-Woelki, Katharina y Kessedjian, Catherine (eds), *Internet, Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* Kluwer Law Internacional. La Haya, 2000.
- Thomas, Kenneth W. “Conflict and negotiation processes in organizations”, en M.D. Dunnette y L.M. Houg, *Handbook of*

Industrial and Organizational Psychology, vol. 3, 2ª ed., Palo Alto, CA, Consulting Psychologist Press, 1992.

Tilman, Vincent y Montero, Etienne, “La nueva directiva europea sobre comercio electrónico”, *Revista Jurídica*, La Ley 2002-C, 1093.

Tinajeros Arce, Érika Patricia, “**La Protección del Consumidor Electrónico en los Países del Mercosur**”, *Revista de Direito do Consumidor*, N° 54, abril-junio de 2005.

Documentos

Diccionario de la Lengua Española en <http://dle.rae.es>

“Guía de la Mediación: Preguntas frecuentes”, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/guide/>

“Guía Electrónica para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio”.

“Proyecto de Recomendaciones: Mesa Redonda de Ginebra sobre cuestiones de Derecho internacional privado planteadas por el comercio electrónico e internet”, Universidad de Ginebra y La Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado, septiembre de 1999.

“Uniform Computer Information Transactions Act” (UCITA), National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), julio de 1999.

“Willaqniki n° 1 - Informe sobre diferencias, controversias y conflictos sociales”, Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad. Presidencia del Consejo de Ministros. Perú: diciembre 2012. <http://www2.pcm.gob.pe>.

“Willaqniki4 - Construyendo el Sistema Nacional de Prevención de Conflictos Sociales: Enfoques, avances y desafío”, Informe de Diferencias Controversias y Conflictos Sociales Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad, Presidencia del Consejo de Ministros. Perú. Marzo 2013. <http://pcm.gob.pe/construyendo-el-sistema-nacional-de-prevencion-de-conflictos-sociales-enfoques-avances-y-desafio>

Legislación

- Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, (Ley n° 25.223).
- Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, (Ley n° 25.223).
- Código Civil argentino (derogado).
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
- Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 26 de agosto de 1988 (Ley n° 23.619).
- Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, de La Haya, 30 de junio de 2005.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior.
- Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual, Mercosur (Ley n° 24.669).
- Reglamento (CE) 1215/2012.
- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1940 (Ley n° 7.771).
- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Ley n° 3192).

Jurisprudencia

- Suprema Corte de los Estados Unidos “International Shoe vs. Estado de Washington, 326 US 310 (1945)” <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/326/310>
- CNCom., sala E, “Unión del Sur Calzados S.A. c. Salvarregui, Nicolás J. Roberto y otro, s. ordinario”, 28/11/08
- CNCom., sala C, “Zachara, Ivone E. y otro c/Banco Itaú Buen Ayre S. A.” del 09-02-07

Sitios Web

<https://www.adr.org>

http://www.cybersettle.com/products/atty_pricing.asp

<https://comercial.despegar.com/ar/termsandconditions>

<https://help.squaretrade.com/support/s/article/How-do-I-file-a-claim-FAQ>. 2019

<https://help.instagram.com/581066165581870>

https://www.mercadolibre.com.ar/ayuda/terminos-y-condiciones-de-uso_991

<https://www.microsoft.com/en-us/legal/arbitration>

<https://www.microsoft.com/en-us/legal/arbitration/EU-ODR.aspx>

<https://go.microsoft.com/fwlink/?LinkId=245499>

<https://policies.oath.com/us/es/oath/terms/otos/index.html#14.2>

<http://settlementonline.com/Proposal.html>

<https://www.tije.travel/condicionesgenerales>

<http://www.webmediate.com/intro.html>.

<https://www.whatsapp.com/legal/?lg=es&lc=US&eea=0>

Sobre las autoras

Autora y directora del equipo de investigación

Rodríguez Mónica Sofía.

Doctora UBA en Derecho Internacional; Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas; Postgrado en Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo, Postgrado en Concursos y Quiebra. Profesora titular de Derecho Internacional Privado y Comunitario, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; Profesora Adjunta regular de la Facultad de Derecho, UBA, en las asignaturas Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Codirectora y Docente de la Maestría en Derecho Internacional Privado, UBA. Profesora de Doctorado en Derecho en UBA, UCES y Universidad de Lomas de Zamora, Docente del Posgrado en Negocios, UCES. Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Dr. Ambrosio L. Gioja. Subdirectora del Instituto de D.I.Pr. del Colegio de Abogados de San Isidro. Coordinadora del Suplemento de D.I.Pr. de elDial.com.

Autora de numerosas publicaciones entre las que se encuentran *El salvataje de empresas en el Mercosur: Una quimera o una realidad*, Tomo I y II, Editorial: Editorial Académica Española Sitio web: Editorial Académica Española. 2011; “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, en *Tratado de los Tratados Internacionales Comentados. Tomo II. Tratados y Documentos con Jerarquía Constitucional*. La Ley, 2011, *Ley Aplicable al Contrato Internacional: La imperiosa necesidad de lograr su armonización legislativa en el Mercosur*. Editorial Académica Española, 2012; “Los Tratados de Derecho Internacional Privado en el Digesto”, en *Digesto Jurídico Argentino Comentado, Tomo IV*. La Ley. 2014

“Capítulo 1. Disposiciones Generales - Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado”; “Capítulo 2. Jurisdicción Internacional - Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado” y “Capítulo 3. Parte Especial - Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Concordado, Comentado y Comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio. Tomo III. La Ley. Año 2015*; “Restitución Internacional de Menores – Comentario al fallo ‘G. A., D. I. c/ M., J. s/restitución internacional de menores’- en *Restitución Internacional de niños y niñas a la luz del Derecho Internacional Privado*. Albremática. 2019; entre otros.

Colaboradoras miembros del equipo de investigación

Catanzariti, Norma Gabriela

Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Maestranda en Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires, desempeña la actividad docente como jefe de trabajos prácticos en DIPR. en la Facultad de Derecho –UBA-. Becaria del Programa de Investigación en Maestría (PIM), Programación 2017-2019. Ha realizado numerosos cursos de especialización destacándose, en materia de investigación: el seminario interdisciplinario “Elemento de Metodología Científica” (2000) y “¿Cómo investigar en Derecho Internacional Privado? Herramientas para la investigación en el área del Derecho Internacional Privado” (2019), Publicación sobre “Forum non conveniens” en el “Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración” de El Dial.com, Edición Octubre 2019. En la actividad profesional se desempeña como Oficial Subprefecto – Escalafón Profesional- en el Servicio Penitenciario Bonaerense.

Contacto: normacatanzariti@derecho.uba.ar

Sierra, Luisa Fernanda

Abogada egresada en el año 2015 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. Maestranda en Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. En el año 2016 efectuó una pasa en la Oficina regional permanente para américa latina de la conferencia de la Haya de derecho internacional privado. Sede Buenos Aires, Argentina.

Contacto: luisafersa@hotmail.com

Abog: Veiga Moreira, María José

Egresada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Uruguay) como Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, maestranda en la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y se desempeña como auxiliar docente en Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UBA. Conformar el equipo interdisciplinario de Fundación Justicia y Derecho, He realizado consultorías y estudios para distintas organizaciones internacionales y entidades académicas: UNICEF Argentina, O'Neill Institute for Global and National health Law de la Universidad de Georgetown, y para la Oficina Regional de OIM para América del Sur.

Contacto: mariaveiga@derecho.uba.ar

Secretaría de Investigación
Departamento de Publicaciones

