

EN BUSCA DE LA *LEX RETIALIS*

Noemí L. Olivera

Resumen: La cuestión del derecho como problema en la Sociedad de la Información involucra al sistema jurídico en sí mismo, por lo que es el problema más importante que hemos confrontado desde la instauración del paradigma jurídico de la Modernidad. El trabajo analiza algunas de las propuestas formuladas y explora posibilidades conducentes a determinar qué ley y cuáles principios son válidos para regir las relaciones jurídicas comprendidas en la Sociedad de la Información.

1. INTRODUCCIÓN

La Sociedad de la Información se extiende, incluyendo progresivamente vastos segmentos sociales y ampliando el espectro de su funcionalidad a acciones y actividades hasta ayer inesperadas, que están llamadas a tener significativas consecuencias jurídicas. En el plano jurídico y en el marco de un paradigma dominado por la equiparación directa entre ley y derecho, no parecen, en tanto, haberse producido progresos semejantes.

La problemática jurídica derivada de la generalización del uso de las TICs puede ser considerada desde diversas perspectivas y utilizando distintas estrategias. Hasta el presente ha predominado la visión de quienes se sitúan en el campo de lo que se conoce como ‘Derecho Informático’¹, probable nueva rama del derecho sobre cuyo contenido no hay acuerdo ni siquiera entre los que le reconocen tal carácter y denominación². Ciertamente es que su carácter de rama viene siendo negado por especialistas igualmente distinguidos³. Unos y otros focalizan la cuestión en las demandas que el uso de las TICs propone a los derechos nacionales y, a partir de allí, desarrollan respuestas instrumentales. Las más de las veces estas respuestas transitan el camino de ofrecer sucedáneos digitales del soporte papel para, de ese modo, tener por cumplidas las exigencias formales de la legislación vigente en casos en los que se utilizan medios electrónicos. Ejemplo paradigmático de esta posición es lo desarrollado en torno al principio de ‘equivalencia funcional’⁴.

Así es como se ha producido, si no un frenesí legisferante, al menos una demanda consistente y sostenida en tal sentido, y el subsecuente reclamo por el retardo del legislador en dar respuesta⁵. Hasta el presente la reacción del mundo jurídico ante la problemática planteada ha estado dirigida a la introducción de nuevos institutos en el sistema vigente (ejemplos en Argentina: firma digital⁶ y factura electrónica⁷). Pocos esfuerzos se han destinado a analizar cómo los institutos o instrumentos que están siendo creados en virtud de la Sociedad de la Información interfieren en el sistema jurídico actual⁸.

Cabe aún otra aproximación al problema, cual es la de plantearse si no será necesario considerar que un nuevo paradigma social demanda al derecho nuevas respuestas, no nuevas formulaciones de viejas recetas. Y en este sentido van las próximas páginas.

2. LO JURÍDICO EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La amplitud del espectro jurídico involucrado, cuando de una pertenencia dinámica a la Sociedad de la Información se trata, es inmensa. Es más, entre las posibilidades que brinda la Internet se cuenta la inexistencia de límites territoriales para la comunicación, pero también la muy probable ignorancia de la localización física de su interlocutor de parte quienes interactúan en una dada situación. Este dato deviene significativo cuando tal interacción está llamada a tener consecuencias jurídicas dado que, hasta el presente y de no mediar pacto en contrario, de él se derivan la ley aplicable y la jurisdicción competente. Entonces, un desprevenido internauta puede resultar inmerso en una cuestión destinada a ser resuelta en los términos de una tradición jurídica que le es ajena y con la que no pretendió involucrarse.

2.1. LAS PROBLEMÁTICAS INVOLUCRADAS

Debido a la internacionalidad connatural de la red, entonces, los problemas jurídicos de/en la Sociedad de la Información involucran, a un tiempo, diferentes tradiciones legales (las del mundo occidental, Derecho Civil y Common Law, pero también, crecientemente, las de los derechos chino y japonés) y diversas ramas del derecho (Derecho Privado –forma y prueba de los actos jurídicos, contratos, propiedad intelectual-; Derecho Público –regulación de las comunicaciones, cibercrimen- e, incluso, Derechos Humanos -protección de datos, privacidad, libertad de expresión-).

Sin embargo, dicho sea con plena conciencia del riesgo de invocar una prueba negativa, una revisión de los documentos relativos a la Sociedad de la Información revela que, al presente, lo jurídico no parece haber sido considerado suficientemente relevante como para ser objeto de una política específica y sistémica. Por el contrario, mientras en el mundo desarrollado y las grandes corporaciones la problemática se aborda en términos de propiedad intelectual (para ellos el problema es cómo gestionar y apropiarse de los beneficios de su propio desarrollo tecnológico), en el resto del mundo la cuestión parece estar limitada a ofrecer un marco regulatorio de las comunicaciones que satisfaga los intereses involucrados (con predominio, no pocas veces, de los de las empresas prestadoras [Lipskier-Olivera]). En algunos países, entre ellos los latinoamericanos, se han producido avances en relación a algunas de las herramientas jurídicas que requiere el comercio electrónico (tal la firma electrónica o digital). En Argentina, en tanto, no sólo no se encuentra vigente la ley de firma digital seis largos años y nueve normas después de su sanción, sino que tampoco se ha legislado en materia de comercio electrónico⁹. En muchos países, mostrando que el afán recaudador alienta la utilización de los mayores desarrollos en materia de gobierno electrónico, las administraciones tributarias han implementado instrumentos que aprovechan la posibilidad de conexión on line entre el ente recaudador y algunos contribuyentes (como la factura electrónica)¹⁰.

2.2. EL SISTEMA JURÍDICO

“Un ordenamiento jurídico no es una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, sino que debe expresar una coherencia intrínseca; es decir debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios [Zagrebelsky]. Sin embargo, ante el avance de la Sociedad de la Información se ha ido incorporando en cada sistema jurídico un progresivo entramado de parches compuesto por nuevos institutos o sucedáneos electrónicos de otros originariamente previstos para su formalización en soporte papel. Todo ello realizado, las más de las veces, sin una previa ponderación de su

impacto en el juego de las demás normas con las que esas novedades están llamadas a interactuar¹¹.

El sistema jurídico está compuesto por muchos institutos (I) que interactúan entre sí, sea de un modo cooperativo (virtuoso) o colisionando e interfiriendo (comportamiento no cooperativo). Esto sucede generalmente cuando nuevos I, adaptados a la Sociedad de la Información son introducidos en marcos jurídicos decimonónicos para ‘emparchar’ algunas situaciones. Entonces, nuevos I y viejos I interactúan como predador-depredado [Adamic–Huberman], llevando al sistema jurídico a un comportamiento caótico (en el sentido de la dinámica no-linear)¹² o, en palabras de Zagrebelsky, “a una ‘guerra civil’, paso previo a la anarquía en la vida social”.

2.3. EL MARCO JURÍDICO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En suma, el legislador parece considerar al marco jurídico de la Sociedad de la Información como un sistema autónomo con relación al sistema jurídico general. Si así fuera, los negocios jurídicos en cuya concreción se utilizan TICs no resultarían alcanzados por las exigencias formales impuestas a los realizados en soporte papel, toda vez que, en no pocas legislaciones nacionales, la argentina entre ellas, no se ha previsto cómo dar cumplimiento digital a tales exigencias. Sabemos que no es así. También sabemos que quienes incumplen exigencias legales, por desactualizadas que estén, quedan desprotegidos. Tales exigencias formales no se limitan al documento y la firma electrónica y digital, que cuentan con un régimen sancionado que algún día alcanzará plena operatividad; alcanzan a las copias cuya conservación exigen los Códigos. Este tópico carece en absoluto de regulación para el caso de documentos originalmente electrónicos. Sin embargo, la progresiva digitalización de la información determina un igualmente progresivo crecimiento de la masa de esos documentos y requiere, para la fiabilidad y acceso de los datos a corto y a largo plazo, la adaptación de los requisitos de archivo de los sistemas. Se ha desarrollado, así, lo que se denomina ‘archivo seguro de la información’ –Archiving-, temática que ha alcanzado notable desarrollo en otros ámbitos¹³, pero que resulta esquiva a los juristas.

3. LA TENDENCIA DE LAS PROPUESTAS

Tal como se señalara, los problemas jurídicos de/en la Sociedad de la Información involucran, a un tiempo, Derecho Privado –forma y prueba de los actos jurídicos, contratos, propiedad intelectual-; Derecho Público –regulación de las comunicaciones, cibercrimen- e, incluso, Derechos Humanos -protección de datos, privacidad, libertad de expresión-. Cabe aquí entonces, revisar las propuestas que vienen siendo ofrecidas como soluciones para esos problemas y realizar un somero análisis crítico de su eficacia.

3.1. DERECHO PRIVADO

Para evitar los problemas hasta aquí planteados, en el campo del derecho privado se puede prever contractualmente el marco normativo al que se someterá la futura relación jurídica. Esta solución preventiva, está en línea con los postulados de quienes analizan la globalización desde los países centrales [Galgano, 2005] y es alentada desde la Cumbre Mundial para la Sociedad de la Información, que insta a la autorregulación¹⁴. Es cierto que la magnitud “de la divergencia entre las prácticas de los negocios y las normas imperativas hace emerger un imparable proceso de privatización de la producción del derecho”

[Grossi]. Pero también lo es que ella no está al alcance de quienes, no estando en posición de predisponer una situación jurídica en su beneficio, tampoco se asumen como uno de los nuevos sujetos colectivos [Wolkmer].

Entonces, mientras los miembros de la *societas divitum* reemplazan la ley por el contrato y la justicia por el arbitraje, los de la *societas pauperum* quedan sometidos a la ley y al álea jurisdiccional [Galvano, 2005] por su actividad en la red. Y, si en algún punto los miembros de esta *societas pauperum* llegaran a constituirse en sujeto colectivo, no podrían aspirar a darse una legalidad alternativa [Wolkmer], en razón de la necesaria interacción con los demás actores del sistema complejo Sociedad de la Información. No se trata aquí de la brecha digital, ya que no pocos de los actores de la sociedad civil comprendidos en esta particular especie de *societas pauperum* no sólo tienen acceso a las TICs, sino que también saben cómo utilizarlas. Se trata, lisa y llanamente de la diferencia de poder entre unos y otros actores. ¿Se imaginan negociando con Google Inc. las cláusulas de un contrato de prestación de servicios de búsqueda en línea? No vayamos tan lejos, ¿cómo negociar con DiarioJudicial.com, Errepar On Line (EOL), elDial.com?

3.2. DERECHO PÚBLICO

La evolución de la Internet muestra, en tanto, un escenario más parecido a la metáfora de la feudalización del ciberespacio que a la de la Conquista del Oeste, garantía de libertad y oportunidad [Yen]. Lo cierto es que, mientras hay un gobierno real de la Internet, que es la ICANN (ente que asigna los nombres de dominio, única vía de acceso a la red), la Cumbre Mundial para la Sociedad de la Información considera que la gobernanza es el instrumento más apto para afrontar esta realidad¹⁵. Podría pensarse, entonces que, dado que la distribución jerárquica de ciberfeudos realizada a partir de una computadora de una jerarquía superior, lleva al establecimiento de relaciones comparables a los pactos entre señores, vasallos y siervos [Yen], se ha acudido, para atender a la problemática de la juridicidad en este tiempo-espacio a categorías medievales que explican cómo, ante un poder político incompleto, una sociedad autónoma se expresa libremente. Entonces, el derecho emanación de la sociedad civil en su globalidad, deviene realidad radical [Grossi]. Sin embargo, ello es poco probable.

Al parecer comprometida con una concepción de la democracia “como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos” [Bobbio] y confiando en la “capacidad que tienen las sociedades humanas de proveerse de sistemas de representación, instituciones, procesos y cuerpos sociales, para administrarse ellas mismas en un movimiento voluntario” [Calame y Talmant], la CMSI afirmó que “la gestión internacional de Internet debería ser multilateral, transparente y democrática, y hacerse con la plena participación de los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y las organizaciones internacionales”¹⁶. No se ha explicado cómo se alcanzará tan ambicioso objetivo partiendo del notorio desequilibrio entre los actores reconocidos. Estos postulados exudan una vocación igualitarista y democratizante, pero esconden el hecho de que, además del estado y el mercado, sólo participarán las elites y algunos miembros de la clase media con suficiente capital cultural y económico [de Ortúzar-Olivera]. El único documento final del último Foro para la Gobernanza de la Internet (IGF), el Chairman’s Summary¹⁷, exhibe por su parte, entre muchas apelaciones a la autorregulación, una demanda consistente de regulación estatal, en particular, de marcos regulatorios para las comunicaciones en un contexto de apertura de mercado.

3.3. DERECHOS HUMANOS

Los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión en Internet han sido tradicionalmente objeto de una defensa militante. De hecho, en el mundo son numerosas las entidades que se ocupan de esos fines¹⁸. Se impone consignar, no obstante, que la defensa de tales derechos es formulada, las más de las veces desde posiciones más cercanas al liberalismo conservador o libertarismo que a las del liberalismo igualitario [Nino]. Entonces, el fantasma del Gran Hermano (aludiendo, espero, al supremo controlador de la vida y la intimidad anticipado por George Orwell en “1984” más que al engendro televisivo de nuestros días) aparece al proclamar la celosa custodia de la privacidad, que se asume en riesgo si desde los poderes públicos se ordena a las empresas conservar los datos transmitidos (para lo cual deberían realizar inversiones) [Lipskier-Olivera]. Al mismo tiempo, después del 11 de septiembre de 2001 se han producido notables avances en la limitación de esas libertades a escala mundial, toleradas casi displicentemente por la comunidad internacional, empezando por las contenidas en la conocida ‘PATRIOT Act’¹⁹ y la red ECHELON²⁰.

4. LA FUENTE DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos de/en la Sociedad de la Información involucran, debido a la internacionalidad connatural de la red, como se ha indicado, diferentes tradiciones legales y diversas ramas del derecho. Hasta se podría plantear que la Sociedad de la Información está llamada a producir, en el ámbito jurídico, un impacto en la idea misma de internacionalidad.

Mientras en el campo del Derecho Privado existen dos alternativas no dependientes de legislaciones nacionales para resolver conflictos que trascienden las fronteras, la Lex Mercatoria y los Principios de Unidroit [Galgano, 2005], cuando entramos en el terreno de las potestades soberanas –los marcos regulatorios, por ejemplo-, a poco andar nos encontraremos con normas indisponibles, que se constituirán en vallas insalvables, independientemente del poder relativo de los actores intervinientes.

4.1. LAS FUENTES DEL DERECHO

Formados en el paradigma decimonónico, se nos hace casi natural pensar que la única fuente del derecho es la ley. Nos enseñaron que ser un buen jurista consiste en ocuparse de las normas. Casi olvidamos que en el derecho, además de reglas, hay principios y que sólo ellos desempeñan un papel ‘constitutivo’ del orden jurídico [Zagrebelsky]. Tal vez por esta razón, el hombre de la calle desconfía de un “derecho que es algo diferente a la justicia, algo que se identifica con la ley (quizá se pueda precisar que es diferente a la justicia precisamente porque se identifica con la ley)” [Grossi]. En este marco, “los ciudadanos sólo pueden esperar que los productores de las leyes –que son, además, los titulares del poder político- se adecuen a [la justicia], pero de todos modos también deben prestar obediencia a la ley injusta” [Grossi].

Pero, con “el malestar de la teoría”, en el tercer cuarto del siglo XX se fue rearticulando lo jurídico con lo ético, lo económico, lo social. Hoy sabemos que sólo desde una teoría jurídica multi y transdisciplinaria puede intentarse dar respuesta a la complejidad de la sociedad globalizada. Entre muchas otras, se impone buscar respuestas a estas preguntas ¿Un solo derecho o pluralidad de derechos? ¿Derecho como conjunto de normas o como práctica social discursiva? [Cárcova].

Entonces, debemos asumir que otras experiencias históricas han vivido la dimensión jurídica de otra manera y volver la mirada al mundo medieval. En la civilización medieval el derecho reposa en los estratos de la sociedad; no es la voz del poder, no sufre empobrecimientos ni particularismos. Sociedad y derecho tienden a fundirse: la dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de la realidad social. El derecho, realidad radical, tiene su propia onticidad. Es dentro de la naturaleza de las cosas donde se lo puede y debe descubrir y leer, es decir, el derecho se concibe como interpretación [Grossi]. No se alude aquí a la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador, sino a la comprensión de los principios a los que se presta adhesión, por lo que es importante entender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión [Zagrebelsky].

Frente a una realidad cuya eminente transnacionalidad la hace incompatible con los dogmas de la estatalidad y la reducción del derecho a la ley –norma abstracta y general emanada de autoridad competente-, debemos abandonar la presuntuosidad nacida del mito de la modernidad que nos ha hecho creer que cabe a los operadores jurídicos -legisladores y juristas- crear el derecho y abocarnos, sin más, a descubrir los principios jurídicos que son válidos para la Sociedad de la Información.

4.2. UN ORDEN JURÍDICO NO NACIONAL: LA *LEX MERCATORIA*

Aún cuando la amplitud del espectro jurídico involucrado en las problemáticas derivables de la utilización de la Internet u otros sistemas de comunicación disponibles excluye a priori la posibilidad de que los mecanismos desarrollados en esos ámbitos iusprivatistas sean utilizados para superar conflictos en el marco de la Sociedad de la Información, resulta conducente a los fines del presente, hacer, siguiendo a Galgano [2001], una muy somera revisión de las condiciones que en el Medioevo dieron lugar a la conformación del *ius mercatorum* hasta la vigencia de la *lex mercatoria* en nuestros días²¹.

4.2.1 EL *IUS MERCATORUM*

El *ius mercatorum* nace como un derecho creado por la clase mercantil, sin intervención de la sociedad política; como derecho impuesto no en nombre de la comunidad, sino en el de una clase. Su relación con los demás derechos es de concurrencia; así, su presupuesto de aplicación se genera por el solo hecho de haber entrado en contacto con un mercante. Entonces, los otros derechos, sean universales o particulares, deben ceder.

En épocas anteriores a la Revolución Francesa, las formas jurídicas adherían a la economía. En la época del capitalismo comercial, la economía se plasmaba en el derecho a través de la *lex mercatoria*. El sujeto activo del sistema económico era el comerciante, y sobre su figura se había erigido el sistema jurídico. Existía también una continuidad territorial, pues hasta que se hubo afirmado la estatalidad del derecho, los vínculos económicos se regían por un derecho universal. La *lex mercatoria* no encontraba límites políticos, realizaba la unidad del derecho en la unidad de mercados.

Una consecuencia de la estatización del derecho, producida en el contexto de la Revolución Francesa, fue la fractura entre el derecho y la economía. La afirmación en los Estados Nacionales ayuda a este proceso de separación. Ningún Estado reconoce más derecho que el dictado por él mismo; las costumbres comerciales descienden al último nivel en la jerarquía de las fuentes y se abre una contradicción creciente entre el comercio, que se da en ámbitos cada vez más internacionales, y el derecho, que se contrae y fragmenta en cada una de las unidades estatales. La *lex mercatoria* se estataliza, se

convierte en los Códigos de Comercio, con los cuales cada Estado impone su propia visión del derecho regulador de los cambios.

4.2.2. LA LEX MERCATORIA

La ineptitud de la ley para receptor la innovación jurídica deriva de dos caracteres de la economía contemporánea: su globalización (en contraposición con el carácter nacional de los sistemas legislativos), y su continua transformación, que reclama la existencia de instrumentos flexibles, que permitan que el derecho se adecue a los cambios de la realidad (función que no puede ser cumplida por las leyes, caracterizadas por su rigidez).

En la sociedad industrial, la producción era nacional y los mercados internacionales. En la era post-industrial toda la organización productiva es internacional, y por ello se requiere de un nuevo sistema que regule estas situaciones. Es así como surge un nuevo derecho, de carácter global, al que se da el nombre de *lex mercatoria*, expresión que alude al renacimiento de un derecho universal, como lo fuera el de los mercantes medievales. Éste había sido *lex mercatoria* o *ius mercatorum*, no sólo porque regulaba las relaciones mercantiles, sino porque era un derecho creado por los mercantes.

Es así como hoy, por *lex mercatoria* se entiende un derecho creado por los empresarios, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, formado para disciplinar en modo uniforme las relaciones comerciales que se crean dentro de la unidad económica de los mercados. Esta nueva *lex mercatoria* se enmarca en una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados; su función es la de superar la discontinuidad jurídica provocada por ellos.

La sociedad post-industrial se anuncia entonces, como una sociedad sin fronteras, en la cual los mercados son mundiales y los sujetos del mercado escapan al control de los Estados. Es, sin embargo, una sociedad en la cual el derecho tiende a superar los particularismos jurídicos, aspirando a convertirse en derecho universal. Y esta aspiración se realiza ya no con la formación del derecho desde la política, como fuera en el pasado, sino con la *lex mercatoria*, que alberga en sí las antiguas y modernas tendencias cosmopolitas de la humanidad, diseñando la imagen de un futuro posible, aunque no considerado por todos como un futuro deseable.

5. LA POLÍTICA JURÍDICA PARA LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Al tiempo de abordar la cuestión del derecho como problema en la Sociedad de la Información se debe tener en cuenta que esta cuestión involucra al sistema jurídico en sí mismo. Luego, es el problema más importante que hemos confrontado en el campo de las políticas jurídicas desde la instauración del paradigma jurídico de la Modernidad.

5.1. LEY Y DERECHO EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En nuestros días el derecho de la Modernidad enfrenta sus límites. Una tremenda crisis afecta el dogma del derecho estatal y, con él a la ley como única fuente admitida. Pero esta crisis no necesariamente debe afectar al derecho en sí mismo, que tiene diversas fuentes.

El verdadero problema es si la ley sobrevivirá. ¿Está destinada la ley (norma general) a ser reemplazada por el contrato (ley entre las partes)? El contrato es un ejemplo paradigmático de la autorregulación que viene siendo tan defendida. Sin embargo, es necesario tener presente que la autorregulación, llamada auto-organización en el lenguaje de la dinámica no lineal, sólo es satisfactoria para las interacciones entre iguales. Ahora bien, el debate

entre regulación estatal y gobernanza es un caso del debate más general entre ley y contrato, se le aplican las mismas reglas y se pueden esperar iguales resultados.

Por otra parte, Internet, en tanto red global, no debería estar sometida a la regulación nacional de cada estado conectado y menos a la regulación nacional de un dado estado. Hoy, mientras la CMSI está comprometida con la gobernanza, la ICANN dispone libremente en el marco de sus competencias, atribuidas por el gobierno de Estados Unidos, en ejercicio de facultades soberanas derivadas del paradigma de la Modernidad. Sin embargo, como bien afirma Galgano [2008], citando a Sabino Cassese, “los Estados ya no son soberanos *uti singuli*; podrán serlo solamente *uti socii*, es decir como miembros de organizaciones internacionales capaces de gobernar los mercados globales”. La globalización, sabemos, no se agota en los mercados, alcanza a la Internet y, con ella, a la Sociedad de la Información.

5.2. HACIA LA *LEX RETIALIS*

Sea en el marco de legalidad estatal del paradigma moderno o en ejercicio de la nueva soberanía que visualiza Galgano, aún queda por resolver qué ley y cuáles principios son válidos para regir las relaciones jurídicas comprendidas en la Sociedad de la Información.

Si se adoptara un ordenamiento particularizado, la Sociedad de la Información toda correría el riesgo de convertirse en uno de los ghettos de la posmodernidad que propone Dahrendorf [Carcova]. Por otra parte, y como ya se expresara, los actores dinámicos de la Sociedad de la Información no podrían aspirar a darse una legalidad alternativa [Wolkmer], en razón de su necesaria interacción con los demás miembros del sistema social, a un lado y otro de la Brecha Digital.

Entonces, la alternativa sería utilizar un criterio de concurrencia al estilo del adoptado en tiempos del *ius mercatorum*. Así, dado su presupuesto de aplicación, los otros derechos, fueran universales o particulares, deberían ceder. La cuestión referida al presupuesto de aplicación, claro está, es una situación a decidir, pero no podrá estar muy lejos de la mediación de las TICs en la realización de un acto con consecuencias jurídicas. A este nuevo derecho, que por tratarse de la ‘Ley de la Red’, es de carácter global, lo hemos denominado *lex retialis*. Con esta expresión, al estilo de la nueva *lex mercatoria*, se alude al nacimiento de un derecho universal, como lo fuera el de los mercantes medievales.

Los principios y las reglas de la *lex retialis*, claro está, están siendo definidos en el proceso de construcción de la Sociedad de la Información que estamos transitando. Sin duda deberán ser tan dúctiles como las tecnologías que determinan los caracteres de la nueva sociedad.

6. CONCLUSIONES

Son muchos los elementos que, al tiempo de analizar la Sociedad de la Información, permiten evocar el escenario medieval. No es sólo la metáfora de la feudalización del ciberespacio y la distribución jerárquica de ciberfeudos [Yen]. También lo es la existencia de un poder político incompleto [Grossi], que induce a incorporar estamentos del mercado y la sociedad al ámbito donde se deciden políticas y programas.

Hoy sabemos que sólo desde una teoría jurídica multi y transdisciplinaria puede intentarse dar respuesta a la complejidad de la sociedad globalizada. Entre muchas otras, se impone buscar respuestas a estas preguntas ¿Un solo derecho o pluralidad de derechos? ¿Derecho como conjunto de normas o como práctica social discursiva? [Cárcova].

Entonces, si el *ius mercatorum* nacido como derecho creado por la clase mercantil medieval, sin intervención de la sociedad política, realizaba la unidad del derecho en la unidad de mercados al aplicarse en una continuidad territorial [Galgano, 2001], la Sociedad de la Información invita a pensar en el desarrollo de un derecho propio, que de respuestas a las demandas de este tiempo/espacio.

Si “una Sociedad de la Información integradora”²² es un objetivo real y se acepta que la autorregulación sólo resulta satisfactoria entre iguales, entonces la Sociedad de la Información demanda alguna clase de regulación general que garantice los derechos de todos sus actores actuales y prospectivos, esto es, los que se encuentran a ambos lados de la Brecha Digital. Claro está que esta nueva juridicidad, llamada a ordenar situaciones que no reconocen fronteras y son, no pocas veces, más inesperadas que novedosas, debe superar el estatalismo y el legalismo, pilares del derecho de la Modernidad.

Se impone, entonces, siguiendo a Santo Tomás²³, buscar la *lex retialis*, esa “ordenación de la razón dirigida al bien común” que, más allá de la gestión de la Internet, regirá la Sociedad de la Información. Es de la mayor importancia empezar la búsqueda ya. Claro está que, tomando la definición de Santo Tomás en su total extensión, también queda por determinar quién “tiene el gobierno de la comunidad” –de la Sociedad de la Información– para “proclamarla”. Una alternativa sería que los estados nacionales, soberanos *uti socii*, asumieran el desafío.

Agradecimiento

Agradezco a los Dres. Ana González de Tobía y Juan Napoli su contribución en la búsqueda de la denominación para la Ley de la Red.

Referencias

- Adamic L. A. y Huberman B. A. The Nature of Markets in the World Wide Web. En: *Quarterly Journal of Electronic Commerce*, **1** (2000), p. 5-12. Disponible en: <http://www.hpl.hp.com/research/idl/papers/webmarkets/>
- Bobbio N. et al, *Crisis de la democracia*. Barcelona, Ariel, 1985.
- Calame P. y Talmant A. (Comp.), *Con el estado en el corazón: el andamiaje de la gobernancia*, Trilce, Montevideo, 2001.
- Cárcova C. M., Las teorías jurídicas post positivistas, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- de Ortúzar M. G., Olivera N. y Proto A. *Justice and Law in/for the Information Society*. COLLECTeR Iberoamérica 2007, 6-9 Noviembre 2007, Córdoba, Argentina, Actas del Congreso, Publicado por el Comité Organizador, pp.297-304.
- Fernández M, Mennucci L., Olivera N. y Proto A., *Factura Electrónica: entre Documento Comercial y Herramienta de Gobierno Electrónico*. En: Actas 36 JAIIO, Simposio de Informática y Derecho, Mar del Plata, 2007.
- Galgano F., *Lex Mercatoria*, Il Mulino, Italia, 2001.
- Galgano F., *La globalización en el espejo del derecho*. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2005.
- Galgano F. “Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización”. En: *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una Realidad Internacional*. Silva Jorge Alberto (Coordinador), Derechos Reservados, (C) 2008, IIJ-UNAM, Edición digital: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2201/7.pdf>
- Grossi P., *Mitología Jurídica de la Modernidad*, (traducción de Manuel Martínez Neira) Editorial Trotta, Madrid, 2003.

- Lipskier N. y Olivera N. *Los usuarios de Internet y los ISP*. Jurisprudencia Argentina, 2006-II, Derecho Administrativo, Suplemento del Fascículo N° 13, Argentina.
- Nino C. S. "Liberalismo conservador ¿Liberal o Conservador?" En: *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Compiladores), LexisNexis – ACIJ, Argentina, 2007.
- Wolkmer A. C., *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>.
- Zagrebelsky G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 6ª edición, 2005.

¹ El 'derecho informático' ha sido analizado desde diversas perspectivas. Por un lado el Derecho Informático se define como un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación entre el Derecho y la informática. Por otro, hay definiciones que establecen que es una rama del derecho especializado en el tema de la informática, sus usos, sus aplicaciones y sus implicaciones legales. El término "Derecho Informático" (*Rechtinformatik*) fue acuñado por el Prof. Dr. Wilhelm Steinmüller, académico de la Universidad de Regensburg de Alemania, en los años 1970. Sin embargo, no es un término unívoco, pues también se han buscado una serie de términos para el Derecho Informático como Derecho Telemático, Derecho de las Nuevas Tecnologías, Derecho de la Sociedad de la Información, Iuscibernética, Derecho Tecnológico, Derecho del Ciberespacio, Derecho de Internet, etc. http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_Informatico

² Mensaje del Dr. Carlos Reusser Monsalvez (Coordinador Académico Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) a la Comunidad Alfa-Redi el 7 de septiembre de 2007, en el marco de una discusión sobre la existencia del Derecho Informático. "Creo que esta es una discusión antigua y no sé si hay elementos nuevos para reavivarla: los profesores Valentín Carrascosa y Mario Losano han escrito hace mucho sobre el tema. En general, sostenían, que el Derecho Informático reunían todas las características que son propias de una rama del Derecho: Legislación, Doctrina, Jurisprudencia. Actualmente es claro que ya tiene contenidos propios que NO TIENEN RELACION con adaptaciones o aspectos tradicionales de otras disciplinas, como el derecho fundamental a la protección de datos (que nada tiene que ver con privacidad o intimidad), los nombres de dominio (que NO es derecho marcario), efectos jurídicos de la firma electrónica (que no son los de la firma ológrafa ni coinciden con atribuciones notariales) y bastante más. Además ha desarrollado principios, elevados a categoría de jurídicos, que son propios e incluso han impactado a otras áreas del derecho (ejemplo: neutralidad tecnológica, First come, first served [nueva mirada al prior in tempore prior in iure], ha insuflado vida a la casi fenecida costumbre, etc. Sostener que 'eso no existe', es un discurso que sólo escucho ya de antiguos y respetables profesores. En cuanto a definiciones, creo que la de wikipedia puede mejorarse, pero es formalmente correcta: Conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación entre el Derecho y la informática."

³ Mensaje de Eugenio Ull Pont (Académico numerario de la Real Academia de Doctores de Madrid, España) a la Comunidad Alfa-Redi el 7 de septiembre de 2007, en el marco de la discusión citada: "No existe tal rama del Derecho. Hay que hablar de un derecho transversal o 'derecho de la informática'."

Respuesta inmediata de David Maeztu: "Me lo ha quitado del teclado. Aunque ni tan siquiera hablaría de un derecho de la informática."

⁴ "El principio denominado en doctrina de la equivalencia funcional, se refiere a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto de todo acto jurídico, la cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos". Cfr. Mariliana Rico Carrillo, Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica, AR: Revista de Derecho Informático, No. 019 - Febrero del 2000. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=422>

⁵ Para citar sólo uno de los últimos ejemplos, en el acto de clausura de la 2ª Jornada de Derecho Informático, organizada por ADIAR -la Asociación de Derecho Informático de Argentina- y la Fundación Justicia y Mercado y realizada en Buenos Aires el 30 de noviembre de 2007, el Dr. Horacio Fernández Delpech, Presidente de ADIAR, dijo: "La Argentina que hace unos años pareció que se enrolaba en los países en los que se daba importancia al dictado de normativas relacionadas con las nuevas tecnologías, pareciera ahora

que se esta quedando atrás”, continuando con el inventario de áreas en las que el legislador está en mora. El relatorio estará disponible en: <http://www.adiar.info/eventos.html>

⁶ Resolución 176/2002 Jefatura de Gabinete de Ministros; Firma Digital Documentación Digital - Tramitación

Decreto 2628/2002 Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Firma Digital Ley 25506 - Reglamentación

Decreto 283/2003 Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Firma Digital Emisión de Certificados Digitales

Decreto 1028/2003 Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Jefatura de Gabinete de Ministros Ente Administrador Firma Digital-Disolución

Resolución 140/2004 Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos Ministerio Justicia, Seguridad y Derechos Humanos Comisión Especial - Creación

Disposición 13/2004 Subsecretaría de Coordinación e Innovación Ministerio Justicia, Seguridad Y Derechos Humanos Comisión Técnica de Firma Digital - Creación

Resolución 435/2004 Jefatura de Gabinete de Ministros Jefatura de Gabinete de Ministros Reglamento Com. Ases. Infraestructura Firma Digital

Decreto 378/2005 Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) Plan Nacional Gobierno Electrónico y Planes Sectoriales Lineamientos Estratégicos

Decisión Administrativa 6/2007 Jefatura de Gabinete de Ministros Firma Digital Marco Normativo

⁷ Res. Grales. N° 1361/2002; 1956/2005 y 2177/2006 de la AFIP

⁸ Entre las escasas contribuciones en tal sentido se cuentan nuestros: OLIVERA N. y PROTO A. “La Sociedad de la Información sólo será posible después de una Revolución Jurídica”. JAIIO, Anales 2005, Simposio sobre la Sociedad de la Información; OLIVERA N. y PROTO A. Sordo, ciego y mudo: El legislador ante la Sociedad de la Información. VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica “Sociedad, Diversidad Y Derecho”, FCJyS –UNLP- y Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, La Plata, 9-11 de Noviembre de 2006; LIPSKIER N., OLIVERA N. y PROTO A. Legal policies for ICT in Latin America. VI Computer Law World Conference. Edimburgo, Escocia, 2006. Disponible en: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/complaw/papers.asp>; OLIVERA N. y PROTO A. Social Inclusion, E Commerce and Law. The Case of Latin American Small and Medium Enterprises. IADIS Internacional Conference e Society 2006, Dublín, Irlanda, Vol. II, 2006; Olivera N. y de Ortúzar M. G. The Nature of the Internet. Law and Ethics for the Information Society. IADIS INTERNATIONAL CONFERENCE e-Society 2007, 3-6 July 2007, Lisbon, Portugal. Proceedings edited by Piet Kommers, pp.284-288; de Ortúzar M. G, Olivera N. y Proto A. Justice and Law in/for the Information Society. COLLECTeR Iberoamérica 2007, 6-9 Noviembre 2007, Córdoba, Argentina, Actas del Congreso, Publicado por el Comité Organizador, pp.297-304; FERNANDEZ M, MENNUCCI L., OLIVERA N. y PROTO A. “Factura Electrónica: entre Documento Comercial y Herramienta de Gobierno Electrónico”. Simposio de Informática y Derecho, 36 JAIIO, Soporte electrónico, Mar del Plata, Agosto de 2007.

⁹ Se reseña aquí, a solo título ilustrativo la nómina de Proyectos de Ley de Comercio Electrónico que han tenido estado parlamentario desde 1999, ninguno de los cuales ha salido de la cámara de origen, según resulta de la fuente consultada (<http://www.hcd.gov.ar/>):

EXP-DIP: 0331-D-07 Régimen para el Comercio Electrónico; incorporación como ley en la República Argentina del contenido de la Ley Modelo de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Reproducción del Expediente 1068-D-05). Autor: Vanossi, Jorge R.

EXP-DIP: 2288-D-06 Título: Régimen para el Comercio Electrónico. Autor: Vanossi, Jorge R.

EXP-DIP: 1068-D-05 Título: Régimen para el Comercio Electrónico... (Reproducción del Expediente 6205-D-03). Autor: Vanossi, Jorge R.

EXP-DIP: 6205-D-03 Título: Régimen para el Comercio Electrónico. Autor: Vanossi, Jorge R.

EXP-DIP: 6631-D-02 Título: Régimen para el Comercio Electrónico en general. Autor: Millet, Juan C.

EXP-DIP: 4841-D-01 Título: Régimen de Comercialización Electrónica. Autor: Cambareri, Fortunato

EXP-SEN: 3812-S-06 Título: Comercio Electrónico: Objeto, Definiciones, Ámbito de Aplicación, Contratos por Vía Electrónica. Autor: Capitanich, Jorge

EXP-SEN: 4242-S-04 Título: Régimen Jurídico de la Contratación por Vía Electrónica, en lo referente a comunicaciones comerciales, información sobre la celebración de contratos y condiciones sobre su validez y eficacia. Autor: Capitanich, Jorge

¹⁰ Sólo a título ejemplificativo cabe mencionar, en Latinoamérica, los casos de:

Colombia: El Decreto 1094 de 1996 fue reemplazado por el decreto 1929 de 2007

Chile: Varias Resoluciones Exentas SII, la primera N°11 del 14 de Febrero del 2003

Argentina: Res. Grales. N° 1361/2002; 1956/2005 y 2177/2006 de la AFIP

México: Reforma al Código Fiscal de la Federación del 28 de junio de 2006

¹¹ Por ejemplo: La importancia de implementar un sistema que permita operar con factura electrónica nace de la necesidad de otorgar validez legal tributaria al ejemplar electrónico de los documentos tributarios de compra y venta, tales como facturas, notas de crédito, notas de débito, guías de despacho, ya que con ello se optimiza la operación de las empresas y de los sistemas tributarios de recaudación. Sin embargo, la implementación de la factura electrónica tal y como ha sido regulada, pone al empresario que la utiliza en la posición de incumplir las obligaciones legales de índole comercial, a la par que genera serios cuestionamientos en lo relativo a los mecanismos que deben ser adoptados para su conservación, situación no contemplada por la resolución que la implementa. Conf.: Fernández M, Mennucci L., Olivera N. y Proto A.. “Factura Electrónica: entre Documento Comercial y Herramienta de Gobierno Electrónico”. En: Actas 36 JAIIO, Simposio de Informática y Derecho, Mar del Plata, 2007.

¹² Olivera N. y Proto A. *Lex Retialis: The legal system of the Information Society* (en referato).

¹³ Véase, por ejemplo: McGinley, Mags, *A Lawyer’s-Eye View of the UK’s Digital Curation Centre*. Disponible en: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/complaw/docs/mcginley.pdf>

¹⁴ WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S. 46. Exhortamos a todas las partes interesadas a que garanticen el respeto por la privacidad y la protección de los datos e informaciones personales, ya sea mediante la adopción de medidas legislativas y la aplicación de marcos de colaboración, o bien mediante el intercambio entre las empresas y los usuarios de mejores prácticas, mecanismos de autorregulación o medidas tecnológicas pertinentes

¹⁵ WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S, 29.

¹⁶ Op. Cit.

¹⁷ http://www.intgovforum.org/Rio_Meeting/Chairman%20Summary.FINAL.16.11.2007.pdf

¹⁸ Human Rights Watch, <http://hrw.org/doc/?t=internet>; Cyber-rights & Cyber-liberties, <http://www.cyber-rights.org/censorship/>; Internet Free Expression Alliance, <http://ifea.net/>; Internet Freedom, The voice of free speech, <http://www.netfreedom.org/resource.asp>; Regardless of Frontiers, <http://www.cdt.org/gilc/report.html>; etc.

¹⁹ USA PATRIOT Act. Su nombre completo es un acrónimo “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism” Act of 2001 (Public Law 107-56)

²⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/ECHELON>

²¹ La versión en español que sirve de fuente fue preparada por María Paula Ripa, alumna de la UNLP, en el marco de su trabajo de Seminario realizado por pasantía en el proyecto de investigación “Las PyMES entre las TICs y el Derecho” (11 J 072), dirigido por Noemí Olivera.

²² Documento WSIS-03/GENEVA/4-S op. cit.

²³ Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-II, q.90, art.4.