

Paradigma Jurídico de la Sociedad de la Información

Noemí L. Olivera

Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información –GECSEI-,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina,
nolivera@jursoc.unlp.edu.ar

Abstract. 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 acciones realizadas y 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.

Palabras Clave: Derecho Informático, Complejidad Jurídica, Auto-regulación

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, las que están llamadas a tener significativas consecuencias jurídicas. En el plano jurídico, en el marco de un paradigma dominado por la equiparación directa entre ley y derecho, no parecen, en tanto, haberse producido progresos semejantes, aún cuando, debido a la internacionalidad connatural de la red, los problemas jurídicos de/en la Sociedad de la Información involucran 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-).

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. Se cuentan, claro está, numerosas apelaciones formuladas al respecto desde los múltiples

programas originados en organismos internacionales, bien que desde muy diversas perspectivas¹.

Así, mientras en el mundo desarrollado y las grandes corporaciones la problemática se aborda en términos de propiedad intelectual, en el resto del mundo la cuestión, en cambio, 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 [1]-.

En algunos países tributarios del formalismo del sistema continental europeo, 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-. Estos avances alcanzan, asimismo, a algunos de los esquemas de integración en marcha².

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 electrónica³) [2].

2 El Sistema Jurídico

“Cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios” [3]. Sin embargo, ante el avance de la Sociedad de la Información se ha ido incorporando en cada sistema jurídico nacional 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 interactuar.

2.1 El ‘Derecho Informático’

En la consideración de la cuestión en análisis, hasta el presente ha predominado la visión de quienes se sitúan en el campo de lo que, particularmente en Iberoamérica, se

¹ Entre ellos: Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, <http://www.itu.int/wsis/index-es.html>; Unión Europea, [Iniciativa i2010, http://ec.europa.eu/information_society/europe/i2010/index_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/europe/i2010/index_en.htm); Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), e-LAC 2010, <http://www.eclac.org/socinfo/elac/>

² MERCOSUR/GMC/RES. N° 22/04. Uso de firma digital en el ámbito de la Secretaría del Mercosur

³ En América Latina: 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. Gales. AFIP N° 1361/2002; 1956/2005, 2177/2006, 2224; 2265 y 2289/2007 y 2485/2008; México: Reforma al Código Fiscal de la Federación del 28 de junio de 2006, entre otras.

conoce como ‘Derecho Informático’, traducción de *Rechtinformatik* [4]. Lo cierto es que no hay acuerdo sobre el contenido de esta probable nueva rama del derecho, ni siquiera entre los que le reconocen tal carácter y denominación. Más aún, al Derecho Informático le viene siendo negado el carácter de rama por especialistas igualmente distinguidos. Es así como la cuestión ha dado lugar a interesantes debates, algunos por escrito en foros de la materia⁴.

Unos y otros, desde una perspectiva profesionalista [5], 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. La firma digital y la factura electrónica son muestra cabal de lo afirmado.

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 respuesta. Sin embargo, la promulgación de una ley no significa, necesariamente, la vigencia del instituto. Allí está la firma digital en Argentina para probar el aserto. Once normas se han dictado con posterioridad a la sanción de la Ley de Firma Digital⁵ y, más allá de los anuncios de agosto de 2008⁶, al presente –abril de 2009– su utilización está circunscripta al interior de algunos sectores de la administración pública nacional y provincial⁷, aún cuando la reciente aprobación de ‘Políticas de Certificación’ para AFIP⁸ y ANSES⁹ permita esperar la pronta concreción de la plena vigencia de la ley.

Por otra parte, esta solución no alcanza para satisfacer las demandas que pueden plantearse a partir de las ‘nuevas situaciones/relaciones’ con significación jurídica pasibles de suscitarse en el marco de las denominadas ‘redes sociales’ [6], especie de relaciones *sui génesis*, nacidas de las posibilidades que brindan las TICs y que no tienen su correlato en la práctica común fuera de la red.

Este escenario nos ha llevado a formular la noción de la ‘complejidad jurídica’ [7].

2.2 La ‘complejidad jurídica’

El sistema jurídico es un sistema complejo [8] [9] compuesto por institutos / instrumentos –I– (las normas –leyes, decretos, resoluciones, etc.– y aún los artículos de esas normas) que interactúan entre ellos. Dada la tendencia de las decisiones

⁴ Comunidad Alfa-Redi, septiembre de 2007, discusión sobre la existencia del Derecho Informático.

⁵ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70749>

⁶ La AFIP y la ANSES se convertirán en Certificadores Oficiales, http://www.anses.gov.ar/prensa/notas/2008/agosto/nacion_firma_digital.htm

⁷ Empezó a funcionar la firma digital para trámites en la provincia de Buenos Aires, Viernes 5 de Diciembre de 2008, <http://www.prensa.gba.gov.ar/nota.php?idnoticia=2535&i=true>; La Justicia de Santa Fe encabeza el uso de la firma digital, 2007, http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/firma_digital/informacion_general.htm

⁸ Resolución 88/2008, Jefatura de Gabinete de Ministros, 11 de marzo de 2009

⁹ Resolución 87/2008, Jefatura de Gabinete de Ministros, 11 de marzo de 2009

legislativas adoptadas, y tal como se ha expresado, a medida que se desarrollan nuevas tecnologías, y ante la correlativa necesidad de regularlas, aumenta el número de los I que integran el sistema.

De este modo, el sistema resulta progresivamente compuesto por más y más I, generalmente definidos a diferentes estándares tecnológicos -toda vez que el principio de neutralidad tecnológica [10], sonoramente proclamado [11], es escasamente respetado [12] -. Es así como los nuevos I no siempre actúan de modo sincronizado, tanto entre sí como con los viejos I. Cabe señalar aquí que la interacción entre los I puede realizarse tanto de modo cooperativo (virtuoso) como colisionando e interfiriéndose entre ellos (comportamiento no cooperativo). Esto es lo que probablemente sucederá, y de hecho sucede, cuando los nuevos I, destinados a satisfacer las demandas de los desarrollos tecnológicos, son introducidos en el sistema para ‘emparchar’ algunas situaciones. Entonces, nuevos I y viejos I interactúan como predador-depredado [13], llevando al sistema jurídico a un comportamiento caótico (en el sentido de la dinámica no-lineal) [14] o, en palabras de Zagrebelsky, “a una ‘guerra civil’, paso previo a la anarquía en la vida social” [15].

2.3 El marco jurídico de la Sociedad de la Información

Este panorama permite pensar que el legislador considera 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 hasta el presente cómo dar cumplimiento digital a tales exigencias. Sabemos que no es así.

En suma, hasta el presente la reacción del mundo jurídico ante la problemática planteada ha estado dirigida a la introducción de nuevas normas en el sistema. 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 actual.

Cabe, sin embargo, otra aproximación al problema, cual es la de plantearse si no será necesario considerar que un nuevo paradigma social, el de la Sociedad de la Información, demanda al derecho nuevas respuestas, no nuevas formulaciones de viejas recetas. En suma, un nuevo paradigma jurídico, entendiéndolo por tal “Los nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales.” [16]

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, derecho a la información, libertad de expresión-. Resulta oportuno, 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

En el campo del derecho privado, para evitar los problemas hasta aquí planteados, se puede prever contractualmente el marco normativo al que se someterá la futura relación jurídica. Esta solución preventiva, cabe destacar, está en línea con los postulados de quienes analizan la globalización desde los países centrales [17] y es alentada desde la Cumbre Mundial para la Sociedad de la Información, que insta a la autorregulación¹⁰.

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” [18]. 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 [19]. Entonces, mientras los miembros de la *societas divitum* (sociedad de ricos) reemplazan la ley por el contrato y la justicia por el arbitraje, los de la *societas pauperum* (sociedad de pobres) quedan sometidos a la ley y al álea jurisdiccional [20] por su actividad en la red. Y, si en algún punto los miembros de esta particular sociedad conformada por los miembros débiles de la Sociedad de la Información, llegaran a constituirse en sujeto colectivo, no podrían aspirar a darse una legalidad alternativa [21], 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 imagina 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 [22] [23]. 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

¹⁰ 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

acceso a la red), la Cumbre Mundial para la Sociedad de la Información considera que la ‘gobernanza’, entendiendo por tal “el ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para gestionar los asuntos de un país a todo nivel. Involucra mecanismos, procesos e instituciones a través de los cuales los ciudadanos y otros grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos legales, cumplen sus obligaciones y resuelven sus diferencias” [24], es el instrumento más apto para afrontar esta realidad¹¹.

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 [25], 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 [26]. 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” [27] 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” [28], 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”¹².

No se ha explicado cómo se alcanzará tan ambicioso objetivo partiendo del notorio desequilibrio entre los actores reconocidos. Los postulados transcritos 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 [29], tal como la revisión crítica de los participantes en las dos primeras reuniones del Foro para la Gobernanza de la Internet¹³ –IGF– ha permitido constatar [30], sin que los primeros resultados del análisis de la tercera reunión¹⁴ permitan suponer la existencia de variaciones.

El único documento final de la segunda reunión del Foro, el Chairman’s Summary¹⁵, exhibe por su parte, entre muchas apelaciones a la autorregulación –en lo relativo al ámbito del Derecho Privado–, una demanda consistente de regulación estatal, en particular, de marcos regulatorios para las comunicaciones en un contexto de apertura de mercado. Tal demanda contradice el imaginario que da sustento a la ‘gobernanza’ [31]. Pero está a tono con lo que se ha dado en llamar ‘el nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales de bienes y servicios’ [32], derecho al que Gill, al advertir que trata de garantizar la libertad de

¹¹ WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S, 29.

¹² WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S, 29.

¹³ Atenas: <http://info.intgovforum.org/PL.php>; Rio de Janeiro: http://info.intgovforum.org/PLP_2IGF.php

¹⁴ Hyderabad: <http://www.intgovforum.org/cms/index.php/component/content/article/385-hyderabad-provisional-list-of-participants>

¹⁵ http://www.intgovforum.org/Rio_Meeting/Chairman%20Summary.FINAL.16.11.2007.pdf

entrada y salida del capital internacional móvil en relación a diferentes espacios socio-económicos, califica como ‘garantista’ [33].

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 fines¹⁶. Se impone consignar, no obstante, que tal defensa suele ser formulada desde posiciones más cercanas al liberalismo conservador o libertarismo que a las del liberalismo igualitario [34].

Entonces, el fantasma del Gran Hermano, supremo controlador de la vida y la intimidad anticipado por George Orwell en “1984”, 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) [35].

Al mismo tiempo, después del 11 de septiembre de 2001 se han producido notables avances en la limitación de esas libertades a escala mundial. Más aún, se puede afirmar que ellas vienen siendo toleradas casi displicentemente por la comunidad internacional. Valida el aserto la aceptación sin cuestionamiento cierto de las limitaciones a la libertad contenidas en la conocida ‘PATRIOT Act’¹⁷ y la red ECHELON¹⁸.

Por otra parte, podría pensarse que se han difuminado los límites de la libertad de expresión. Cualquiera puede, amparándose en la libertad de expresión, subir a la red, particularmente en las ‘Redes Sociales’ [36] [37], ‘información’ en sentido amplio (incluyendo imágenes), sobre cualquier persona, evento o cosa y lesionar derechos personalísimos como el honor y la intimidad, sin que el afectado tenga a su disposición medios igualmente eficaces para resguardar sus derechos y/o reparar el perjuicio sufrido. Sin embargo, en Argentina se está sustanciando un proceso en el que se “demandó a los buscadores (medidas cautelares) para que ‘desindexen’ a los sitios que vinculan a Maradona y familia con sitios pornográficos, etc., para que dejen de publicar esos y otros contenidos (que en los sitios originales ya no existen) a través de la búsqueda en cache, y para que cesen en el uso indebido de imágenes a través del buscador de imágenes”. Se obtuvo la cautelar, de lo que da cuenta en estos días el buscador de Yahoo¹⁹.

¹⁶ 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.

¹⁷ USA PATRIOT Act. Acrónimo de “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism” Act of 2001 (Public Law 107-56)

¹⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/ECHELON>

¹⁹ <http://ar.search.yahoo.com/search?p=Diego+Maradona&fr=yfp&tog=1&cop=&ei=UTF-8>
30-4-2009

4 La Política Jurídica para la Sociedad de la Información

En lo que hace a nuestra región, y en el marco del Programa Sociedad de la Información de CEPAL²⁰, se diseñó el Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, eLAC 2007²¹, cuya meta 25, con plazo de cumplimiento en noviembre de 2005, preveía “Establecer grupos de trabajo subregionales para promover y fomentar políticas de armonización de normas y estándares, con el fin de crear marcos legislativos que brinden confianza y seguridad, tanto a nivel nacional como a nivel regional, prestando especial atención a la legislación sobre la protección de la privacidad y datos personales, delitos informáticos y delitos por medio de las TIC, spam, firma electrónica o digital y contratos electrónicos, como marco para el desarrollo de la sociedad de la información.”

Sin embargo, en febrero de 2008, el Compromiso de San Salvador²² da cuenta del reconocimiento que los decisores político-jurídicos de América Latina hacen de la mora en se hallan incursos. Es así como el Compromiso incorpora, como Anexo I, los resultados del documento “Monitoreo del eLAC2007” [38], que evalúa el ‘Grado de Avance en cuanto a las metas del eLAC2007’. Allí se expone que, en el plano de los ‘Instrumentos de política’, se detecta ‘no avance’ en la meta 25 –Marco legislativo-. Ello ha llevado a definir, como meta 65 del eLAC2010 “... conformar un grupo de trabajo para facilitar el diálogo y la coordinación de las diversas iniciativas regulatorias a nivel regional y local para propiciar el desarrollo de puntos mínimos regulatorios hacia la armonización normativa de la región, ...”.

Asimismo, en la meta 67, los ministros manifiestan haber decidido “... estudiar las posibilidades de ratificación o adhesión al Tratado de Ciberdelitos, como un instrumento facilitador de nuestra integración y adecuación normativa en esta área”, afirmación que podría resultar sorprendente al tiempo de advertir que tal Convención, fue aprobada por el Consejo de Europa, organismo creado en 1949 y no vinculado a la Unión Europea, que tiene por objetivo favorecer en Europa un espacio democrático y jurídico común, organizado alrededor del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de otros textos de referencia sobre la protección del individuo²³. Volviendo a la convención, aprobada en 2001, entró en vigor en 2004 y hasta ahora ha sido adoptada por 22 países europeos y Estados Unidos –todos miembros del Consejo-²⁴.

Sin embargo esta apelación a un orden jurídico diverso de los formalmente institucionalizados en la región, está en línea con lo recomendado en la Segunda Reunión del Foro para la Gobernanza de la Internet²⁵ –IGF-. “Mientras algunos

²⁰ Programa Sociedad de la Información de la CEPAL: <http://www.cepal.org/SocInfo>

²¹ <http://www.eclac.org/socinfo/elac/>

²² II Conferencia Regional Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, San Salvador del 6 al 8 de febrero de 2008.

²³ http://www.coe.int/t/es/com/about_coe/

²⁴ Piden cooperación contra el cibercrimen a los proveedores de Internet, 2/abr/08, <https://www.eldia.es/2008-04-02/zonaweb/zonaweb5.htm>

²⁵ Second Meeting of the Internet Governance Forum (IGF), Rio de Janeiro, 12 - 15 November 2007. Chairman's Summary. Documento no disponible en español.

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

[participantes] demandaron más legislación, hubo también advertencias contra la sobre-regulación. Muchos expositores señalaron que debería ser suficiente con esfuerzos colaborativos realizados en un marco de cooperación entre participantes. El foro señaló que para mejorar la seguridad se requieren tanto normas vinculantes – *hard law*- como compromisos entre partes no legalmente vinculantes –*soft law*-. Hubo un fuerte llamado a la armonización legislativa entre países y también para lograr la sanción de nuevos instrumentos jurídicos aplicables al mundo en línea. La Convención sobre Cibercrimen del Consejo de Europa fue mencionada como un promisorio enfoque que más naciones deberían adoptar”²⁶.

En suma, los intentos de dar respuesta a las demandas que la Sociedad de la Información propone al derecho muestran, a poco andar, los límites de un paradigma jurídico monista, asentado en la legalidad estatal. Y, sin embargo, tesoneramente, se persevera en su sostenimiento.

4.1 Ley y Derecho en la Sociedad de la Información

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 abstracta) 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 no es más que 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 afirma Galgano [39], 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.

4.2 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 derecho y cuáles

²⁶ Traducción de la autora.

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 [40]. 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 [41], 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, para la aplicación del 'Derecho de la Sociedad de la Información' un criterio de concurrencia al estilo del adoptado en tiempos del *ius mercatorum* [42].

"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".²⁷

La cuestión referida al presupuesto de aplicación del nuevo derecho es, claro está, 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, cuya función es la de superar la discontinuidad jurídica provocada por los Estados. "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".²⁸

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.

5 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. También lo es la existencia de un poder político incompleto, que induce a incorporar estamentos del mercado y la sociedad al ámbito donde se deciden políticas y programas.

²⁷ Versión en español preparada en 2007 por María Paula Ripa.

²⁸ Idem.

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? 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, 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 que excede, con mucho, los mercados.

Si “una Sociedad de la Información integradora”²⁹ 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 que, despegándonos del paradigma jurídico de la Modernidad, pensemos en la imagen que tenemos de la Sociedad de la Información y busquemos los nexos de sentido que establecen una conexión entre ella y el derecho. Encontraremos así la *lex retialis*, el sistema jurídico que, más allá de los instrumentos del Derecho Informático y de los que hacen a la gestión de la Internet, regirá la Sociedad de la Información. Es de la mayor importancia empezar la búsqueda ya.

Referencias

1. Lipskier, N. y Olivera, N. Los usuarios de Internet y los ISP. Jurisprudencia Argentina, 2006-II, Derecho Administrativo, Suplemento del Fascículo N° 13, Argentina (2006)
2. Fernández, 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 (2007)
3. Zagrebelsky, G., El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, Madrid, 6ª edición, 30 (2005)
4. Steinmüller, W. (Hg.), EDV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik, Berlin, Schweitzer Verlag (1970)
5. Barrio, F., Sobre la Existencia del Derecho Informático, RDI: Alfa Redi N° 121 (2008) <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10726>
6. Barabasi, A. Linked: How Everything Is Connected to Everything Else and What It Means. London: Plume (2003)
7. Olivera, N. y Proto, A. Information Society: The Problem of Law in Terms of the ‘Legal Complexity’ Notion, IADIS International Conference E-Society 2009, Barcelona, España, Proceedings, Vol. II, 3-7 (2009)
8. Ross, D., Economic Theory and Cognitive Science, The MIT Press (2005)
9. Ward L. M., Dynamical Cognitive Science. The MIT Press (2001)

²⁹ Documento WSIS-03/GENEVA/4-S *op. cit.*

10. ALFA-REDI, Documento de Trabajo 1/2006: Sobre Neutralidad Tecnológica (2006) <http://www.alfa-redi.org/ar-dnt-documento.shtml?x=6080>
11. Van der Haar, I. M., Technological Neutrality; What Does it Entail? TILEC Discussion Paper No. 2007-009 (2007) <http://ssrn.com/abstract=985260>
12. Observatorio de Neutralidad Tecnológica, Tercer Informe, Autoría legal Lancho Rodríguez, J. M., Autoría técnica Coccia, J., Alvarez Novoa, C., Rodriguez Torres A. (2008) http://www.neutralidad.es/informes/Tercer_Informe.pdf
13. Adamic, L. A. y Huberman, B. A., The Nature of Markets in the World Wide Web. En: Quarterly Journal of Electronic Commerce, 1, 5-12 (2000) <http://www.hpl.hp.com/research/idl/papers/webmarkets/>
14. Olivera, N., Proto, A. y Redelico, F., Legal Policies for the Sustainability of the Information Society, RC33 2008 - 7th International Conference on Social Science Methodology, Nápoles, Italia (2008)
15. Zagrebelsky, G., op. cit.
16. Habermas, J. Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Editorial Trotta, España, 477 (1998)
17. Galgano, F., La globalización en el espejo del derecho. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina (2005)
18. Grossi, P., Mitología Jurídica de la Modernidad, (traducción de Manuel Martínez Neira) Editorial Trotta, España (2003)
19. Wolkmer, A. C. Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia. El Otro Derecho, N° 26– 27, ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá. 135 – 147 (2002)
20. Galgano, F., op. cit. (2005)
21. Wolkmer, A. C., Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina, Red de Bibliotecas Virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe, de la Red de Centros Miembros de CLACSO <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>
22. Yen, A. C., Western Frontier or Feudal society? Metaphors and Perceptions of Cyberspace. Boston College Law School Faculty Papers, USA (2002)
23. Elkin-Koren Niva and Salzberger Eli M. Law, Economics and Cyberspace. The Effects of Ciberspace in the Economic Analysis of Law. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar (2004)
24. PNUD, Governance for sustainable human development. A UNDP policy document, , Nueva York, 1.2. (1997) <http://mirror.undp.org/magnet/policy/chapter1.htm#b>
25. Yen, A. C., op. cit.
26. Grossi, P., op. cit.
27. Bobbio N. et al, Crisis de la democracia. Barcelona, Ariel (1985)
28. Calame, P. y Talmant, A. (Comp.), Con el estado en el corazón: el andamiaje de la gobernancia, Trilce, Montevideo (2001)
29. de Ortúzar, M. G., Olivera, N. y Proto ,A. Justice and Law in/for the Information Society. COLLECTeR Iberoamérica 2007, Córdoba, Argentina, Actas del Congreso, 297-304 (2007)
30. Redelico, F., Olivera, N. y Proto, A., Internet: El Futuro de la Gobernanza, XII Jornadas de Investigadores y Becarios, Facultad de Derecho, UNMdP, Actas, Slavin L. P. (Director), 250-260 (2008)
31. IV Congreso ALACIP, Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Universidad de Costa Rica, Presentación (2008) <http://www.colegiocpri.com/docs/ALACIP.pdf>
32. Medici, A., Globalización y crisis del estado de derecho. III Congreso Nacional de Derecho Político. Córdoba, (2006)

- <http://www.eco.unlpam.edu.ar/Teoricos/Derecho%20Politico/globalizaci%C3%B3n%20y%20crisis%20del%20estado%20de%20derecho.pdf>
33. Gill, Stephen. Gramsci and global politics. Towards a post-hegemonic agenda. En: Gill, Stephen.(Ed.) Gramsci, historical materialism and international relations. Cambridge University Press. Cambridge. p.11 (1993)
 34. 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)
 35. Lipskier, N. y Olivera, N. op. cit.
 36. Wu, F. y Huberman B. A., Popularity, Novelty and Attention, HP Laboratories, Palo Alto, CA 94304, (2008),
<http://www.hpl.hp.com/research/idl/papers/popularity/popularity.pdf>
 37. Golder, S., Wilkinson, D. y Huberman, B., Rhythms of social interaction: messaging within a massive online Network, 3rd International Conference on Communities and Technologies (CT2007). East Lansing, MI, (2007)
<http://www.hpl.hp.com/research/idl/papers/facebook/facebook.pdf>
 38. CEPAL – Colección Documentos de Proyectos. Monitoreo del Elac2007: avances y estado actual del desarrollo de las Sociedades de la Información en América Latina y el Caribe. Documento del Observatorio para la Sociedad de la Información en Latinoamérica y el Caribe (OSILAC), elaborado por Jordán, V. y coordinado por Hilbert, M. (LC/W151) (2007)
<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/29945/ResumenEjecutivo.pdf>
 39. 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), IIJ-UNAM, México (2008), Edición digital:
<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2201/7.pdf>
 40. Cárcova, C. M., Las teorías jurídicas post positivistas, Lexis Nexis, Buenos Aires, 59 (2007)
 41. Wolkmer A. C., Pluralismo ... op. cit.
 42. Galgano F., Lex Mercatoria, Il Mulino, Italia (2001)