

## COMPARACIÓN Y GLOBALIZACIÓN: *LEX INFORMATICA* Y PRIVATIZACIÓN DEL FENÓMENO JURÍDICO\*

Giovanni Sciancalepore\*\*

Cuando se habla de la enseñanza de sistemas jurídicos comparados debemos detenernos sobre su objeto y los fines que la animan.

Mientras que para las demás ciencias jurídicas, y no sólo estas (cursos de economía, ciencias políticas, letras, idiomas), dicha iniciativa parece fácil de realizar, no se puede decir lo mismo de la comparación jurídica o derecho comparado.

Cuando se discute sobre su objeto, es necesario tomar nota de las incertidumbres y vacilaciones que lo rodean. Incertidumbres que se vuelven cada vez más intensas cuando se cuestionan la naturaleza y los objetivos que lo caracterizan y distinguen de las otras ramas del derecho.

Incluso se ha acusado la comparación de traducirse en una actividad “subversiva”, ya que con su metodología descompone el fenómeno jurídico con el fin de obtener una reconstrucción sistemática, contestando una visión estrictamente iuspositivista del derecho, todavía presente en los estudios actuales. Sin embargo, esta es capaz de socavar una visión anacrónica y autorreferencial del *ius positum*, que considera el ordenamiento jurídico y en especial el ordenamiento al que pertenece, como un *unicum* perfecto, completo, en el que la regla de derecho solo es la ley promulgada por la autoridad competente, que se debe aplicar y hacer respetar.

Sin embargo, es precisamente al derecho comparado al que se debe un nuevo enfoque al estudio del derecho, junto con las fuentes clásicas de cierta organización del ordenamiento. Este último identifica un sistema de formantes con el fin de identificar en un contexto histórico-jurídico específico la solución concretamente aplicada o, como diríamos hoy, el “derecho viviente”.

---

\* Relazione del 5 aprile 2023, svolta in occasione del I Congresso Internazionale di Diritto Comparato e Costituzionale “Cuba Con-Para”, tenutosi dal 4 al 6 aprile 2023 presso L’Avana, Cuba.

\*\* Professore ordinario di Sistemi giuridici comparati presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell’Università degli Studi di Salerno. Direttore del medesimo Dipartimento.

Investigar los vínculos y las relaciones entre formantes, sin alterar el esquema de las fuentes presentes en los diferentes sistemas, lleva a la real comprensión del fenómeno jurídico en su totalidad.

El derecho comparado constituye la herramienta para superar las barreras entre diferentes derechos y concepciones jurídicas, creadas por meras contingencias y accidentes históricos.

La comparación jurídica tiene el mérito de haber previsto la necesidad en la época contemporánea, marcada por intercambios económicos y culturales entre diferentes países, de no considerar el derecho como un fenómeno puramente nacional, insensible a las influencias externas.

Las enseñanzas y los objetivos del derecho comparado en definitiva, han pronosticado el fenómeno de la globalización y sus considerables problemas.

La denominada globalización se presenta como un proceso complejo e intersectorial y, al ser el derecho expresión del vivir social, este termina inevitablemente por estar influido por las nuevas exigencias de la sociedad global, e incluso, se le interpela en primer lugar para proporcionar respuestas adecuadas a las instancias que van emergiendo durante la transformación en curso.

Cuando los sistemas jurídicos nacionales, más bien cerrados a las aportaciones externas, han empezado de forma gradual a sufrir la influencia de otros derechos, la noción de sistema jurídico, representativa de la esencia profundamente estatal del derecho, ha cedido el paso a la de tradición jurídica, indudablemente menos estatal y evocativa respecto a los denominados préstamos y trasplantes de reglas jurídicas, decisivos para la circulación de los modelos.

La superación de la dimensión marcadamente estatal, de hecho, tiene un impacto no solamente económico y social sino también y sobre todo jurídico, en cuanto se traduce en la incapacidad del derecho estatal de gobernar solo las “nuevas” relaciones intersubjetivas que se han desarrollado con la dimensión global de la sociedad.

Sin duda alguna, globalización es digitalización.

Evidentemente, la relación entre globalización y revolución digital impone al jurista una reformulación de los modelos tradicionales de derecho y la necesidad urgente de responder a cuestiones inéditas a través de reglas igualmente inéditas.

Con una fina expresión Francesco Galgano habla del nacimiento de una “aldea global”, y por lo tanto de una nueva dimensión territorial de las relaciones subjetivas.

Ahora bien, la expresión describe la realidad de los individuos que operan en comunidades interconectadas, que se relacionan en un ambiente digital compartido.

El nacimiento de esta nueva sociedad, donde la territorialidad del Estado representa un aspecto del todo marginal, evidencia la transformación radical del sistema de las fuentes - *rectius* de los formantes - del derecho.

En lugar de una estructura jerárquica y piramidal de las mismas, que caracteriza los Estados modernos, surge un sistema “ramificado” y “desordenado” de fuentes.

El Estado se queda sin el monopolio de la producción normativa y aparecen fuentes de naturaleza diferente: normativa, extranormativa, contractual, de creación autoritativa o espontánea, de eficacia vertical u horizontal que ven implicados varios sujetos: el Estado y los ordenamientos gubernamentales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas y los operadores privados.

En el mundo digital se asiste a un fenómeno de privatización de lo jurídico que coloca junto con el ejercicio tradicional de la actividad legislativa, reglamentaria, judicial y administrativa, un derecho “privado por obra de particulares”.

En la rapidez de los procesos de desarrollo, típica del fenómeno de la globalización, es donde se anidan los límites de la producción legislativa. Nacen y se multiplican exigencias a las que el derecho estatal, la ley nacional, no es capaz de responder con la celeridad y la eficacia necesarias.

Por lo tanto, se usa la herramienta contractual como fuente del derecho, ya que es capaz de reglamentar los procesos en curso en la sociedad globalizada.

La importancia de la herramienta contractual, de hecho, no constituye una novedad absoluta si tan solo se piensa en las relaciones transnacionales reglamentadas por acuerdos individuales. Sin embargo, el fenómeno sigue creciendo de forma constante, como en el caso de la circulación de modelos de contratos uniformes que predisponen las “law firms” internacionales.

Si además observamos el espacio digital y las relaciones entre los sujetos que lo habitan, se observa que el contrato constituye indudablemente una fuente de derecho de la nueva sociedad.

Basta observar el funcionamiento de las plataformas digitales (las denominadas “redes sociales” como “Instagram”, “Facebook” y demás) para darse cuenta de que el paradigma de referencia pone en el centro el esquema contractual.

En la dimensión digital los proveedores de los servicios ponen a disposición de los usuarios uno o más servicios, reglamentando sus modalidades a través de condiciones generales de contrato y otras disposiciones, como los llamados “estándares de la comunidad”.

Los usuarios acceden a las plataformas tras la aprobación de dichas normas de tipo esencialmente contractual, vinculándose al respeto de las obligaciones previstas.

Se constituye una verdadera comunidad de usuarios, que desarrolla una serie de actividades: desde compartir contenidos al intercambio de mensajes y debates sobre temas sociales y/o políticos (como en “Facebook”). Actividades que el proveedor predispone de forma unilateral y que los mismos usuarios aceptan.

“Facebook”, por ejemplo, por el número de inscritos y ubicación espacial, constituye una verdadera sociedad “supranacional”, gobernada por una autoridad privada que reglamenta todas las actividades de la plataforma y, por lo tanto, las relaciones intersubjetivas con cada usuario y entre todos los usuarios, que tienen la facultad de interactuar entre ellos.

Asimismo, el proveedor está obligado a verificar la conformidad de los contenidos que circulan en la plataforma, reservándose la posibilidad de eliminar aquellos que no respeten las reglas establecidas.

La sociedad que proporciona los servicios, por lo tanto, no solo tiene poderes efectivos de creación de normas, sino también de gestión de conflictos sociales y de tipo sancionatorio.

Nos encontramos frente a un nuevo “ordenamiento jurídico” en el que el contrato constituye la fuente normativa primaria, que disciplina y reglamenta la dimensión digital a través de condiciones predispuestas de forma unilateral y que los usuarios que interactúan en dicho espacio aceptan.

El proveedor ejerce un poder de gobernanza total a través de la herramienta de la negociación. Es decir, no se limita a dictar las condiciones de una única relación de suministro, sino que se convierte en una actividad de reglamentación de la comunidad, es decir, del cuerpo social que compone dicho ordenamiento.

Un proveedor de servicios de internet, en la actualidad, no sólo reviste el papel de una sociedad comercial multinacional, sino que tiene la capacidad de dictar las normas de conducta de una sociedad digital formada por millones de usuarios.

Tal afirmación puede, sin duda, provocar desconcierto.

Si se admite que el contrato tiene la fuerza de determinar *ex se* derechos y deberes sin la mediación del ordenamiento estatal, entonces es evidente la necesidad de volver a plantear toda la formulación del concepto de norma y de autonomía de negociación.

Asumir que el acuerdo en su origen es de “producir” derecho, significa, en esencia, transferir la soberanía del Estado a los particulares y anular la noción de autonomía que de él se toma prestada. (N. Irti).

Es comprensible la deriva que tal afirmación puede determinar.

Sin embargo, es evidente que admitir, o mejor, tomar nota de la crisis del Estado moderno no puede significar prescindir *tout court* del derecho estatal, se trata más bien de corroborar lo que ya sabemos, es decir, la existencia de una pluralidad de ordenamientos y por lo tanto de múltiples fuentes.

Por otra parte, el derecho, antes que una norma, es organización social. Y si pensamos en las nuevas comunidades digitales queda claro que estas se estructuran como organizaciones sociales.

Por lo tanto, hay que preguntarse cuál es la relación que existe entre estas últimas y el ordenamiento jurídico estatal.

De hecho, la relación entre las sociedades multinacionales del poder tecnológico y los ordenamientos nacionales individuales plantea varios problemas.

El primero, y más evidente, es el de entregar al contrayente “fuerte” la gestión unilateral de las reglas de la economía globalizada.

A falta de un marco normativo de referencia, el proveedor tiene la facultad de prever e introducir *ex se* todas las modalidades de funcionamiento de la comunidad digital, ejerce por lo tanto una actividad normativa de tipo contractual, que los usuarios aceptan a través de la inscripción a la plataforma. Por lo tanto, el proveedor identifica facultades, derechos y deberes de los sujetos que interactúan en ese espacio virtual.

Las reglas de la comunidad son naturalmente expresiones de decisiones políticas precisas, como es el caso de la apremiante cuestión de la política de privacidad, que atañe a la recogida y la circulación de los datos personales.

El proveedor predispone y utiliza esta tecnología que permite el acceso a esta valiosa información y modula el nivel de exposición de la misma.

Además, hay que considerar que el mismo proveedor es el destinatario de los avisos de los usuarios sobre el respeto de las reglas de la plataforma y tiene el poder de intervenir en caso de infracciones y de adoptar sanciones que pueden llegar a la expulsión de la comunidad.

Se trata por lo tanto de un gobierno “tecnocrático”, en el que la tecnología dicta las reglas de conducta, vigila sobre su acatamiento, disciplina eventuales conflictos e impone sanciones.

Tal acumulación de poderes acarrea un gran riesgo de abusos hacia toda la comunidad de usuarios que, desde que abren una cuenta personal en la plataforma, se encuentran prácticamente sujetos a un sistema de reglas predispuesto de forma unilateral.

No se trata de un capítulo nuevo en la historia del derecho.

En la realidad actual de los tráficos ya no se puede hablar de autonomía contractual en el sentido original del término y los denominados contratos “nuevos” que quieren remontarse al fenómeno de la tipificación social son, al contrario, fruto de la praxis de negociación impuesta por la clase de los *mercatores*, en correspondencia con las exigencias económicas y empresariales.

La razón del fenómeno reside en la circunstancia de que las partes, más allá de afirmaciones de principio, no tienen la misma fuerza de negociación.

El contrayente particular se encuentra, de hecho, en la imposibilidad de discutir condiciones y términos del negocio, predispuestos de forma unilateral por los operadores comerciales.

La lógica de mera responsabilización del afiliado, hoy en día definitivamente superada, ha dejado paso a nuevas técnicas de protección dirigidas a una atenta ponderación de las consecuencias jurídicas y económicas relacionadas con la asunción del vínculo contractual.

Los ordenamientos estatales, así como el supranacional de la Unión europea, desde hace tiempo han dispuesto una serie de protecciones jurídicas dirigidas a evitar los efectos que derivan del abuso de posición dominante (como en los arts. 1341 y 1342 CC sobre el tema de cláusulas vejatorias, además de los arts. 33 ss. del código del consumo sobre

las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, en actuación de la Directiva 93/13/CEE).

La misma exigencia está madurando en el ámbito del fenómeno de la digitalización, donde surge de forma prepotente la necesidad de identificar unos correctivos capaces de limitar las posiciones de dominio que se han impuesto en el mercado gracias a la introducción de normas específicas promulgadas por las autoridades competentes; la primera, la Unión Europea que con diferentes medidas ha empezado a poner freno a la predisposición tecnológica unilateral de los proveedores.

Entre las muchas medidas recordamos la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, acatada con el D.Leg n. 70 de 2003, y la Directiva 2011/83/UE en materia de protección del consumidor, que ha determinado, con su ley de actuación (D.Leg n. 21 de 2014), la modificación del código del consumo.

Pero seguramente la normativa más incisiva es la del Reglamento europeo sobre la protección de los datos personales 2016/679 del 27 de abril de 2016 (GDPR).

La construcción de un mercado digital “seguro” constituye, sin duda alguna, uno de los objetivos más sentidos de la Unión europea no sólo por la promoción del desarrollo económico, sino también para estar a la par con los demás países tecnológicamente avanzados.

Los datos – según la opinión de la Comisión europea – «...son la materia prima del mercado único digital. Pueden revolucionar nuestras vidas y crear nuevas oportunidades para el crecimiento, incluso para la pequeña y mediana empresa... son pocos los ámbitos de nuestra vida que todavía no se han visto afectados por la revolución de los datos en curso. Un uso óptimo de los datos tiene un efecto transformativo en todos los sectores de la economía».

Con el Reglamento (UE) 2016/679 del 27 de abril de 2016 (GDPR) se introducen en materia de protección de datos las disposiciones sobre la privacidad desde el diseño y por defecto, que obligan al titular del tratamiento a disponer todas aquellas medidas tecnológicas y de organización que, desde la fase de diseño del tratamiento hasta la actuación del mismo, sean capaces de garantizar los derechos de los interesados y cumplir con los requisitos previstos por el Reglamento.

Las medidas (según dispone el art. 25 del Reglamento) atañen al momento proyectivo y preparatorio de las actividades de tratamiento, como en el caso del derecho al olvido,

cuyo acatamiento impone articular los sistemas informáticos de manera que “olviden” determinadas informaciones después del transcurso de cierto periodo de tiempo.

De ello se deduce que el empresario de una actividad económica predispuesta a la producción de bienes o la prestación de servicios tiene la obligación de adoptar las garantías ratificadas por el Reglamento desde el momento en que determine los medios del tratamiento, a través de un producto que originalmente, en la etapa de planificación, sea “privacy-oriented”.

Dichas medidas, así como las más recientes incluidas en el “Digital services Act”, representan la respuesta al rápido avance de la *lex informatica*.

La expresión “code is law” (sinonímica de *lex informatica*) demuestra como en la actualidad la tecnología de internet contiene códigos y lenguajes normativos de auto-organización que establecen y controlan *ex ante* las reglas para el acceso y las actividades disponibles en la red.

En la hipótesis de la *lex informatica*, el marco normativo está representado por las construcciones tecnológicas y los estándares de red en una dimensión espacial que supera los límites territoriales jurisdiccionales de los Estados.

Es la época de la soberanía de la red y, por lo tanto, de su capacidad de auto-reglamentación.

Es grande la perplejidad de los intérpretes.

Ampararse en la *lex informatica*, aceptar docilmente sus reglas, significa sustraer la formación de las normas al proceso democrático que debe gobernar sus modalidades.

El problema real es que a falta de una normativa “madre”, la *lex informatica* no opera exclusivamente sobre un plano contractual, sino en lugar del sistema gubernamental y en ausencia de una selección efectiva de los intereses existentes que no sean los de los proveedores.

La falta de neutralidad en la selección de los intereses significa indiferencia de la actividad tecnológica hacia las situaciones subjetivas que afecta, en primer lugar la protección de la privacidad.

No es casualidad que el legislador europeo se esté esforzando para fomentar el uso de tecnologías de protección del derecho a la privacidad, de hecho está claro que el modelo tecnológico concretamente adoptado puede invalidar totalmente el tipo de regla jurídica introducida, sea cual fuera su origen.

Es necesario darse cuenta de que las “privacy enhancing technologies” constituyen en realidad la respuesta a un problema político y social.

Nos encontramos frente a tecnologías capaces de orientar el modelo social hacia el que tienden las comunidades y evidentemente requieren unas decisiones serias y ponderadas a nivel institucional.

Es necesaria una intervención de las Instituciones que fije los límites del poder de predisposición tecnológica que le corresponde a las plataformas digitales.

Como se ha presentado en el artículo, por ahora la intervención de las Instituciones se traduce en la introducción de “correctivos” capaces de limitar el riesgo de abusos por parte de quienes gestionan la tecnología.

No dejan de ser intervenciones sectoriales, pero resulta imposible imaginar una disciplina “mundial” capaz de reglamentar todo el espacio digital.

La complejidad del problema implica que las soluciones no sean inmediatas.

Ciertamente, la atribución a una autoridad supranacional de disposiciones capaces de proteger a los usuarios de las comunidades globales constituye actualmente el enfoque más eficaz.

Un enfoque que, aun tomando nota de las exigencias del mercado, se esfuerce en mantener alto el nivel de protección de los derechos fundamentales de la persona.

Por lo tanto, pluralidad de ordenamientos y de las fuentes, en la antigua, pero cada vez más actual exigencia de protección de los nuevos derechos “globales”.