

Internet: ¿hacia un nuevo concepto de lo público?

Internet: Towards a New Concept of Public Matter?

Manuel RODRÍGUEZ PUERTO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Cádiz. Campus de Jerez
mjesus.rodriguez@uca.es

RECIBIDO: 07/02/2015 // ACEPTADO: 11/06/2015

Resumen: El desarrollo de Internet parece exigir cambios en el papel del Estado como creador de derecho. Este proceso implica una nueva concepción del espacio público en la que la clave no es el poder, sino las necesidades de la persona; las fuentes de la regulación de Internet dependen de la influencia de esas necesidades en la Red: legislación, tratados internacionales y autorregulación son necesarios para responder a las demandas de esta tecnología.

Palabras clave: Internet; derecho; espacio público.

Abstract: The development of Internet seems to require changes in the role of the State as creator of law. This process implies a new conception of the public space in which the key is not the power, but the necessities of person; the sources of the regulation of Internet depend on the influence of these necessities in the web: legislation, international treaties and autoregulation are needed to answer the demands of this technology.

Keywords: Internet; Law, Public space.

1. ESTADO, DERECHO Y ESPACIO PÚBLICO

Para intentar comprender este problema es conveniente recordar que, más allá de la usual diferencia entre derecho privado y público, la clave de la Modernidad jurídica implicó la incardinación de todo derecho en una estructura política: el Estado. La noción doctrinal de Estado es una creación de la filosofía moderna llevada a la práctica política en la Europa continental del siglo XIX. Su característica más destacada fue la centralización del poder, unida a la igualdad formal de todos los individuos situados bajo ese poder. Este acontecimiento supuso la desaparición del Antiguo Régimen y la supresión de sus trabas y desigualdades en aras del surgimiento de una racionalización homogeneizadora de la política. Es preciso tener en cuenta este hecho, porque la actual configuración de lo público procede de teorías políticas y jurídicas elaboradas para combatir la monarquía absoluta y sus trasfondos estamentales. La monopolización moderna tenía razones difícilmente rechazables. En ese proceso concibió un ámbito de libertad individual a salvo de las injerencias del poder político,

y de ahí la separación estricta entre lo privado individual y lo público regulado exclusivamente por el Estado¹. En un plano teórico esta tarea tan considerable fue formulada principalmente por el denominado iusnaturalismo moderno. Tal y como ha mostrado Francisco Carpintero, a partir del siglo XVII esta filosofía desarrolló una explicación de lo político basada en un estado de naturaleza hipotético, compuesto de individuos libres e independientes que pactaban para crear un Estado protector de los derechos o libertades naturales. La única justificación posible para las normas jurídicas, dada la libertad natural de todos, era el pacto creador del Estado. Dicho de otro modo, sólo el Estado estaba legitimado para crear un orden jurídico común y homogéneo². A pesar de los cambios doctrinales, la línea principal de la teoría y la práctica occidentales ha seguido esa línea. Los Positivismos legalistas de diverso tipo han defendido un orden jurídico basado en el Estado como monopolizador de lo jurídico. La cuestión que hoy se plantea es la idoneidad de este paradigma para regular realidades como Internet.

2. INTERNET: CAMBIOS EN LA ESFERA PÚBLICA

Cuando a principios de los años noventa del pasado siglo Internet se abrió al uso general, nació también un debate en torno a la supuesta independencia del denominado ciberespacio. Este concepto nace entre algunos *libertarians* norteamericanos que pensaban hacer realidad, gracias a la tecnología informática, sus sueños de una vida sin poder político. Según su punto de vista, Internet sería un nuevo mundo en el que las limitaciones y reglas del «mundo físico» no existirían. La comunicación digitalizada parecía favorecer un flujo de información completamente libre y ajena a todo tipo de fronteras tanto geográficas como sociales y políticas; en consecuencia, la normatividad de la Red debía venir de la mano de la autorregulación de sus usuarios³.

¹ La Modernidad ha ofrecido variantes de esa estatalización. Vertientes más socialistas como las de Rousseau y sus derivadas o versiones más liberales. La clave diferencial es la extensión del Estado, pero este es siempre el eje único de lo público. *Vid.* F. CARPINTERO, *La crisis de Estado en la edad postmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 120 y ss.

² *Vid.* F. CARPINTERO, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 69 y ss. *Id.*, *Historia breve del Derecho natural*, Colex, Madrid, 2000, pp. 167 y ss.

³ Una muestra muy significativa de los planteamientos jurídicos de los ciberlibertarios la ofrecen los escritos de David R. Johnson y David G. Post. *Cfr.* D. R. JOHNSON y D. G. POST, «Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace», en *Stanford Law Review*, 48 (1996). Disponible en <www.cli.org> [consultada 7-3-2014], pp. 1-8. *Cfr.* también D. G. POST, «Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace», en *Journal of Online Law* (1995), dis-

Sin embargo, estas propuestas adolecían de bastante ingenuidad. Es cierto que la arquitectura inicial de la Red favorecía la difusión libre de la información, gracias a una estructura diseñada precisamente con esa intención. Pero se trataba de un diseño técnico que podía ser modificado –como de hecho ha ocurrido– para permitir un mayor grado de intervención reguladora. Resulta ingenuo predicar el «anarquismo» digital, olvidando que Internet ha sido posible gracias, entre otras causas, a la cuantiosa financiación derramada por la Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados, dependiente del Departamento de Defensa de los EE.UU. Es cierto que Internet no es el producto del designio centralizado y previsor del Estado norteamericano; fue elaborada inicialmente por equipos de ingenieros que trabajaban con considerable libertad y ha sido desarrollada progresivamente por multitud de expertos que han añadido espontáneamente muchas aplicaciones informáticas nuevas; pero es un error grave negar el influjo que los Estados han tenido en esa evolución y su normativa⁴. La situación de Internet ante el derecho no es distinta de la que se produce en otras realidades transnacionales que plantean retos a las regulaciones estatales, tales como la investigación científica o los riesgos medioambientales⁵.

ponible en <www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>. ID., «Governing Cyberspace» en *Wayne Law Review* 43 (1997). Disponible en <www.temple.edu/lawschool/dpost> [ambas consultadas el 20-2-2006], pp. 1-2. D. G. POST, «The ‘Unsettled Paradox’: The Internet, the State and the Consent of the Governed», en *Indiana Journal of Global Legal Studies* 5 (1998). Disponible <www.temple.edu/lawschool/dpost/Sov.html> [consultada 20-2-2006], *per totum*. D. R. JOHNSON y D. G. POST, «The New ‘Civic Virtue’ of the Internet» (1998), en <www.cil.org> [consultada el 8-3-2014], *passim*. Una recapitulación de estas posturas la ofrece David G. Post, *In Search of Jefferson’s Moose: Notes on the State of Cyberspace*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.

La postura más extrema ha sido la de John Perry Barlow, que negó relevancia al derecho (legislado o autorregulado) en el ciberespacio: bastaba con normas éticas de buen comportamiento. Cfr. J. P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, en <http://homes.eff.org/barlow/Declaration-Final.html> (consultada el 15-06-2014). Su redacción estuvo motivada por la *Communications Decency Act*, una orma del Congreso de los USA destinada a controlar los contenidos de la red. Barlow la consideró una intromisión ilegítima del poder estatal en las actividades de los internautas. Vid. J. P. BARLOW, «Is There a There in Cyberspace?», en <www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/utne> (1994) [consultada el 14-06-2014].

⁴ Cfr. M. CASTELLS, *La era de la información*, vol. I, *La Sociedad Red*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 8, 101 y ss. De este mismo autor, cfr. también *La Galaxia Internet*, Areté, Madrid, 2001, cap. I *per totum*.

⁵ Conviene recordar, no obstante, que la crítica a ese monopolio y la defensa del pluralismo normativo no han surgido de la sociedad globalizada. Ya a fines del XIX la Escuela de Derecho Libre, por ejemplo, planteaba la presencia de instancias jurídicas ajenas al Estado. Y por supuesto esa situación era la típica del Antiguo Régimen.

Lo primero que interesa destacar es la complejidad de Internet. Bajo esa denominación unitaria se esconde una cantidad enorme de protocolos y programas interrelacionados en diferentes niveles. Gracias a ellos es posible realizar actividades tan diversas como consultar catálogos *on-line*, enviar correos electrónicos o presentar declaraciones de impuestos. En consecuencia, es más correcto hablar de la regulación de las diversas actividades realizadas mediante esa tecnología digital que de una regulación de Internet como tal. Como ya señaló en 1996 el juez norteamericano Frank H. Easterbrook, no hay un Derecho especial para el ciberespacio, sino cuestiones jurídicas afectadas por Internet, que deben ser reguladas específicamente según la materia de la que se trate⁶. En esta línea, Jack L. Goldsmith y Timothy Wu han negado la existencia del supuesto ciberespacio y ha abogado por la regulación de las relaciones establecidas mediante Internet con las normas tradicionales, subrayando el papel relevante que sigue teniendo el Estado⁷. Ante este asunto, conviene tener presente la advertencia sobre la globalización que hace Francisco Laporta. Escribe que el imperio de la ley protegido por el Estado es crucial para la economía de mercado; sólo es posible disfrutar de los beneficios de esa economía globalizada mediante un ordenamiento jurídico bien articulado gracias al Estado. El *soft law* o la nueva *lex mercatoria* tienen, finalmente, un alcance limitado para resolver conflictos: la ley vinculante resulta requisito imprescindible para hacer justicia⁸.

No obstante, resulta claro que Internet y las otras actividades transnacionales requieren un acercamiento jurídico propio. El denominado pluralismo jurídico puede aportar ideas interesantes. Desde este planteamiento, algunas cuestiones que afectan a Internet podrán ser atendidas por la legislación estatal, otras requerirán cooperación internacional, y otras en fin deberán ser solucionadas mediante instrumentos ajenos a la intervención de los Estados. Esta multiplicidad normativa no es sino una manifestación más de las transformaciones experimentadas por las fuentes del derecho a impulso de incitaciones tan dispares como la transnacionalización de la economía, la complejidad creciente de las nuevas tecnologías y la ineficacia relativa del Estado de corte moderno para

⁶ F. H. EASTERBROOK, «Cyberspace and the Law of the Horse», en *University of Chicago Legal Forum*, 207 (1996), *per totum*.

⁷ Cfr. J. L. GOLDSMITH, «Against Cyberanarchy», *University of Chicago Law Review*, 1998, *passim*. J. GOLDSMITH y T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, New York, 2006, *passim*. Reconocen que esa efectividad no puede ser completa, al igual que no lo es en otros sectores de la vida social: ésa no es ninguna particularidad de Internet.

⁸ Cfr. F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 244 y ss., 257 y ss.

afrontarlas en solitario. En el comercio internacional, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, asociaciones privadas según los criterios modernos, tienen una auténtica competencia reguladora superior a la del derecho nacional, aunque los tribunales estatales sólo la reconozcan como producto de la autonomía de la voluntad; lo cierto es que en ciertas materias forman el verdadero derecho efectivo⁹. Como nos recuerda Giuseppe Zaccaria, la globalización lleva a la erosión de la soberanía estatal y a la aparición de fuentes diferentes; el fomento de lo judicial en el plano transnacional, el papel creciente de sujetos privados como creadores de derecho o incluso una reconfiguración de la costumbre en ciertas materias son características de la nueva situación¹⁰. Es preciso recordar que no todas las relaciones jurídicas en las que interviene Internet tienen ese carácter globalizado; muchas de ellas se desenvuelven dentro de un Estado y son resueltas por su ordenamiento, tal y como ocurre en España con la Administración electrónica o la presentación telemática de declaraciones de impuestos. En conjunto, no obstante, las variadas cuestiones jurídicas afectadas por Internet son afrontadas por fuentes normativas igualmente diversas que incluyen al Estado, tal y como ha explicado Santiago Muñoz Machado¹¹.

Esta multiplicidad plantea un problema teórico interesante. La Modernidad, tal y como señalaba al principio, defendió al Estado como diseñador de un espacio público en el que tuvieran cabida las actividades privadas, pero bajo el marco jurídico estatalizado. La pluralidad de fuentes presente en Internet y otras actividades transnacionales parece contravenir las características de ese espacio público moderno. El estatus de esas reglas aparentemente jurídicas no estatales resulta controvertido: ¿Son meramente privadas?

James Boyle, que preveía ingenuamente la incapacidad del Estado en Internet, al mismo tiempo reconocía que los Estados podrían seguir interviniendo en la Red, aunque de forma más bien indirecta, regulando y orientando los diseños informáticos o supervisando la arquitectura elaborada por «organiza-

⁹ Cfr. al respecto M. CHECA, «Los usos del comercio internacional en perspectiva comparada», en S. SÁNCHEZ (ed.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Civitas/Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 294-295.

¹⁰ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 17-18, 23, 37 y ss. Sobre el nuevo papel de la costumbre cfr. M. CHECA, cit. *passim*.

¹¹ Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, *per totum*. La protección de datos personales en Internet, por ejemplo, requiere normativa internacional elaborada (y negociada) por Estados, pero también la cooperación de empresas y particulares. Vid. A. TRONCOSO, «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales», *Revista Española de Derecho Europeo*, 43 (2012), pp. 40 y ss.

ciones cuasi-privadas»¹². Esta última expresión requiere cierta atención. Boyle utiliza el término «cuasi-privadas» para referirse a las actividades reguladoras desarrolladas al margen del Estado. Desde este punto de vista, la autorregulación elaborada por empresas proveedoras de servicios en Internet, por ejemplo, sería meramente privada; sólo la normativa elaborada por el Estado obtendría la calificación de pública. El problema es que parte de esas regulaciones privadas se refiere a contenidos y problemas que tradicionalmente han sido considerados objeto del Derecho público y competencia exclusiva del Estado. En efecto, la capacidad de ejercer la libertad de expresión mediante la Red depende a veces de las reglas sobre contenidos y controles de las páginas web elaboradas por los proveedores de servicios o de la evolución de programas propiedad de empresas informáticas.

Una muestra de estas complejidades es el papel, discutido, desempeñado por la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números, ICANN. Su tarea fundamental es asignar los nombres de dominio de primer nivel; éstos funcionan a modo de direcciones básicas para enviar y recibir la información entre ordenadores y están almacenados en un archivo básico llamado «raíz» (*root*), aunque existan algunos sistemas independientes de importancia menor. Su historia, tal y como ha sido relatada por Milton Mueller, es una buena muestra de las complejidades presentes en la gobernanza de los asuntos propios de la Red¹³. ICANN es la corporación privada encargada de la gestión de los nombres de dominio de primer nivel, pero, a pesar de esa condición privada, su estatus jurídico es un tanto ambiguo, entre otros motivos porque el Departamento de Comercio de los Estados Unidos sigue ejerciendo cierto control sobre la ICANN. Tengamos en cuenta que el gobierno americano sigue viendo este proceso como el resultado de una privatización, desde el momento en que la prestación del servicio ha sido transferida desde el gobierno a una compañía privada. Pero la cuestión es algo más complicada, porque la ICANN no sólo se encarga de problemas técnicos, sino que también desarrolla políticas y elabora reglas vinculantes para la industria del registro de dominios. Desde el punto de vista del constitucionalismo norteamericano, esa actividad podría resultar problemática, en la medida en que suponga una asunción inconstitucional por parte de la

¹² Cfr. J. BOYLE, «A Non-Delegation Doctrine for the Digital Age?», *Duke Law Journal*, 50 (2000).

¹³ Vid. Cfr. M. MUELLER, *Ruling the Root. Internet Governance and the Taming of Cyberspace*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2002, *per totum*.

ICANN de poderes que son exclusivamente gubernamentales y, por tanto, públicos según el entendimiento moderno¹⁴.

Mueller es consciente de las dificultades para clasificar a la ICANN y explica que se trata de un «régimen internacional», producto de un acuerdo político informal entre gobiernos nacionales que incluye márgenes de actuación muy extensos para el sector privado. Sería algo similar a un tratado internacional, pero sin tratado, quizá más parecido a un *agreement* suscrito fuera de los foros habituales de tales acuerdos. Y sin olvidar la relación contractual con el gobierno estadounidense. Esta ausencia de rasgos nítidos no debe extrañarnos, si tenemos en cuenta los problemas jurídicos que origina Internet. Mueller opina que ésta es una realidad global y por ello los primeros interesados en su institucionalización no son los Estados, sino el sector privado que se ve afectado por esta tecnología. Por ese motivo, opina que el proceso, sin obviar la existencia de las políticas nacionales e internacionales tradicionales, requiere establecer nuevos ámbitos de acción colectiva¹⁵. Esta necesidad enlaza con la existencia de organizaciones cuasi-privadas (según la expresión de James Boyle) que desempeñan funciones públicas. La perplejidad ante esta situación se debe a que Mueller, Boyle y tantos otros identifican lo jurídico con lo público y éste con lo estatal. Por ese motivo Mueller afirma que la naturaleza jurídica de las reglas y decisiones emanadas de la ICANN están a medio camino entre la regulación formal de un Estado y los acuerdos celebrados entre actores privados. Él considera que esos instrumentos y decisiones tienen un estatus jurídico «borroso» (*fuzzy*), porque no son normas procedentes de un Estado, aunque posean un carácter coercitivo cercano al que proporciona un gobierno tradicional, gracias al grado de control que posee la ICANN sobre la Red¹⁶. Reparemos en que al hacer esta reflexión Mueller identifica el derecho con la posibilidad de ejercer la coacción estatal.

¹⁴ A. Michael Froomkin ha sido particularmente crítico con el ICANN. Desde su perspectiva, éste puede haber incurrido en prácticas prohibidas por la ley anti-trust, si entendemos que sus actividades son meramente comerciales. Pero si dichas actividades tienen relevancia política, el ICANN es claramente inconstitucional, porque las decisiones políticas sólo pueden ser tomadas por órganos estatales. *Vid.* A. M. FROOMKIN, «Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution», *Duke Law Journal*, 50 (2000). A. M. FROOMKIN y M. A. LEMLEY, «ICANN and Antitrust», *University of Illinois Law Review* (2003), ambos *per totum*.

¹⁵ Cfr. M. MUELLER, *Ruling the Root*, cit., pp. 66-67.

¹⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 217 y ss. Mueller señala que la práctica del ICANN muestra la ingenuidad de ciberlibertarios como Post y Johnson. La corporación no funciona a partir de consensos obtenidos desde la base (*bottom up*), sino según los moldes de la política tradicional: establecimiento de regulación uniforme, juego de intereses entre empresas, gobiernos, etc. (cit., pp. 213 y ss.). Giuseppe Zaccaria destaca el ICANN, un organismo privado en el que concurren representantes gubernamentales, como ejemplo de regulación de realidades globales. Cfr. *La comprensione...*, cit., p. 37.

3. LA NOCIÓN DE LO PÚBLICO EN LA COMUNICACIÓN DIGITAL

Quizá la clave para empezar a resolver esta cuestión sea la reorientación de la actividad justificadora del Estado. Frente al «ciberutopismo», al que considera ignorante de la realidad, Daniel Innerarity se preocupa por los efectos de Internet en la esfera pública: no elimina las relaciones de poder, sino que las transforma; por otra parte, esos efectos tecnológicos no son ajenos a los contextos sociales en que se desenvuelven¹⁷. No existe, por tanto, un ciberespacio ajeno a los problemas mundanos, aunque los modelos de juridicidad típicamente modernos no resulten del todo adecuados para la comunicación digitalizada. Una de las inquietudes que planteaba esta nueva situación era la crisis de la identificación tradicional entre lo público y lo estatal. Al respecto, José Esteve ha recordado que el Estado se halla actualmente desbordado por el desarrollo tecnológico del que Internet es un ejemplo. Ante esa situación, la autorregulación resulta imprescindible, pero no puede ser entendida ya como una actividad meramente privada. Esteve mantiene que la noción de lo público no se adscribe hoy exclusivamente a determinados sujetos, sino a estructuras organizativas y procedimientos que garanticen los intereses públicos en juego; si en la autorregulación realizada por entes privados se protegen intereses públicos y se actúa según la objetividad y racionalidad propias de lo público, en realidad no estamos ante un comportamiento meramente privado. No obstante, Esteve aclara que es necesario regular la autorregulación mediante el control ejercido en última instancia por los poderes políticos¹⁸. La idea es importante y conviene subrayarla: lo público no se vincula actualmente tanto al estatus del sujeto que decide, como a los caracteres del problema que reclama la decisión¹⁹. Algunas tendencias del Derecho Público defienden un acercamiento al mismo que no esté centrado en las nociones de poder estatal y subordinación, sino en la de colaboración entre ciudadano y Administración, en función de los bienes que reclaman protección²⁰.

Recordemos que la dicotomía moderna establecida entre lo privado y lo público incluía en el primero sólo la realización egoísta de los intereses

¹⁷ Cfr. D. INNERARITY, *Un mundo de todos y de nadie*, Paidós, Barcelona, 2013, pp. 102 y ss.

¹⁸ Cfr. J. ESTEVE, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 162 y ss.

¹⁹ Sobre esta cuestión vid. G. ARIÑO, J. M^a DE LA CUÉTARA y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, *per totum*.

²⁰ Vid. P. HÄBERLE, «Das Verwandtschaftsrechtsverhältnis -eine Problemskizze», en ID., *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980. W. LEISNER, «Privatisierung des Öffentlichen Rechts», Duncker & Humblot, Berlín, 2007.

individuales. Desde ese punto de vista, la autorregulación estaría destinada al mero aprovechamiento privado. En cambio, el verdadero derecho, que habrá de mirar por los intereses generales, debería proceder del Estado. Ahora bien, la configuración compleja de Internet muestra que las actividades supuestamente privadas afectan a bienes situados más allá de la satisfacción egoísta²¹. La adquisición de conocimientos, la libertad de expresión, el derecho a recibir información veraz, la exigencia de comerciar con seguridad, el derecho a establecer redes de amistad o de colaboración, o a formar grupos políticos, son actividades que pueden ser desarrollada gracias a Internet y se refieren a bienes jurídicos que expresan necesidades propiamente humanas y por tanto menesterosas de un reconocimiento público. Su regulación poseerá ese estatus sin importar la naturaleza del órgano concreto del que provenga.

Pensemos en el desarrollo de los programas informáticos que permiten la difusión de la información. No se trata de una mera actividad empresarial destinada al enriquecimiento privado; de hecho, ese enriquecimiento tiene una clara relevancia pública, en la medida en que puede revertir en la misma estructura social. Tales programas, además, son elementos decisivos para el ejercicio de la libertad de expresión, porque de ellos depende la capacidad para enviar y recibir la información a través de la Red. Su diseño es, por tanto, una actividad pública. Y en ese sentido resulta de importancia secundaria que la inspiración para la evolución informática proceda de instancias estatales o «privadas». La historia de Linux o del *software* libre muestra la relevancia que ese tipo de iniciativas ha tenido en el progreso de Internet. Parece claro que la actividad de las personas que han colaborado en esa actividad ha ido más allá del mero ámbito de lo que usualmente se entiende como privacidad. Lo que confiere el carácter público es su relación con los bienes y necesidades íntimamente humanas²².

²¹ Sobre la relevancia ética de la comunicación digitalizada, *vid.* Cfr. J. J. MEGÍAS, «De la polis griega a la ciudad virtual», en A. APARISI (coord.), *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*, Comares, Granada, 2007, pp. 38 y ss.

²² La importancia de los códigos informáticos en la regulación de Internet ha sido objeto de especial estudio por parte de Lawrence Lessig. Él afirma que las verdaderas normas de comportamiento en la Red están constituidas por su arquitectura, es decir por los protocolos que permiten o impiden hacer ciertas cosas. Lessig considera que la arquitectura como elemento normativo no es propio sólo de Internet: los diseños urbanísticos tiene también influencia grande en el comportamiento humano. Pero en Internet es especialmente decisiva, porque casi todo depende de ella. Además, es completamente maleable. Si el diseño original consistió en una arquitectura pensada para conseguir la mayor libertad posible, esos programas pueden ser modificados para

Estas matizaciones no parecen estar presentes en buena parte del debate sobre el control de Internet. Los ciberlibertarios llevan su parte de razón cuando afirman que las organizaciones sociales y el derecho mismo no son meros artefactos sociales creados exclusivamente por el designio intencionado del Estado²³. Ellos basan sus propuestas en la idea de orden espontáneo defendida por autores como Friedrich von Hayek, y eso les lleva a rechazar la idea de Estado centralizado y a sustituirlo por una especie de federalismo electrónico, en el que sean respetadas las diferentes comunidades *on-line*, dotadas de su propio derecho. La existencia de Internet sería una manifestación más de la descentralización característica de los sistemas complejos, irreductibles a la planificación centralizada²⁴.

Pero el problema de estas propuestas es su confianza excesiva en una supuesta espontaneidad racional, en la que la interacción de individuos racionales hace y deshace instituciones, protegidos por un Estado vigilante y lejano, que ni siquiera sería necesario en el supuesto ciberespacio. En realidad, la sociedad no nace del diseño premeditado de los planificadores estatales ni de un intercambio ilimitado entre individuos libres. Todo resulta mucho menos simple, y eso no lo reconocen estos ciberlibertarios a pesar de su defensa de la complejidad. Ellos pretenden reducir todo el orden jurídico a un entramado de acuerdos privados suscritos entre los individuos que navegan por la Red; ésta funcionaría al modo de un gran mercado en el que los individuos escogen las regulaciones (es decir, los entornos comunicativos de carácter técnico: páginas, servidores, foros, etc.) que mejor respondan a sus preferencias. Esta forma de pensar desatiende muchas facetas de los usuarios de Internet. Aunque la libertad individual represente un elemento básico para la comunicación

limitar y controlar la información. De ahí que las decisiones acerca de los protocolos informáticos tengan una importancia fundamental. Vid. L. LESSIG, *El código y otras leyes del ciberespacio*, E. Alberola (trad.), Taurus, Madrid, 2001, *per totum*. Lessig defiende en este libro un equilibrio entre lo privado identificado con el mercado y lo público entendido al modo estatal.

²³ Vid. una explicación de estas tesis en D. R. JOHNSON, «The Life of Law Online», <www.fisrt-monday.org/issues/issue11_2/johnson/indez.html> [consultada 2-05-2014].

²⁴ Cfr. D. G. POST, «Governing Cyberspace», *Wayne Law Review*, 43 (1997) (disponible en <www.temple.edu/lawschool/dpost> [consultada el 12-05-2014]), pp. 3-4. Sobre la noción de orden espontáneo y su relación con el derecho en la teoría de Hayek (que no inventa la idea de orden espontáneo), vid. C. VELARDE, *Hayek. Una teoría de la justicia, la moral y el derecho*, Civitas, Madrid, 1994, esp. pp. 126 y ss. y 231 y ss. Como recuerda la autora, Hayek mantiene que la única manera de proteger la libertad es el imperio de la ley frente al arbitrio del poder (p. 251). En consecuencia, su postura difiere de los ciberlibertarios, porque él sí admite la existencia de un Estado mínimo.

digital, es patente que el mundo digital propuesto por los libertarios no nos ha transformado en individuos independientes y aislados, sino que seguimos formando parte del entramado coexistencial característico de lo humano. En consecuencia, no todas las relaciones posibilitadas por la tecnología de Internet dependen de la manifestación de un deseo individual. Al fin y al cabo, los mismos libertarios acaban pidiendo ayuda a los gobiernos para mantener su libertad a salvo de injerencias empresariales. Esta llamada de auxilio implica el reconocimiento de ciertos bienes situados más allá de la mera individualidad, y muestra que lo político es también un aspecto fundamental de la dimensión pública de las personas. Al igual que un sector del iusnaturalismo moderno desconocía esa vertiente, los ciberlibertarios, en cierto modo continuadores de ese iusnaturalismo, también desatienden el aspecto público.

Frente a estas teorizaciones libertarias, un autor más estatista como Cass R. Sunstein aboga por el mayor papel controlador del Estado en la evolución de los protocolos de Internet. La propuesta de Sunstein resulta significativa. Él se muestra bastante preocupado por preservar la eficacia de Internet como espacio público para la difusión de información, y piensa que dejar la regulación en manos de las decisiones del consumidor individual puede ser peligroso. Éste tenderá a escoger sólo las páginas que coinciden con sus gustos y desdeñará acudir a otras fuentes informativas. A partir de estas orientaciones del mercado, los proveedores se dedicarán a satisfacer sólo esas demandas, y el pluralismo acabará desapareciendo de Internet. Frente a este futuro posible, Sunstein afirma que la democracia requiere un ámbito público en el que todos tengan cabida, incluso aquéllos que no gozan de las preferencias del gusto mayoritario: él sostiene que la democracia no coincide necesariamente con el principio de soberanía del gusto del consumidor. Es preciso, por tanto, arbitrar medidas para preservar ese entorno común en Internet, y aunque Sunstein no sea del todo claro en este punto, parece que su intención es que los gobiernos se encarguen de llevar a cabo la labor²⁵. El esquema seguido por el teórico norteamericano es notablemente fiel a la dicotomía moderna entre privado y público, y opta por la solución abiertamente estatista para ordenar

²⁵ Vid. C. R. SUNSTEIN, *República.com. Internet, democracia y libertad*, P. García (trad.), Paidós, Barcelona, 2003, *passim*. La necesidad de la intervención del Estado frente a la soberanía del consumidor para garantizar los derechos y libertades en Internet también es defendida por Neil W. Netanel, «Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory», *California Law Review*, 88 (1999), pp. 37 y ss.

lo público. La sombra de la mítica *volonté générale* de Rousseau pretende resolver los problemas.

Tanto para estatistas como ciberlibertarios, Internet está recorrida por individuos que sólo buscan sus intereses particulares. La diferencia está en la manera de afrontar la tensión entre lo privado-individual y lo público. Los ciberlibertarios estiman suficiente la interrelación espontánea entre individuos, es decir, renuncian a lo público, mientras que sus críticos defienden la creación de una autoridad colectiva que regule el marco público en el que los deseos individuales sean trascendidos por el interés general; el Estado será el competente para hacerlo²⁶.

Otros planteamientos sí pretenden ofrecer una fundamentación pública a la pluralidad normativa de Internet. Esa es la vía de las teorías derivadas del pensamiento sistémico de Niklas Luhmann, tal y como muestran los escritos de Karl-Heinz Ladeur y Günther Teubner. Según Ladeur, la complejidad de la vida social no puede ser controlada desde una instancia unificadora encarnada en el Estado. La sociedad está compuesta por una pluralidad de redes heterárquicas, cada una de ellas dotada de su propia racionalidad, sin que sea posible hallar una Razón que dé un sentido total. Los subsistemas generan su propia dinámica de evolución mediante la autoobservación y la comprobación de la eficacia de sus soluciones. Para ello necesitan autonomía, y de ahí que el control estatal resulte un lastre para su funcionamiento²⁷. Lo que propone Ladeur es una refundación postmoderna del Liberalismo clásico (él tiene muy en cuenta a autores como Adam Smith o Friedrich von Hayek), basada en la existencia de una multiplicidad de racionalidades fragmentarias, irreductibles a un razón universalizadora como la defendida por Habermas²⁸. Tampoco existe ninguna verdad objetiva subyacente. Ladeur niega la existencia de ideas

²⁶ Desde luego, los integrantes de estas dos posturas (libertaria y estatista) no suelen ser tan radicalmente consecuentes. La mayoría de los ciberlibertarios acaba reconociendo que los gobiernos deben estar presentes para el buen funcionamiento de Internet. Y los defensores del Estado admiten que éste no puede ni debe controlar toda la Red.

²⁷ Vid. K.-H. LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2006, *per totum*. El título es algo engañoso, porque Ladeur no niega la necesidad del Estado. Al contrario, defiende su papel supervisor e incitador. Pero critica la absorción de la sociedad por parte de la actividad política.

²⁸ Vid. *Postmoderne Rechtstheorie*. Berlín, Duncker & Humblot, 1995, pp. 32, 51 y ss. Cfr. también K.-H. LADEUR, «The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law», *EUI Working Paper*, 99/3, 1999, cit., pp. 15 y ss., 26. *Der Staat gegen die Gesellschaft*, cit., pp. 20 y ss.

objetivas de justicia, y rechaza la posibilidad de una racionalidad jurídica o la mera posibilidad de conocer una realidad común, independiente del punto de vista adoptado por el observador. Aunque niegue que la realidad sea una mera ficción, afirma que ésta sólo es accesible desde la posición particular generada por un sistema social concreto²⁹. Esa diversidad conlleva, según Ladeur, el reconocimiento de la libertad de los subsistemas frente a injerencias políticas: de otra forma la sociedad colapsaría. Estas reflexiones generales se concretan también en una teoría jurídica, que, si quiere aceptar la situación postmoderna, ya no podrá estar centrada en el Estado, sino que deberá basarse en la existencia de redes múltiples en las que se integren derecho estatal y derecho creado por la práctica de actores sociales. El Estado debe contribuir al mantenimiento de esas redes, pero no puede pretender controlarlas jerárquicamente³⁰. El Estado ha de desempeñar un papel destacado en esa ordenación compleja (supervisando algunas cuestiones, por ejemplo), pero las características del entramado sistemático impiden que asuma una posición de controlador supremo de todas las actividades sociales³¹. La regulación de Internet es, para Ladeur, un ejemplo de esta situación. Su organización no puede estar centralizada en el Estado, ni remitida exclusivamente a la autoorganización espontánea, que resulta insuficiente³². La relevancia de los códigos técnicos (cita a Lessig, aunque considera exagerada su propuesta) dotan a Internet de una dinámica organizativa colectiva particular que exige tratamiento propio³³. Su propuesta no queda muy clara, y él mismo reconoce que no es fácil solucionar esta cuestión; será preciso experimentar con formas de cooperación adaptadas a la lógica de las vinculaciones múltiples e híbridas típica de las redes en general y de Internet en particular³⁴. En todo caso, el Estado debe garantizar la complejidad y

²⁹ Cfr. K.-H. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, cit., pp. 91 y ss., 104-105.

³⁰ Cfr. ID., «The Theory of Autopoiesis...», cit., pp. 32-33.

³¹ Vid. ID., «Globalisation and the conversion of democracy to polycentric networks: Can democracy survive the end of the nation state?», *EUI Working Paper Law*, 4 (2003), pp. 7 y ss. Conviene advertir al respecto que, a priori, los órganos estatales de gestión no poseen una necesaria primacía moral sobre las realidades extraestatales, aunque para ciertos casos sea funcionalmente útil establecer una Administración Pública.

³² Cfr. ID., «Offentlichkeitspflege im Internet -eine neue Funktion für die objektiv-rechtliche Dimension der 'Medienfreiheit'», en ID. (ed.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 127-128.

³³ Cfr. ID., «Offentlichkeitspflege im Internet...», cit., pp. 111 y ss.

³⁴ ID., «Die Dynamik des Internet als Herausforderung der Stabilität des Rechts – 'Virtuelles Eigentum', Copyright, Lauterkeitsrecht und Grundrechtsbindung im Internet als Exempel», en <www2.jura-hamburg.de/ceri/publ/start.htm> [consultada, 20-06-2014], pp. 19-21.

evitar que las organizaciones y racionalidades plurales se pongan en peligro a sí mismas y garantizar la continuidad de la complejidad³⁵. Ladeur subraya que en Internet aparece con bastante claridad la necesidad de colaboración entre organismos estatales y autoorganización³⁶. En resumen, Ladeur sostiene que las relaciones en red (incluyendo las de Internet) exigen regímenes que acojan tanto la autoorganización y la autotransformación del sistema o la red de que se trate, como la supervisión estatal. Como señala W. Hoffmann-Riem, la solución parece provenir de una «autorregulación regulada»³⁷.

Una postura parecida aparece en las teorías de Niklas Luhmann y Günther Teubner. Ambos niegan la existencia actual de un único centro de atribución normativa. La llamada globalización ha acabado con tales jerarquías jurídicas, al fragmentar la vida social en sistemas comunicativos diversos, cada uno apoyado en una racionalidad peculiar y fuente de su propio orden jurídico. Pero la base de tal pluralismo no es la existencia de las necesidades de la persona, sino la irreductible variedad de discursos (ciencia, economía, deporte, educación, etc.) que pueblan la sociedad global. Teubner escribe desde el horizonte de la filosofía sistémica de Niklas Luhmann y en él la persona no tiene mucho que decir³⁸. Una de las consecuencias de esta forma de pensar es que la autonomía personal, que reclama el derecho a participar en los asuntos que le conciernen, queda disuelta en el funcionamiento de los diferentes sistemas. Sistemas que, a su vez, carecen de cualquier posibilidad de justificación más allá de la exigen-

³⁵ Cfr. K.-H. LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, cit., pp. 47-48, 90, 210. Ladeur suele mostrar desconfianza ante las pretensiones reguladoras del Estado; entiende, por ejemplo, que la Unión Europea no ha de construirse al modo de un Estado centralizado, sino mediante la estructura de una red de redes en la que se respete la complejidad. Vid. ID., «European Law as a Transnational Law – Europe has to Be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate!», *German Law Journal*, 10 (2009), *per totum*.

³⁶ ID., «Die Dynamik des Internet...», cit., p. 23.

³⁷ Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, «Gesetzliche Gewährleistung der Freiheit der Kommunikations im Internet?», en K.-H. LADEUR, *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, cit., pp. 77-78. Un estudio de la relevancia de la autorregulación dirigida desde el ejecutivo en nuestro Derecho Administrativo lo ofrece M. DARNACULLETA, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005. La autora se refiere a las nuevas tecnologías de la información como campo de acción para esta autorregulación.

³⁸ Vid. por ejemplo, G. TEUBNER, «Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch private Akteure», *Der Staat*, 44 (2006), *per totum*. No obstante, en este estudio Teubner sostiene que los verdaderos derechos humanos son los que el individuo posee fuera de cualquier sistema comunicativo. Su misión es proteger la integridad física y psíquica de ese individuo frente a los ataques procedentes de los sistemas. El problema es que no queda nada claro cuál es el estatus de ese individuo, inexplicable desde los mismos presupuestos de Teubner.

cia de seguir garantizando su autopoiesis. Teubner afirma que el derecho de Internet (al que llama a veces *lex digitalis*) es un ejemplo de orden jurídico nacido de la fragmentación funcional. Incluye normas estatales, internacionales y autorreguladas, aunque no sea completamente independiente del derecho del Estado³⁹. No obstante, la relevancia tecnológica en este ámbito obliga, según Teubner, a crear una Constitución para el ámbito digital que establezca controles públicos para los desarrollos técnicos compartidos entre el Estado y la autorregulación⁴⁰.

Una muestra de la complejidad del asunto la ofrecen, según Teubner, las reglas de ICANN sobre la creación de nombres de dominio y la resolución de disputas sobre su asignación: poseen efectividad jurídica, aunque no sean estatales⁴¹. Este asunto ya no puede ser resuelto con la distinción de privado y público, sino mediante una diferenciación funcional, propia de un sistema social transnacional, no unitario en sentido jerárquico⁴².

Estas especulaciones parecen presuponer la existencia de necesidades y bienes humanos que necesitan regulaciones diversas y de ahí la pluralidad de sistemas. Sin embargo, los propios presupuestos filosóficos de sus defensores impiden cualquier fundamentación racional de tales bienes; niegan la existencia de cualquier objetividad y la elección de las bases del sistema resulta irracional. En cambio, la propuesta de Francisco Carpintero otorga a esos bienes humanos un papel primordial en el diseño de un nuevo espacio público. Explica que la persona se despliega en necesidades y bienes de naturaleza muy diversas. El derecho, como función de la personalidad, acoge parte de esos bienes en toda su diversidad e incluso incoherencia. Cada necesidad exige su propia regulación que deberá venir de la mano del Estado o de una instancia normativa diferente; todo depende de la configuración del problema. Lo público en el derecho se configura como un conjunto de interrelaciones regula-

³⁹ Cfr. G. TEUBNER y V. KARAVAS, «<www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber Privaten im autonomen Recht des Internet?», en K.-H. LADEUR, *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, cit., pp. 265-266. Cfr. También G. TEUBNER, «Globale Zivilverfassungen...», cit., p. 12.

⁴⁰ Cfr. «Globale Zivilverfassungen...», cit., p. 17.

⁴¹ Cfr. G. TEUBNER y P. KORTH, «Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Laws in the Double Fragmentation of World Society», en M. Young (ed.), *Regime Interaction in International Law*. 2009, pp. 4 y ss. G. TEUBNER y V. KARAVAS, «<www.CompanyName...>», cit., pp. 267-269. Teubner y Karavas reconocen, sin embargo, que ICANN sí posee cierta legitimidad política gracias a su acuerdo con el Departamento de Comercio de los EE.UU.

⁴² Cfr. G. TEUBNER y P. KORTH, «Two Kinds of Legal Pluralism...», cit., pp. 10 y ss.

das por diferentes sujetos en función de las necesidades en juego. El Estado ya no tendría el monopolio de la conformación de ese espacio, aunque su papel sea relevante. El derecho ya no es simplemente la organización pública, es decir coactivamente estatal, de unos poderes homogéneos, sino la regulación compleja de bienes complejos. Lo público se refiere al bien que está en juego y no necesariamente a la presencia del sujeto estatal⁴³.

Como reclama Daniel Innerarity, la complejidad actual exige un poder cooperativo. Es precisa una noción de Estado que no esté basada en la simple manifestación jerárquica de poder, inadecuada para el momento presente; un Estado que reconfigure sus tareas, abandone algunas para ser más eficaz. Pero, desde luego, sigue siendo necesaria la noción de espacio público político, una realidad que no es completamente comprensible desde el pensamiento de la gestión empresarial⁴⁴.

Parece que las peculiaridades de Internet responden a este modelo; lejos de ser un espacio peculiar, es un modo de transmitir información que afecta a bienes jurídicos de índole muy diversa y exigentes, por tanto, de normas igualmente variadas. Cualquier atisbo de solución deberá tener en cuenta una característica esencial de Internet: la complejidad. La pluralidad de bienes y situaciones que abarca imposibilita un modelo normativo unitario y exclusivista. Ni el concepto de espacio público homogéneo centralizado desde el monopolio legislador ni la fragmentación completamente descentrada en instancias privadas son útiles, por unilaterales. Sólo el equilibrio entre esas diferentes instancias podrá solucionar eficazmente las demandas reguladoras que esta realidad comunicativa plantea. Y entender el nuevo modelo regulatorio exige modificar la concepción difundida hasta ahora de espacio público; una concepción que pase de la identificación de lo público con un centro específico de poder a fundarlo en los bienes humanos que piden protección. Esta propuesta no es una solución, pero tal vez sirva de incitación para buscarla.

⁴³ Vid. F. CARPINTERO, *La crisis del Estado en la Edad Postmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

⁴⁴ Cfr. D. INNERARITY, *El nuevo espacio público*, Espasa, Madrid, 2006, pp. 201 y ss., 213 y ss.